



---

Der Durchgriff über die Grenze

Author(s): Peter Behrens

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1982, 46. Jahrg., H. 2, Deutsche rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Beiträge zum XI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Caracas 1982 (Sektionen I C und II B) (1982), pp. 308-356

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27876644>

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

# Der Durchgriff über die Grenze

Von PETER BEHRENS, Hamburg\*

*I. Problemstellung* – 1. Der Konzern als Rechtsproblem – 2. Der Durchgriff auf die Unternehmenseinheit – *II. Der internationale Durchgriff im Wirtschaftsrecht* – 1. Anwendungsfälle – 2. Grenzen des Durchgriffs – *III. Der internationale Durchgriff im Haftungsrecht* – 1. Materiellrechtliche Ausgangslage – 2. Kollisionsrechtliche Behandlung – 3. Grenzen des Durchgriffs – *IV. Schlußbemerkung* – *Summary* – *Résumé* – *Sumario*

## I. Problemstellung

Die Internationalisierung des Konzernsachverhalts, die in multinationalen Unternehmen zum Ausdruck kommt, wirft Rechtsfragen auf, welche je für sich genommen keineswegs neuartig sind, die aber durch ihr Zusammenreffen eine nicht immer einfach zu bewältigende Herausforderung an das Recht darstellen. So ergibt sich einerseits schon im nationalen Bereich aus dem Umstand, daß größere Unternehmen sich in Gestalt von Konzernen

---

\* Deutscher Landesbericht zum XI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Caracas 1982, Sektion II B 1: Le droit applicable à la détermination de la personne physique ou morale qui contrôle une société anonyme dont une filiale a son activité à l'étranger – The applicable law to determine the person, individual or corporate, who controls a marketable share company whose subsidiary functions abroad (piercing the veil) – El derecho aplicable para la determinación de la persona física o moral que controla una sociedad anónima cuya filial realiza su actividad en el extranjero. – Stand: Sept. 1981.

Abgekürzt werden zitiert: *Conard*, Corporations in Perspective (1976); *Drobnig*, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften (1959); *Koppenssteiner*, Gläubigerschutz im internationalen Konzern (La protection des créanciers des sociétés membres du groupe), in: Colloque international sur le d.i.p. des groupes de sociétés (1973) 77–109; *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des IPR<sup>2</sup> (1976); *E. Reh binder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht (1969) (= *Reh binder*, Konzernaußenrecht); *ders.*, Das auf multinationale Unternehmen anwendbare Recht, in: Deutsche zivil- und kollisionsrechtliche Beiträge zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran (1974) 122–147 (= *Reh binder*, Multinationale Unternehmen); *Staudinger(-Grossfeld)*, Kommentar zum BGB<sup>10, 11</sup>, EGBGB Teil 2a [= Sonderausgabe IPR Bd. Ia] (1981), Internationales Gesellschaftsrecht; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I: Grundlagen (1980).

organisieren (d. h. in Gestalt von Gruppen rechtlich selbständiger, aber durch Abhängigkeitsverhältnisse miteinander verbundener Gesellschaften), die grundlegende Rechtsfrage nach dem Verhältnis der wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens zur rechtlichen Vielheit seiner Glieder. Andererseits wirkt die regelmäßig anzutreffende nationale Begrenztheit rechtlicher Regelungen die bei allen Sachverhalten mit Auslandsbezug vertrauten kollisionsrechtlichen oder völkerrechtlichen Fragen auf. Im multinationalen Unternehmen fällt daher die Frage nach der rechtlichen Relevanz der Einheit des Konzernunternehmens in spezifischer Weise mit der Frage nach dem Anwendungsbereich nationalen Rechts zusammen, und daraus ergeben sich durchaus neuartige Wertungsprobleme, wie sich am »Durchgriff über die Grenze« besonders gut zeigen läßt. Die zutreffende Lösung dieses und anderer Probleme setzt allerdings eine klare Erfassung sowohl des Konzernatbestandes als auch des bei internationalen Konzernen hinzutretenden Problems des Verhältnisses nationaler Rechtsnormen zu Sachverhalten mit Auslandsbezug voraus. Zu beiden Fragenkreisen müssen hier allerdings einige grundsätzliche Bemerkungen genügen.

### 1. Der Konzern als Rechtsproblem

Was zunächst den Konzernatbestand angeht, so besteht sein rechtlich relevanter Kern in der Anerkennung des Auseinanderfallens von Unternehmen und juristischer Person, worin zugleich die Anerkennung des Auseinanderfallens von Planungsautonomie und Rechtssubjektivität impliziert ist<sup>1</sup>. Denn die wirtschaftliche Einheit wird durch die zentrale unternehmerische Planungshoheit der Konzernspitze und die entsprechende Planungsunterworfenheit der Konzernglieder begründet. Die Rechtssubjektivität eben dieser Glieder erhält hingegen ihre rechtliche Selbständigkeit auch gegenüber der wirtschaftlichen Unternehmenseinheit aufrecht. Um die Bedeutung dieser *Diskrepanz zwischen Unternehmen und Rechtssubjektivität* für die Rechtsordnung zu bestimmen, kann man zwei Ansatzpunkte wählen: man kann beim Konzept der juristischen Person ansetzen und unter diesem Gesichtspunkt den Bedeutungswandel untersuchen, den die juristische Person durch den Verlust an Planungsautonomie erfahren hat; man kann aber auch bei den Rechtsnormen ansetzen, die das Verhalten juristischer Personen regeln, und unter diesem Gesichtspunkt erörtern, welche Bedeutung dem Autonomieverlust der Adressaten dieser Regelungen zukommt.

<sup>1</sup> Dazu grundlegend *Kronstein*, Die abhängige juristische Person (1931); zuletzt *Reuter*, in: Münchener Kommentar zum BGB I: Allgemeiner Teil (1978) vor § 21 BGB Rdz. 9, sowie *Wiedemann* 347 ff.

## a) Der Konzern als Problem der juristischen Person

Setzt man zur Klärung des Konzernproblems bei der juristischen Person an, dann steht deren Funktion im Vordergrund, die Sphären der rechtsfähigen Korporation einerseits und ihrer Träger andererseits voneinander zu trennen (*Trennungsprinzip*). Diese Trennung war ursprünglich an die Voraussetzung geknüpft, daß die juristische Person ein von den Interessen ihrer Träger unabhängiges eigenes Interesse verfolgt<sup>2</sup>. Dieser systematische Zusammenhang zwischen Planungsautonomie und Rechtssubjektivität ist als zwingende Forderung des Rechts zwar mit der Anerkennung von Konzernverbindungen aufgegeben worden. Er hat jedoch seine Bedeutung als gedanklicher Bezugspunkt so lange nicht verloren, wie das Konzernphänomen überhaupt noch als regelungsbedürftiges Problem wahrgenommen wird.

Allerdings hat die Anerkennung von Konzernen eine ganz erhebliche Bedeutung für die Funktion der juristischen Person im Rechtssystem: anstatt die Autonomie ihres Trägers rechtlich widerzuspiegeln, ist sie zum rechtstechnischen Instrument für andere Zwecke geworden. Und dies gilt sowohl in dem Sinne, daß die juristische Person als Instrument der Konzernorganisation benutzt wird, als auch in dem Sinne, daß die Rechtsordnung selbst die juristische Person nur noch als rechtstechnisches Gestaltungsmittel verwendet. Damit wird aber auch die Tragweite des Trennungsprinzips zu einer reinen *Zweckmäßigsfrage*, die nicht mehr aus einem vorgegebenen Zweck der juristischen Person heraus beantwortet werden kann, sondern nur noch aus dem jeweiligen Regelungszusammenhang heraus, in dem sich diese Frage stellt. So wird die juristische Person zu einem »lediglich durch Rechtsrelationen vermittelten Zuordnungsendpunkt, in dem die Gesamtheit der in sich verbundenen Beziehungen subjektiviert oder auf den sie bezogen werden«<sup>3</sup>. Damit wird die Rechtsfähigkeit auf bestimmte Normzwecke hin relativiert<sup>4</sup>. Dies impliziert eine entsprechende *Relativität der Selbständigkeit der juristischen Person* gegenüber ihrem Träger, und daraus folgt zugleich die *Relativität von Einheit und Vielheit im Konzern*.

Versuche, gewissermaßen den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen – also Unternehmen und Rechtssubjekt wieder zur Deckung zu bringen –, sind erfolglos geblieben: Weder die definitorische Reduktion des Unternehmensbegriffs auf die rechtliche Einheit des Unternehmensträgers<sup>5</sup> noch umgekehrt die Personifizierung des Konzernunternehmens selbst<sup>6</sup> bieten verallgemeinerungsfähige Lösungen. Denn

<sup>2</sup> Vgl. etwa Reuter (vorige Note).

<sup>3</sup> In diesem Sinne Hans J. Wolff, *Organschaft und juristische Person I* (1933) 207 ff., II (1934) 280 ff.

<sup>4</sup> Siehe Fabricius, *Relativität der Rechtsfähigkeit* (1963).

<sup>5</sup> Vgl. etwa Peter Ulmer, *Der Unternehmensbegriff* (1960) 41.

<sup>6</sup> So etwa Th. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation* (1969) 166 ff.

das Problem besteht gerade darin, daß die Reichweite eines Unternehmens wirtschaftlich durch den Umfang der einheitlichen Unternehmensplanung bestimmt wird<sup>7</sup>, die nicht an den vom Recht gewählten »Zuordnungsendpunkten« (Rechtssubjekten) haltmacht, und daß das Recht nicht ohne weiteres die Stelle, von der die einheitliche Unternehmensplanung ausgeht, als »Zuordnungsendpunkt« für seine Regelungen wählt.

#### b) Der Konzern als Normanwendungsproblem

Die Frage nach dem Verhältnis von Einheit und Vielheit im Konzern kann nicht allein als ein Problem des Einflusses der Unternehmenseinheit auf die Selbständigkeit der juristischen Person und damit als Frage nach der Tragweite des Trennungsprinzips betrachtet werden. Der Konzernatbestand verlangt vielmehr auch Berücksichtigung bei der Anwendung von Rechtsnormen, ohne daß damit notwendigerweise zugleich das Trennungsprinzip berührt würde.

Die Erhellung dieser Seite der Konzernproblematik ist vor allem der umfassenden Untersuchung *E. Rehbinders* zum »Konzernaußenrecht« zu verdanken<sup>8</sup>, in der er im Anschluß an die wegweisende Arbeit *Kronsteins*<sup>9</sup> am Beispiel des Privatrechts dargestellt hat, in welcher Weise der Konzernatbestand etwa im Vertragsrecht, im Deliktsrecht und im Bereicherungsrecht Normanwendungsprobleme hervorruft, bei denen die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften gar nicht in Frage gestellt wird.

So stellt sich im *Vertragsrecht* etwa das Problem der Identifizierung des richtigen Vertragspartners; das Problem der Umgehung vertraglicher Verpflichtungen durch Einsatz von Konzernunternehmen; das Problem der Durchsetzung von Verpflichtungen der Konzernspitze zu Leistungen aus dem Bereich der abhängigen Konzerngesellschaften; oder auch das Problem der Verantwortlichkeit der Obergesellschaft für die korrekte Erfüllung von Verträgen der Untergesellschaft; und im *Deliktsrecht* geht es etwa um die Bedeutung des Konzernatbestandes im Rahmen der Gehilfenhaftung.

In all diesen verschiedenen Zusammenhängen handelt es sich stets um die Zurechnung privatrechtlicher Rechtsfolgen zu Konzerngesellschaften, deren Selbständigkeit trotz Abhängigkeit vorausgesetzt wird.

<sup>7</sup> So schon *Kronstein* (oben N. 1) 4.

<sup>8</sup> Siehe oben N. \*.

<sup>9</sup> *Kronstein* (oben N. 1).

## 2. Der Durchgriff auf die Unternehmenseinheit

### a) Der Durchgriff als Reaktion auf das Konzernproblem

Nach den bisherigen Erörterungen ist offensichtlich, wo die Figur des »Durchgriffs« systematisch einzuordnen ist: Von einem »Durchgriff« ist immer dann zu sprechen, wenn das Trennungsprinzip aufgehoben wird, wenn sich also – bezogen auf den Konzern – die *Einheit des Konzernunternehmens* auch rechtlich gegen die Selbständigkeit der kapitalgesellschaftlich organisierten Konzernglieder durchsetzt. Der »Durchgriff« ist somit kein Phänomen des »Konzernaußenrechts« im Sinne E. Rehbinders, sondern hat seinen Bezugspunkt beim Konzept der juristischen Person. Dennoch besteht zwischen »Konzernaußenrecht« und »Durchgriff« insofern kein Gegensatz, als es sich in beiden Fällen um ein Problem der Normanwendung handelt. Auch bei der Bestimmung der Tragweite des Trennungsprinzips bzw. seiner Durchbrechung geht es um die Identifizierung derjenigen Instanz im Konzernunternehmen, der eine bestimmte Rechtsfolge zuzurechnen ist. Und dies hängt naturgemäß vom Schutzzweck der jeweils in Frage stehenden Rechtsnorm ab. Der »Durchgriff« ist somit nichts anderes als eine unter mehreren Regelungstechniken, mit denen das Recht auf den Konzerntatbestand, d. h. auf das Auseinanderfallen von Planungsautonomie und Rechtssubjektivität, reagiert. Es ist bei dieser Betrachtungsweise selbstverständlich, daß sich der rechtliche Gehalt des »Durchgriffs« erst dann erschließt, wenn man die jeweiligen Regelungszusammenhänge berücksichtigt, in welchen er Anwendung findet<sup>10</sup>.

Mit dieser Problembeschreibung ist allerdings bereits Position in einer Kontroverse bezogen, welche die deutsche Diskussion über die Fragen eines »Durchgriffs« durch die juristische Person von Anfang an bestimmt hat: Das deutsche Recht verdankt den Durchgriffsgedanken einer Rezeption der amerikanischen Lehre vom »disregard of legal entity« (»piercing the corporate veil«), für die *Serick* in seiner schon klassischen Monographie aus dem

---

<sup>10</sup> Vgl. schon *Kronstein* (oben N. 1) 5: »Das ›Unternehmen‹ ist aber von der Rechtswissenschaft nicht nur als begriffliches Problem, sondern fast mehr noch als rechtlich relevanter Tatbestand des Wirtschaftslebens, der durch seine Entwicklung eine materielle Änderung des Inhalts vieler Teile des Rechts z. B. in Form veränderter Auslegung erzwingt, zu untersuchen. Die Einheit der Leitung, des Kapitals oder der Produktion erheischt auch rechtliche Berücksichtigung; es wird in Zukunft eine sehr wichtige Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, die für die Praxis des Rechts wesentlichen Teile des Tatbestands im einzelnen herauszuarbeiten. Die größte Schwierigkeit aber, die solcher Untersuchung entgegensteht, ist gerade die Formung *eines* Unternehmens aus mehreren Personen bzw. Gesellschaften; sie erschwert es, die Elemente, aus denen die Unternehmenseinheit gebildet wird, klar zu stellen und zwingt in den verschiedenen Gebieten des Rechts, je nachdem, welche Bedeutung der formalen Selbständigkeit der beteiligten Personen im Einzelfalle zukommt, zu verschieden starken Konsequenzen der Unternehmenseinheit.«

Jahre 1955 den Grund gelegt hat<sup>11</sup>. Serick betrachtete den »Durchgriff« allerdings im wesentlichen als ein Instrument zur *Korrektur pathologischer Situationen*, die durch einen »Mißbrauch« der juristischen Person gekennzeichnet sind.

Überall dort, wo die Trennung zwischen der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person und ihren Mitgliedern rechtlich mit voller Schärfe durchgeführt sei, stelle sich die Frage, wie denjenigen Fällen zu begegnen sei, in denen diese scharfe Scheidung zu ganz unbilligen und ungerechten Ergebnissen führe<sup>12</sup>. Diese Fragestellung zielte auf eine tatbestandliche Umschreibung solcher Fälle<sup>13</sup>. Serick glaubte, eine solche Umschreibung in Gestalt seiner Mißbrauchsformel gefunden zu haben, derzufolge die Rechtsform der juristischen Person »beiseite geschoben« werden dürfe, wenn die juristische Person durch die hinter ihr stehenden Personen zu Zwecken mißbraucht werde, für welche sie von der Rechtsordnung nicht vorgesehen sei<sup>14</sup>.

Diese Position impliziert die Möglichkeit, immer noch einen typischen Zweck auszumachen, auf den die juristische Person festgelegt werden kann. »Was Mißbrauch ist, kann immer nur von Vorstellungen über den ordnungsgemäßen, sachgerechten Gebrauch her bestimmt werden, setzt also Kriterien voraus, die in ihrer Zusammenfassung eine Konzeption vom Wesen der juristischen Person ergeben.«<sup>15</sup> Einer näheren Wesens- oder Zweckbestimmung der juristischen Person entzog sich Serick aber. Vielmehr deutete seine Herausarbeitung von Fallgruppen (Vertragsumgehung, Gesetzesumgehung, Gläubigerbenachteiligung), die er sämtlich als Unterarten des Rechtsmißbrauchs begriff, bereits darauf hin, daß sich ein allgemeingültiger Zweck, welcher der juristischen Person eigen ist, wohl kaum mehr als ein justitiables Kriterium umschreiben läßt. Bemerkenswerterweise nahm Serick eine Fallgruppe, die gerade hier besonders interessiert, von seiner allgemeinen Durchgriffsformel aus, nämlich die Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften. Im Hinblick auf zwingende korporationsrechtliche Normen wollte auch schon Serick den »Durchgriff« nicht von einem Rechtsmißbrauch abhängig machen, sondern auf den jeweiligen Normzweck abstellen<sup>16</sup>.

Es war daher nur konsequent, wenn *Müller-Freienfels*<sup>17</sup> wenig später in seiner grundlegenden Kritik am Durchgriffskonzept Sericks diesem einen Ansatz gegenüberstellte, welcher als *Normanwendungskonzept* von der Frage ausging, »ob und inwieweit eine bestimmte Norm in einem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihrem Sinn und Zweck nach im Zuge

<sup>11</sup> Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955).

<sup>12</sup> Serick a.a.O. 54.

<sup>13</sup> Serick a.a.O. 71: »Die Praxis . . . will wissen, in welchen besonderen Fällen die Rechtsform der juristischen Person legitimerweise gezeugnet werden kann.«

<sup>14</sup> Serick a.a.O. 100: »Divergieren der allgemeine Zweck, um dessentwillen juristische Personen existieren, und jener besondere, der mit der Korporation im konkreten Falle verfolgt wird, so muß ihre Rechtsform beiseite geschoben werden.«

<sup>15</sup> Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation (1977) 49.

<sup>16</sup> Siehe Serick (oben N. 11) 104ff.

<sup>17</sup> Müller-Freienfels, Zur Lehre vom sogenannten »Durchgriff« bei juristischen Personen im Privatrecht: AcP 156 (1957) 522ff.

richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist«<sup>18</sup>. Es versteht sich, daß sich ein solcher Ansatz von vornherein der allgemeingültigen tatbestandlichen Fixierung abstrakter Durchgriffsformeln verschließt, verweist er doch gerade auf die Vielfalt der Rechtsnormen, die für juristische Personen relevant sein können.

Beide Ansätze haben bekanntlich ihre Anhänger gefunden. Der Durchgriffsgedanke Sericks ist namentlich von *Drobnig*<sup>19</sup> – speziell für den Haftungsdurchgriff – weiter verfeinert worden; das Normanwendungskonzept haben später vor allem *Rehbinder*<sup>20</sup> und *Schanze*<sup>21</sup> weiter entfaltet. Dabei liegt die offenbar ungebrochene Überzeugungskraft des Ansatzes von Serick in seiner formelhaften Griffigkeit, während die Plausibilität des Normanwendungskonzepts vor allem auf der theoretisch unwiderlegten Einsicht beruht, daß die juristische Person selbst längst keine Institution mehr ist, aus der allein sich die Kriterien ableiten ließen, nach denen die Grenzen ihrer Selbständigkeit bestimmt werden könnten. An dieser Einsicht haben auch diejenigen nicht zu rütteln vermocht, die der juristischen Person wieder einen »institutionellen« Gehalt vermitteln wollten – wie etwa *Reinhardt*<sup>22</sup>, *Erlinghagen*<sup>23</sup>, *Kuhn*<sup>24</sup> und letztlich auch *Ott*<sup>25</sup> – oder gar einen »rechtsethischen« – wie *Rittner*<sup>26</sup> –, um auf diese Weise Maßstäbe für ihren »ordnungsgemäßen« Einsatz zu erhalten.

Die Betrachtung des »Durchgriffs« unter dem Gesichtspunkt der Normanwendung hat den Vorzug, daß die Durchbrechung des Trennungsprinzips nicht nur als Reaktion auf mißbräuchliche privatautonome Gestaltungen begriffen werden kann, sondern auch als Regelungstechnik des Gesetzgebers. Schließlich ist allein das Normanwendungskonzept in der Lage, Einheitsformeln für den Durchgriff zu vermeiden und den differenzierten Interessenbewertungen unterschiedlicher Regelungszusammenhänge gerecht zu werden. Gerade auch im Hinblick auf internationale Sachverhalte

<sup>18</sup> *Müller-Freienfels* a. a. O. 536.

<sup>19</sup> Siehe oben N. \*.

<sup>20</sup> *Rehbinder*, Konzernaußenrecht.

<sup>21</sup> *Schanze*, Einmanngesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung (1975).

<sup>22</sup> *Reinhardt*, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft, in: FS Heinrich Lehmann (1956) II 576 ff.

<sup>23</sup> *Erlinghagen*, Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel (1960) 55 ff.

<sup>24</sup> *Kuhn*, Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften (1964) 35 ff., 146 ff., 199 ff.

<sup>25</sup> *Ott* (oben N. 15) 49: »Nur die institutionelle Betrachtungsweise verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Funktion der juristischen Person als Institution der Rechts- und Wirtschaftsordnung und auf ihren institutionellen Eigenwert und nennt damit – im Gegensatz zu anderen Durchgriffslehren – den für die Analyse der juristischen Person maßgeblichen Aspekt beim Namen.«

<sup>26</sup> *Rittner* (Die werdende juristische Person; 1973) subsumiert zwar die juristische Person unter seinen »rechtsethischen« Begriff der »Rechtsperson«, den er als Zentralbegriff der Rechtsordnung ansieht (160 ff.), zieht daraus aber im Hinblick auf die Durchgriffsproblematik kaum andere Konsequenzen als die Vertreter des Normanwendungskonzepts (271 ff.).

erweist sich die Überlegenheit dieses Ansatzes gegenüber globalen Mißbrauchsformeln.

b) Der Durchgriff über die Grenze als Kollisionsrechtsproblem

Bei internationalen Konzernsachverhalten, die uns in Gestalt multinationaler Unternehmen entgegentreten, trifft die konzerntypische Problematik des Auseinanderfallens von unternehmerischer Planungseinheit und rechtlicher Selbständigkeit der Glieder zusammen mit der Diskrepanz zwischen der nationalen Begrenztheit einzelstaatlicher Rechtsordnungen und der Internationalität der Unternehmensstrukturen. Das Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielheit im Konzern erhält bei multinationalen Unternehmen somit eine zusätzliche Dimension, da sich diese Unternehmen nicht nur in eine Mehrzahl rechtlich selbständiger Kapitalgesellschaften gliedern, sondern diese auch noch unterschiedlichen Rechtsordnungen unterworfen sind. Bei multinationalen Unternehmen stellt sich daher die zusätzliche Frage nach der *Relevanz der internationalen Unternehmenseinheit* für die Reichweite des inländischen Rechts. Ob das Recht auf die Selbständigkeit der nach unterschiedlichen Rechtsordnungen organisierten Konzerngesellschaften oder auf die internationale Einheit des Konzernunternehmens abstellt, ist wiederum eine Frage, die nur nach dem jeweiligen Regelungszusammenhang beantwortet werden kann. Soweit das inländische Recht die Selbständigkeit der in- oder ausländischen Konzernglieder unberücksichtigt läßt und an den internationalen Unternehmenszusammenhang anknüpft, wird nicht nur das Prinzip der Trennung zwischen juristischen Personen und ihren Trägern durchbrochen, sondern auch die Grenze zwischen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen. Es bietet sich daher an, in solchen Fällen von einem »Durchgriff über die Grenze« zu sprechen.

Der internationale Durchgriff hat aber dieselbe Eigenart wie der Durchgriff im rein innerstaatlichen Bereich: Es geht um ein Problem der Normanwendung, d. h. der Zurechnung von Rechtsfolgen, und dieses Problem ist wiederum nicht durch eine allgemeingültige Formel zu lösen, sondern entsprechend den jeweiligen *Schutzzwecken*, welche in den unterschiedlichen Regelungszusammenhängen maßgeblich sind<sup>27</sup>. Dabei macht es zunächst keinen prinzipiellen Unterschied, ob die Reichweite des inländischen Rechts durch die jeweiligen Sachnormen selbst bestimmt wird oder durch besondere Kollisionsnormen, welche die Rechtsanwendungsfrage für gewisse Gruppen von Rechtsnormen und abstrakt entscheiden. Denn in allen Fällen ist davon auszugehen, daß letztlich die zugrunde liegenden Normzwecke die Reichweite nationaler Rechtsnormen beeinflussen.

<sup>27</sup> Vgl. *Hübner*, Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht: JZ 1978, 703 ff.

Die folgenden Ausführungen haben den Zweck, anhand einiger wichtiger Rechtsgebiete darzustellen, wie das *deutsche Recht* den »Durchgriff über die Grenze« behandelt. Dabei ist zunächst auf eine Reihe – vor allem wirtschaftsrechtlicher – Regelungszusammenhänge einzugehen, in denen die internationale Unternehmenseinheit als Regelungsproblem unmittelbar in den inländischen Sachnormen Berücksichtigung findet. Dies gilt insbesondere für das Steuerrecht, das Kartellrecht, das Enteignungsrecht, aber auch für andere wirtschaftsrechtliche Materien. Diese Rechtsgebiete zeichnen sich zwar nicht durch die prinzipielle Unmöglichkeit, wohl aber durch die nicht unbeträchtliche Schwierigkeit aus, allgemeingültige allseitige Kollisionsnormen zu formulieren. In anderen – vor allem privat- und gesellschaftsrechtlichen – Regelungszusammenhängen geht jedoch auch das deutsche Recht zunächst von der traditionellen kollisionsrechtlichen Frage nach dem anwendbaren Recht aus. So wird etwa die Anwendung der rechtlichen Regelungen, mit denen das deutsche Recht auf den Konzernatbestand reagiert, durchaus über die herkömmlichen Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts im allgemeinen und des Internationalen Gesellschaftsrechts im besonderen bestimmt. Es empfiehlt sich daher, den »Durchgriff über die Grenze« zunächst in seinen wirtschaftsrechtlichen Erscheinungsformen zu erörtern (II) und erst anschließend auf seine allgemein-privatrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Ausprägungen einzugehen, d. h. auf das Haftungsrecht (III).

## II. Der internationale Durchgriff im Wirtschaftsrecht

Ausgangspunkt für den internationalen Durchgriff ist auch in wirtschaftsrechtlichen Zusammenhängen zunächst einmal die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften. Diese sind zwar nach unterschiedlichen Rechtsordnungen inkorporiert. Ihre Rechtspersönlichkeit wird aber grundsätzlich nach den Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts durch die übrigen Rechtsordnungen »anerkannt«<sup>28</sup>. Unter wirtschaftsrechtlichen Aspekten bedarf jedoch die Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften einer jeweils eigenständigen Bewertung. Die wirtschaftsrechtliche Tragweite des Trennungsprinzips und damit die Bedeutung von Einheit und Vielheit im multinationalen Unternehmen ist also nicht gesellschaftsrechtlich präjudiziert.

---

<sup>28</sup> Vgl. Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und ausländischen Recht (1976) Allg. Einl. Rdz. 94 ff.; zuletzt Staudinger(-Großfeld) Rdz. 123 ff.

## 1. Anwendungsfälle

### a) Steuerrecht

Ein prominentes Beispiel liefert das Steuerrecht, das in der Frage der rechtlichen Relevanz der wirtschaftlichen Unternehmenseinheit stets seine Autonomie gegenüber dem Privatrecht betont hat. So ist denn die Figur des »Durchgriffs« ein sowohl dem nationalen wie dem Internationalen Steuerrecht durchaus vertrautes Phänomen<sup>29</sup>.

Betrachtet man zunächst den hier besonders wichtigen Bereich der *direkten Ertragsbesteuerung*, so geht es im Internationalen Steuerrecht vor allem um zwei Probleme: um die Überschneidung der Besteuerungsansprüche verschiedener Staaten (Problem der Doppelbesteuerung) sowie um das internationale Steuergeschehen, das von multinationalen Unternehmen zur Beschneidung des inländischen Steueranspruchs benutzt werden kann (Problem der Steuervermeidung). In beiden Zusammenhängen spielt der »Durchgriff über die Grenze« als Regelungstechnik des Internationalen Steuerrechts eine wesentliche Rolle. Hierzu müssen an dieser Stelle einige Hinweise zum autonomen deutschen Recht genügen:

Die *Überschneidung staatlicher Besteuerungsansprüche* hat verschiedene Gründe. Sie können in der kumulativen Verwendung verschiedener Anknüpfungsmerkmale für die Steuerpflicht liegen; sie können sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die steuerliche Bemessungsgrundlage berechnet wird. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere die Tatsache von Bedeutung, daß alle Staaten ihre Ertragsbesteuerung jedenfalls an die Rechtssubjektivität von Kapitalgesellschaften anknüpfen und bei der Berechnung der steuerpflichtigen Erträge auch Gewinnausschüttungen miteinbeziehen, welche die steuerpflichtige Gesellschaft aus ausländischen Tochtergesellschaften bezogen hat. Obwohl das Konzernunternehmen die Erträge nur einmal erwirtschaftet hat, werden sie auf diese Weise mehrfach besteuert. Eine Korrektur ist nur möglich, wenn man nicht auf die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften abstellt, sondern die wirtschaftliche Einheit des Konzernunternehmens steuerrechtlich durchschlagen läßt.

Hierfür bietet etwa § 26 *Körperschaftsteuergesetz* ein Beispiel, der insbesondere die Anrechnung der von einer ausländischen Tochtergesellschaft im Ausland entrichteten Körperschaftsteuer auf den Steuerbetrag vorsieht, den die inländische Muttergesellschaft auf die von der ausländischen Tochtergesellschaft bezogenen Gewinnan-

---

<sup>29</sup> Vgl. dazu und zum folgenden *Raupach*, Der Durchgriff im Steuerrecht (1968); *Großfeld*, Basisgesellschaften im internationalen Steuerrecht (1974); *ders.*, Multinationale Korporationen im internationalen Steuerrecht, in: *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*: BerDGesVölkR 18 (1978) 73–167; *von Beckerath*, Der Durchgriff im deutschen Außensteuerrecht (1978).

teile im Inland zu zahlen hat. Indem also das deutsche Steuerrecht die ausländische Steuer praktisch wie eine Vorauszahlung auf die inländische Steuerschuld behandelt, wird der Sache nach ein »Durchgriff über die Grenze« vollzogen, welcher einem internationalen Schachtelprivileg gleichkommt, wie es sonst üblicherweise nur in zwischenstaatlichen Vereinbarungen (Doppelbesteuerungsabkommen) verwirklicht ist.

Auch soweit das deutsche Steuerrecht Regelungen enthält, mit denen bestimmte *Strategien der Steuervermeidung* bekämpft werden sollen, tritt das Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielheit im multinationalen Konzern wieder hervor. Diese Regelungen richten sich vor allem gegen Gewinnverlagerungen, die entweder durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen des Konzernaufbaus (Zwischenschaltung von sog. Basisgesellschaften in Niedrigsteuerrändern) oder durch vertragliche Vermögensverschiebungen zwischen Konzerngesellschaften zu nicht marktgerechten Bedingungen (Stichwort: transfer pricing) verwirklicht werden.

Das Problem der *Basisgesellschaften* besteht im Prinzip darin, daß multinationale Unternehmen durch die Gestaltung ihres Konzernaufbaus die Verwirklichung eines inländischen Anknüpfungsmerkmals vermeiden und Unternehmensgewinne in Niedrigsteuerrändern entstehen lassen können. Das deutsche Steuerrecht tritt dieser Strategie mit einer Art Durchgriffsbesteuerung entgegen: Die Einkünfte ausländischer Tochtergesellschaften, welche diese nicht aus aktiver Wirtschaftstätigkeit erzielen, unterliegen – wenn sie im Ausland wesentlich niedriger als im Inland besteuert werden – nach §§ 7ff. des Außensteuergesetzes selbst dann der Besteuerung bei der inländischen Muttergesellschaft, wenn diese keinerlei Ausschüttungen von der ausländischen Tochtergesellschaft empfängt. Bei diesem steuerlichen Zugriff auf ausländische Gesellschaften wird also deren selbständige Rechtspersönlichkeit ignoriert, und die Erträge werden gewissermaßen als solche des gesamten Konzernunternehmens betrachtet, welches insoweit über die inländische Konzernspitze dem Zugriff des inländischen Fiskus unterliegt.

Gerade die entgegengesetzte Regelungstechnik verwendet das deutsche Steuerrecht zur Bekämpfung *ungerechtfertigter Gewinnverschiebungen* über konzerninterne Geschäftsbeziehungen. Nach § 1 Außensteuergesetz werden die steuerpflichtigen Einkünfte inländischer Konzerngesellschaften um die Beträge erhöht, welche diesen Gesellschaften aufgrund nicht marktgerechter Geschäftsbeziehungen zu anderen Konzerngesellschaften entzogen worden sind<sup>30</sup>. Insoweit ist also das deutsche Steuerrecht bestrebt, mit der rechtlichen Selbständigkeit der Konzerngesellschaft auch wirtschaftlich Ernst zu machen, indem es die Geschäftsbeziehungen zwischen in- und ausländischen Unternehmensteilen nach dem Prinzip des »dealing at arm's length« beurteilt.

An diesen Beispielen wird besonders deutlich, daß die rechtliche Bedeutung von Einheit und Vielheit im internationalen Konzern stets abhängig ist

<sup>30</sup> Vgl. dazu *Ebenroth*, Die verdeckten Vermögenszuwendungen im transnationalen Unternehmen (1979).

von dem jeweiligen Regelungszusammenhang, in dem diese Frage aufgeworfen wird.

b) Kartellrecht

Auch im Internationalen Kartellrecht ist der »Durchgriff über die Grenze« ein vertrautes Instrument; er dient zur Durchsetzung der Regelungszwecke der Vorschriften gegen Wettbewerbsbeschränkungen. In diesem Zusammenhang sind für die Bestimmung der Tragweite des Trennungsprinzips und der Erforderlichkeit eines Durchgriffs wiederum spezifische, nämlich wettbewerbsrechtliche – und das heißt: vom Gesellschaftsrecht unabhängige – Kriterien maßgeblich.

Was zunächst die *Durchsetzung des Kartellverbots* gegenüber multinationalen Unternehmen angeht, so ergeben sich keine prinzipiellen Schwierigkeiten, soweit es sich um die Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Absprachen handelt, an denen inländische Konzerngesellschaften unmittelbar beteiligt sind. Multinationale Unternehmen können aber ihre Kartellierungsstrategie im Hinblick auf den inländischen Markt so gestalten, daß an den wettbewerbsbeschränkenden Absprachen unmittelbar nur ausländische Konzerngesellschaften beteiligt sind, die womöglich in ihrem Herkunftsland keinem Kartellverbot unterliegen, die aber ohne weiteres die Möglichkeit haben, ihre inländischen Tochtergesellschaften zu dem vereinbarten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten zu veranlassen. Ein solcher Fall des von ausländischen Gesellschaften im Ausland organisierten Inlandskartells läßt sich alsdann mit der Figur des Durchgriffs angemessen lösen: Stellt man auf die wirtschaftliche Einheit des Konzernunternehmens ab und betrachtet man das ganze Unternehmen als Kartellpartner, dann läßt sich die inländische Präsenz dieses Kartellpartners in Gestalt der inländischen Tochtergesellschaft ohne weiteres begründen. Diesen Rechtsgedanken, von dessen Gültigkeit auch für das deutsche Recht auszugehen ist, hat der Europäische Gerichtshof in seinem bekannten »Farbstoff«-Urteil vom 14. 7. 1972 folgendermaßen zum Ausdruck gebracht:

»Wenn eine in einem Drittstaat ansässige Gesellschaft aufgrund ihrer Weisungsbefugnis gegenüber ihren Tochtergesellschaften mit Sitz im Gemeinsamen Markt durchsetzen kann, daß diese einen Preiserhöhungsbeschluß anwenden, dessen einheitliche Ausführung durch die Tochtergesellschaften und andere Unternehmen eine durch Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag verbotene Verhaltensweise darstellt, so ist das Verhalten der Tochtergesellschaften der Muttergesellschaft zuzurechnen. Für die Anwendung der Wettbewerbsregeln kommt es mehr auf die Einheit des Marktverhaltens von Tochtergesellschaft und Muttergesellschaft als auf die sich aus der Verschiedenheit der Rechtspersönlichkeit ergebende formelle Trennung zwischen diesen Gesellschaften an.«<sup>31</sup>

<sup>31</sup> EuGH 14. 2. 1972, Rs. 48/69 (*Imperial Chemical Industries Ltd. ./Kommission der EG*), Slg. 1972, 619 (621).

Auf diese Weise wird verhindert, daß sich ein international verflochtenes Unternehmen kartellrechtlich hinter dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip verschanzt. Anderenfalls könnte ein solches Unternehmen angesichts der im Konzern beliebig verschiebbaren Kompetenz zum Abschluß und zur internen Durchsetzung wettbewerbsbeschränkender Absprachen selbst die Reichweite der inländischen Wettbewerbspolitik bestimmen. Die Betonung der Unternehmenseinheit im Internationalen Kartellrecht zwingt andererseits aber dazu, auf die Durchsetzung des Kartellverbots gegenüber konzerninternen Vereinbarungen (intra-enterprise conspiracies) auch gegenüber multinationalen Unternehmen zu verzichten, weil der Wettbewerb insoweit auch international seine Steuerungsfunktion von vornherein nicht wahrnehmen kann<sup>32</sup>. Die Anwendung eines kartellrechtlichen Prinzips des »dealing at arm's length« hätte insoweit keinen Sinn.

Was den Schutz des inländischen Marktes gegen Vermachtung durch Unternehmenskonzentration angeht, so stellt sich auch im Rahmen der *Zusammenschlußkontrolle* die Frage nach dem Verhältnis von Einheit und Vielheit im internationalen Konzern. Ohne die Problematik hier im einzelnen entfalten zu können<sup>33</sup>, läßt sich doch grundsätzlich sagen, daß aus deutscher Sicht bei der Zusammenschlußkontrolle die wirtschaftliche Realität der internationalen Unternehmenseinheit im Vordergrund steht. Zwar ist es der Inlandsmarkt, der vor der Entstehung oder Verstärkung marktbeherrschender Stellungen geschützt werden soll; aber in einer für den Weltmarkt offenen Volkswirtschaft ist davon auszugehen, daß sich die Konzentrationswirkungen von Zusammenschlüssen im Ausland, an denen multinationale Unternehmen mit Inlandsverflechtungen beteiligt sind, ohne weiteres auch über die Grenzen in das Inland hinein ausbreiten. Es ist daher nur folgerichtig, wenn insbesondere die Verbundklauseln des § 23 III Satz 3 und 4 GWB auch bei internationalen Konzernverbindungen angewendet werden. Ein im Ausland realisierter Zusammenschluß zwischen Gesellschaften, die im Inland über Tochtergesellschaften verfügen, gilt demgemäß hinsichtlich dieser inländischen Unternehmensteile zugleich als ein im Inland realisierter Zusammenschluß<sup>34</sup>. Und umgekehrt erfaßt das deutsche Recht auch

<sup>32</sup> Siehe etwa *Langen/Niederleithinger/Schmidt*, Kommentar zum Kartellgesetz<sup>5</sup> (1977) § 1 GWB Rdz. 54; ausführlich dazu *Harms*, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1968) 40 ff.; vgl. *ders.*, Intra Enterprise Conspiracy?: EuropaR 1966, 230 ff.

<sup>33</sup> Vgl. im Anschluß an den Fall *Bayer France/Firestone France* (Bundeskartellamt 23. 9. 1980, WuW/E BKartA 1837) sowie KG 26. 11. 1980 (RIW/AWD 1981, 403 ff. mit Anm. *Markert*) zum kontroversen Diskussionsstand vor allem *H. Roth*, Die Fusionskontrolle internationaler Unternehmenszusammenschlüsse: RabelsZ 45 (1981) 501–544; *Huber*, Auswirkungstheorie und extraterritoriale Rechtsanwendung im internationalen Kartellrecht: ZGesR 10 (1981) 510 ff.

<sup>34</sup> So die zutreffende Position des Bundeskartellamts in seinen Grundsätzen für die Anwendung der §§ 23 ff. GWB auf Zusammenschlüsse mit Auslandsbezug; siehe Tätig-

einen im Ausland realisierten Zusammenschluß ausländischer Tochtergesellschaften, deren inländische Muttergesellschaften als an einem solchen Zusammenschluß beteiligt angesehen werden<sup>35</sup>. Auch insoweit greift also das deutsche Recht grenzüberschreitend durch auf die wirtschaftliche Realität der Unternehmenseinheit und verhindert so, daß sich unerwünschte Konzentrationsvorgänge hinter dem – konzernstrategisch manipulierbaren – Trennungsprinzip des Gesellschaftsrechts verbergen.

c) Gewerblicher Rechtsschutz (Warenzeichenrecht)

Ein weiteres Beispiel für die Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Unternehmenseinheit gegenüber der rechtlichen Selbständigkeit der Unternehmensteile läßt sich dem Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, speziell dem Warenzeichenrecht entnehmen. Ein Warenzeichenrecht behält seinem Inhaber das ausschließliche Recht vor, seine Waren unter einer bestimmten Kennzeichnung in Verkehr zu bringen. Mit dem Inverkehrbringen der Ware ist dieses Recht und die entsprechende gegen andere gerichtete Untersagungsbefugnis insofern »erschöpft«, als er die weitere Verbreitung der betreffenden Ware nicht mehr beeinflussen kann. Der Umstand, daß ein Warenzeichen grundsätzlich nur innerhalb des Territoriums des Staates besteht, nach dessen Recht es gewährt worden ist, wurde zunächst als Grund für die Annahme genommen, daß nur das *Inverkehrbringen auf dem Inlandsmarkt* zur Erschöpfung des Warenzeichens führen könne. Damit wurde aber gerade multinationalen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, die verschiedenen nationalen Märkte, auf denen sie sich betätigen, unter ihren jeweiligen nationalen Konzerngesellschaften aufzuteilen und gegeneinander abzuschotten, indem sie Reimporte und Parallelimporte als Verletzung inländischer Zeichenrechte abwehren konnten.

Dieser Möglichkeit ist für das *deutsche internationale Warenzeichenrecht* der Bundesgerichtshof entgegengetreten, der in einem ersten Schritt – mit seiner bekannten »Maja«-Entscheidung aus dem Jahre 1964 – den Grundsatz aufgestellt hat, daß ausländische Benutzungshandlungen des Zeicheninhabers ein inländisches Warenzeichen unabhängig vom warenzeichenrechtlichen Territorialitätsprinzip erschöpfen können<sup>36</sup>. In einem zweiten Schritt hat der Bundesgerichtshof in der »Cinzano«-Entscheidung aus dem Jahre

---

keitsbericht 1975, 45 (BT-Drucks. 7/5390). Ebenso etwa *Langen/Niederleithinger/Schmidt* (oben N. 32) § 23 Rdz. 29; *Roth* (vorige Note) 523f. mit weiteren Nachweisen; dagegen zuletzt *Huber* (vorige Note) 539f.

<sup>35</sup> Dies wird vom Bundeskartellamt in seinen Grundsätzen (vorige Note) zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber implizit aus seiner Entscheidung im Fall *Bayer France/Firestone France* (oben N. 33). In diesem Sinne auch *Roth* (oben N. 33) 524ff., 542; dagegen *Huber* (oben N. 33) 546ff.

<sup>36</sup> BGH 22. 1. 1964, BGHZ 41, 84.

1973 sodann den Grundsatz aufgestellt, daß multinationale Unternehmen im Hinblick auf zeichenrechtliche Benutzungshandlungen als Einheit zu betrachten sind<sup>37</sup>:

»Hat ein Zeicheninhaber Tochtergesellschaften eines Unternehmens oder selbständigen Lizenznehmern in anderen Ländern gestattet, ihre Waren mit einem Zeichen zu versehen, das mit seinem Zeichen übereinstimmt, und die so gekennzeichneten Waren in den Verkehr zu bringen, so kann ein Unternehmen, für das das gleiche Zeichen mit Billigung des Zeicheninhabers im Inland eingetragen ist, die Einfuhr der im Ausland unter diesem Zeichen auf den Markt gebrachten Waren in das Inland nicht untersagen.«

Dieselbe Entwicklung läßt sich auch für den *Geltungsbereich des EWG-Vertrages* feststellen. In gemeinschaftsrechtlichem Zusammenhang können sich warenzeichenrechtliche Abwehrbefugnisse als zwischenstaatliche Handelsbeschränkungen darstellen, die dann nach Maßgabe der Artt. 30 ff., 36 EWG-Vertrag unzulässig sind<sup>38</sup>. Konsequenterweise hat daher der Europäische Gerichtshof ebenfalls die Erschöpfungslehre durchgesetzt mit der Folge, daß das Inverkehrbringen einer Ware durch ein konzernverbundenes Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt dem Gesamtunternehmen als wirtschaftlicher Einheit zugerechnet wird<sup>39</sup>. Die den multinationalen Unternehmen sonst gegebene Möglichkeit der internationalen Marktaufteilung ist damit auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts unterbunden. Vielmehr wird unter Zurückstellung der rechtlichen Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften gewissermaßen das Konzernunternehmen als einheitlicher Markeninhaber im Gemeinsamen Markt behandelt. Der Sache nach wird damit zugleich die Funktion des Warenzeichens, die Identifizierung von Waren nach ihrer Herkunft zu ermöglichen, ebenfalls auf den gesamten Konzern bezogen und nicht auf ein einzelnes Konzernunternehmen beschränkt<sup>40</sup>. – Inwieweit diese Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auch auf die Freihandelsabkommen mit den Rest-EFTA-Staaten, die den Artt. 30 ff. EWG-Vertrag entsprechende Vorschriften enthalten, übertragbar sind, ist allerdings zweifelhaft<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> BGH 2. 2. 1973, BGHZ 60, 185.

<sup>38</sup> Dazu vor allem *Ullrich*, Staatsgrenzen und Warenzeichen: GRUR/Int. 1975, 291 ff.; *Herrmann*, Nationales Warenzeichenrecht und freier Warenverkehr in den europäischen Gemeinschaften: RabelsZ 40 (1976) 272–287; *Hefermehl/Ipsen/Schluep/Sieben*, Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft (1979).

<sup>39</sup> Siehe insbesondere EuGH 22. 6. 1976, Rs. 119/75 (*Terrapin Overseas Ltd. ./. Terranova Industrie C. A. Kapferer & Co.*), Slg. 1976, 1039 (1062).

<sup>40</sup> Vgl. *Hefermehl/Fezer*, Der Schutz der Marke im Gemeinsamen Markt, in: *Hefermehl/Ipsen/Schluep/Sieben* (oben N. 38) 1 ff., 117 ff.

<sup>41</sup> Dazu *Schluep*, Die markenrechtliche Rechtsprechung des EuGH aus schweizerischer Sicht, in: *Hefermehl/Ipsen/Schluep/Sieben* (oben N. 38) 227 ff., 261 ff.; siehe die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. 1. 1979, BGE 105 II 49 = GRUR/Int. 1979, 569 (»OMO«), und dazu *Kucsko*, Parallelimporte von Konzernmarkenwaren und

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die warenzeichenrechtliche Berücksichtigung der Einheit des Konzernunternehmens auch von erheblicher Bedeutung für Benutzungshandlungen ist, welche für die Begründung und die Aufrechterhaltung von Zeichenrechten unter dem Gesichtspunkt des Benutzungszwangs und des stellvertretenden Gebrauchs relevant sind<sup>42</sup>.

#### d) Enteignungsrecht

Im Internationalen Enteignungsrecht ist der »Durchgriff« auf die wirtschaftliche Einheit des multinationalen Unternehmens gleichfalls eine geläufige Erscheinung<sup>43</sup>. Die Frage der Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Nationalisierung eines Unternehmens, das auch im Inland über Vermögen verfügt, ist bezüglich dieses inländischen Vermögens stets auf der Grundlage des sog. *Territorialitätsprinzips* negativ beantwortet worden.

Dieser Grundsatz war zunächst anhand von Fällen entwickelt worden, in denen der Enteignungsstaat unmittelbar auf das Gesellschaftsvermögen zugegriffen hatte. Es stellte sich aber bald das Problem, wie zu entscheiden sei, wenn der Enteignungsstaat nicht die Gesellschaft selbst enteignete, sondern ihren Anteilseignern die *Mitgliedschaftsrechte* entzog. Formal blieb in diesen Fällen die juristische Person unangetastet. Ausgangspunkt der Lösung war die Erwägung, daß die für den Zugriff des Enteignungsstaates auf das Gesellschaftsvermögen entwickelten Maßstäbe nicht umgangen werden sollten: Enteignungswirkungen, die im Falle des unmittelbaren Zugriffs des ausländischen Enteignungsstaates auf das Gesellschaftsvermögen nicht eintreten, sollten auch dann nicht – auf Umwegen – erreicht werden können, wenn der Enteignungsstaat statt des Gesellschaftsvermögens die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter übernimmt<sup>44</sup>. Rechtskonstruktiv hat der Bundesgerichtshof dies dadurch erreicht, daß mittels eines »Durchgriffs« die Gesellschafter selbst als Inhaber des außerhalb des Enteignungsstaates belegenen Gesellschaftsvermögens betrachtet werden, so daß das Inlandsvermögen der formal gar nicht betroffenen Gesellschaft auch dem nur mittelbaren Zugriff des Enteignungsstaates entzogen ist<sup>45</sup>:

»Die Rechtsfigur der juristischen Person kann nur in dem Umfang Beachtung finden, in dem ihre Verwendung dem Zweck der Rechtsordnung entspricht. Es

---

die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz mit der EWG: GRUR/Int. 1980, 138 ff.

<sup>42</sup> Siehe dazu *Beier*, Rechtsprobleme des internationalen Markengebrauchs durch verbundene Unternehmen: GRUR/Int. 1974, 1 ff.

<sup>43</sup> Siehe zum folgenden zuletzt *Behrens*, Multinationale Unternehmen im internationalen Enteignungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1980).

<sup>44</sup> Zu dieser Fallkonstellation *Behrens* (vorige Note) 95 ff.

<sup>45</sup> BGH 30. 1. 1956, BGHZ 20, 4 (13f.).

genügt nicht, daß diese Rechtsfigur ihren eigenen Zwecken gemäß genutzt wird. An einer rechtsordnungsgemäßen Verwendung der juristischen Person fehlt es, wenn die Einschaltung oder bloß die Tatsache ihres Vorhandenseins dazu führt, daß sich eine entschädigungslose Enteignung ihres Gesellschafters auf Vermögen auswirkt, das außerhalb des Machtbereichs des enteignenden Hoheitsträgers gelegen ist und daher von einer Enteignung weder dann erfaßt würde, wenn die Enteignung das Vermögen der Gesellschaft beträfe, noch dann, wenn sie sich gegen den Gesellschafter richtete und das extraterritoriale Vermögen ihm gehörte.«

Das im Hinblick auf eine von den Enteignungswirkungen ausgenommene inländische Tochtergesellschaft einer im Ausland enteigneten Gesellschaft entstehende Zuordnungsproblem hat die deutsche Rechtsprechung bekanntlich im Sinne der *Theorie der Spaltgesellschaft* gelöst<sup>46</sup>. Nach dieser Theorie wird für den Bereich des Inlands die Existenz einer von der ursprünglichen, im Enteignungsstaat fortbestehenden Gesellschaft »abgespaltenen« Gesellschaft fingiert, die aus den ursprünglichen Anteilseignern besteht und der das inländische Gesellschaftsvermögen (die Anteile an der inländischen Tochtergesellschaft) zugeordnet wird. Der nunmehr in staatlichem Besitz befindlichen ausländischen Muttergesellschaft werden damit implizit die sich aus den Anteilen an der inländischen Tochtergesellschaft ergebenden Rechte aberkannt.

#### e) Bankenaufsicht

Die Einführung einer weiteren wirtschaftsrechtlichen Durchgriffsmöglichkeit wird zur Zeit für die Bankenaufsicht diskutiert. Ein besonders wichtiges Element dieser Aufsicht besteht in der *Kontrolle des Verhältnisses von haftendem Eigenkapital zu den ausstehenden Krediten* eines Kreditinstituts. Gemäß § 10 Kreditwesengesetz müssen Kreditinstitute im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern, insbesondere zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte, ein angemessenes haftendes Eigenkapital haben, und das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ist ermächtigt, im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank Grundsätze aufzustellen, nach denen zu beurteilen ist, ob diese Anforderungen erfüllt sind. Nach den gegenwärtig geltenden »Grundsätzen für die Angemessenheit des Eigenkapitals und der Liquidität der Kreditinstitute« vom 1. 10. 1974 sollen – so der Grundsatz I – die Kredite und Beteiligungen eines Kreditinstituts das Achtzehnfache des haftenden Eigenkapitals nicht übersteigen<sup>47</sup>. In der Praxis hat nun die Gliederung von Kreditunternehmen

<sup>46</sup> Siehe dazu Behrens (oben N. 43) 103 ff.

<sup>47</sup> Siehe Reischauer/Kleinhaus, Kreditwesengesetz, Loseblattkommentar I (1963 ff.) Anh. zu §§ 10 und 11 KWG.

in jeweils eine Mehrzahl rechtlich selbständiger Gesellschaften die Möglichkeit eröffnet, das haftende Eigenkapital der jeweiligen Muttergesellschaft mehrfach auszunutzen. Denn in diesem Zusammenhang werden auch Tochtergesellschaften aufsichtsrechtlich als selbständige Kreditinstitute mit »eigenem« Eigenkapital behandelt, obwohl wirtschaftlich gesehen das Eigenkapital von Tochtergesellschaften lediglich als ein »abgespaltener« Teil des Eigenkapitals der jeweiligen Muttergesellschaft anzusehen ist. Unter diesem Gesichtspunkt hat sich insbesondere die Gründung ausländischer Tochtergesellschaften als interessant erwiesen, vor allem in Ländern, die keine oder zumindest weitere Grenzen für das zulässige Kreditvolumen vorsehen als das deutsche Recht. Diese Entwicklung ist bedenklich, weil etwaige Verluste der Tochter im Ergebnis doch auf die Mutter zukommen können, ohne daß dieses – über den Verlust des Beteiligungskapitals hinausgehende – Risiko bei der bankenaufsichtsrechtlichen Bemessung des Gesamtkreditvolumens berücksichtigt würde. Die beschriebene Entwicklung ist aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes von erheblicher Bedeutung, sondern auch unter dem währungspolitischen Aspekt einer Kontrolle der Geldschöpfung.

Die vom Bundesminister der Finanzen eingesetzte Studienkommission »Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft« hat daher in ihrem 1979 vorgelegten Bericht die Einführung eines *Konsolidierungsverfahrens* vorgeschlagen, durch welches die Mehrfachbelegung des haftenden Eigenkapitals von Kreditinstituten verhindert werden soll<sup>48</sup>. Danach würden die Eigenkapitalien von Mutter und Tochter in der Weise konsolidiert, daß dem Eigenkapital der Mutter nach Abzug des Buchwertes ihrer Beteiligung an der Tochter deren Eigenkapital entsprechend der Beteiligungsquote der Mutter hinzugerechnet wird. Nach diesem für die Zwecke der Bankenaufsicht einmal jährlich konsolidierten haftenden Eigenkapital würde sich dann das zulässige Gesamtkreditvolumen für Mutter und Tochter gemeinsam bestimmen. Die Kommission war übereinstimmend der Auffassung, daß die Einführung eines solchen »Quotenkonsolidierungsverfahrens« gerade auch im Hinblick auf die ausgedehnten Auslandsbeteiligungen deutscher Banken erforderlich sei<sup>49</sup>. Die Kommission hat darauf hingewiesen, daß ohne eine Einbeziehung der Auslandstöchter die innerstaatliche Bankenaufsicht zunehmend an Wirksamkeit verlieren würde, weil ihrer Kontrolle ein immer größer werdender Teil der bankgeschäftlichen Aktivität der deutschen Kreditinstitute entglitte. Aus Gründen der Praktikabilität will die Kommissionsmehrheit das vorgeschlagene Konsolidierungsverfahren allerdings erst bei Beteiligungen über 50% eingreifen lassen, während eine

<sup>48</sup> Bundesministerium der Finanzen, Grundsatzfragen der Kreditwirtschaft, Bericht der Studienkommission (1979) Rdz. 1126 ff.

<sup>49</sup> Siehe Kommissionsbericht a. a. O. Rdz. 1136.

Minderheit der Kommission es für sachgerechter hält, bereits bei Beteiligungen ab 10% zu konsolidieren. Inzwischen haben – bis zu einer gesetzlichen Neuregelung – Vertreter des Kreditgewerbes, des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen und der Deutschen Bundesbank ein entsprechendes gentlemen's agreement für eine Konsolidierung bei 100%igen Beteiligungen vereinbart<sup>50</sup>.

#### f) Ergebnis

Diese Beispiele mögen genügen, um deutlich zu machen, daß der »Durchgriff über die Grenze« im deutschen Wirtschaftsrecht immer dann als Regelungstechnik Verwendung findet, wenn die Gefahr besteht, daß durch die Berücksichtigung der rechtlichen Selbständigkeit der nach verschiedenen nationalen Rechten inkorporierten Konzerngesellschaften eines multinationalen Unternehmens der *Gesetzeszweck* vereitelt würde. Die Regelungsziele des inländischen Gesetzgebers sollen also durch die grundsätzlich bestehende Freiheit der gesellschaftsrechtlichen Organisation eines internationalen Konzerns nicht unterlaufen werden können. Würde in solchen Fällen nicht an die Realität der internationalen Unternehmenseinheit angeknüpft, sondern an die privatautonom bestimmbare Rechtssubjektivität der Konzernglieder, dann wäre die Durchsetzung der Regelungsziele inländischer Normen praktisch in das Belieben ihrer Adressaten gestellt<sup>51</sup>.

## 2. Grenzen des Durchgriffs

Es ist deutlich geworden, daß mit dem »Durchgriff über die Grenze« zwangsläufig die Sphären anderer Rechtsordnungen berührt werden, in deren Geltungsbereich multinationale Unternehmen hineinreichen. Auch diese Rechtsordnungen verfolgen in bezug auf dieselben Unternehmen Regelungsinteressen, welche mit denen des Inlands nicht ohne weiteres übereinstimmen. Es drängt sich daher die naheliegende Frage auf, ob es für den wirtschaftsrechtlichen »Durchgriff über die Grenze« rechtliche Schranken gibt, die von jeder Rechtsordnung einzuhalten sind, ob mit anderen

---

<sup>50</sup> Siehe Monatsberichte der Deutschen Bundesbank 1981 Nr. 8 S. 25 ff.

<sup>51</sup> Dies verkennt beispielsweise *Huber* (oben N. 33) 548, wenn er meint, die nach ausländischem Recht verliehene Rechtspersönlichkeit einer Konzerngesellschaft sei von uns zwingend zu respektieren. Die von seiten der betroffenen Unternehmen genährte erstaunliche Vorstellung, für das Unterlaufen der inländischen Fusionskontrolle sei erst die ad-hoc-Gründung einer Auslandsgesellschaft erforderlich, welche dann den Zusammenschluß vollziehe, ist wirklichkeitsfremd. So aber außer *Huber* a. a. O. auch *Schaub*, Zur Problematik einer Präventivkontrolle von Auslandszusammenschlüssen: WuW 1981, 472 ff. (477).

Worten rechtliche Grenzen feststellbar sind, jenseits derer ein internationaler »Durchgriff« zum »Übergriff« in domaines réservés fremder Rechtsordnungen wird. Mit dieser Frage ist ein ebenso aktuelles wie schwieriges und umstrittenes Kernproblem des Internationalen Wirtschaftsrechts angesprochen. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik ist hier nicht möglich; einige knappe Hinweise müssen genügen.

Man kann sich dem Problem der Schranken des Durchgriffs von zwei verschiedenen Ausgangspunkten her nähern, indem man es entweder aus der Sicht der Unternehmen unter dem Aspekt möglicher Pflichtenkollisionen betrachtet oder indem man es aus der Sicht der Staaten als ein Problem der Koordination unterschiedlicher nationaler Politiken begreift. Je nachdem welchen dieser beiden möglichen Ausgangspunkte man wählt, wird man zu unterschiedlichen Begrenzungen des internationalen Durchgriffs gelangen.

#### a) Vermeidung von Pflichtenkollisionen

Der Gesichtspunkt der Vermeidung von Pflichtenkollisionen entspricht der traditionellen kollisionsrechtlichen Betrachtungsweise im Internationalen Privatrecht: Privatrechtssubjekte sollen keinen widersprüchlichen Verhaltensnormen unterworfen werden<sup>52</sup>.

Dieses Ziel verwirklicht das *Internationale Privatrecht* dadurch, daß es einen internationalen Sachverhalt gewissermaßen nationalisiert und einer einzigen Rechtsordnung zur Regelung überläßt<sup>53</sup>. Darüber, welche Rechtsordnung dies im Einzelfall ist, entscheiden Kollisionsnormen, deren Anknüpfungspunkte im Idealfall so gewählt sind, daß es für jede Rechtsordnung akzeptabel ist, wenn sie in casu mit ihrem Regelungsbedürfnis hinter eine andere Rechtsordnung zurücktritt. Das Wesentliche dieser internationalprivatrechtlichen Methode besteht in der jedes andere Recht ausschließenden Wirkung einer kollisionsrechtlichen Verweisung auf eine bestimmte Rechtsordnung<sup>54</sup>. Bei internationalprivatrechtlichen Lösungen ist aber die internationale Austauschbarkeit der nationalen Privatrechtsnormen stets als Prämisse mitgedacht.

<sup>52</sup> Vgl. etwa *Wengler*, IPR I (1981) 63: »Das als ›Kollisionsrecht‹ bezeichnete internationale Privatrecht soll ein Recht zur *Verhütung* aller solcher Pflichtenkollisionen sein.« Nichts anderes steht hinter dem internationalprivatrechtlichen Ideal des »Entscheidungseinklangs«. Siehe dazu näher *Neuhaus* 49 ff.

<sup>53</sup> So die durch *Savigny* geprägte Formel, »daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet [d. h. diejenige Rechtsordnung] aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist«; *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VIII (1849) 28, und 108 (». . . worin dasselbe seinen Sitz hat«).

<sup>54</sup> *Neuhaus* 34 f.: »In der Regel soll aber für einen privatrechtlichen Sachverhalt immer eine und nur eine Rechtsordnung anwendbar sein.«

Eben diese Prämisse ist in *wirtschaftsrechtlichen Regelungszusammenhängen* nicht durchweg erfüllt. Die wirtschaftspolitischen Vorstellungen, die in wirtschaftsrechtlichen Normen ihren Niederschlag finden, sind zu unterschiedlich, als daß ihre Austauschbarkeit ohne weiteres unterstellt werden könnte. Entsprechend schwierig ist es, zu einer ähnlichen Bilateralisierung der Rechtsanwendungsnormen zu kommen, wie sie im Internationalen Privatrecht gelungen ist. Schon die Ausgangsfragestellung ist eine andere: Anstatt vom Sachverhalt her zu bestimmen, welche Rechtsordnung jeweils maßgebend sein soll, ist es in wirtschaftsrechtlichen Materien üblich, vom Gesetz her nach seinem Anwendungsbereich zu fragen<sup>55</sup>. Dann kommt es nicht auf die Feststellung an, welche Rechtsordnung gewissermaßen »näher dran« ist, sondern in welchem Maße der Zweck der inländischen Gesetze verlangt, daß sie auch auf Sachverhalte mit Auslandsbezug angewendet werden. Von diesem Ansatz her ist es unvermeidlich, daß es zu Überschneidungen der Geltungsansprüche mehrerer nationaler Rechtsordnungen kommt. Denn der wirtschaftspolitische Zweck eines Gesetzes wird in allen Staaten zunächst einmal unabhängig davon formuliert, was andere Staaten für richtig halten. Solange dies mangels wirksamer wirtschaftspolitischer Koordination so ist, ergibt sich daraus die übliche Einseitigkeit wirtschaftsrechtlicher Kollisionsnormen und vor allem deren mangelnde Ausschlußfunktion im Hinblick auf die Anwendung eines anderen Rechts durch fremde Staaten. Dies zeigt, daß die Vermeidung von Pflichtenkollisionen für international tätige Unternehmen im Internationalen Wirtschaftsrecht bisher nicht als der leitende Gesichtspunkt akzeptiert ist. Statt dessen stellt sich die Frage nach den Grenzen der staatlichen Rechtssetzung, die mit der Frage nach der zwischenstaatlichen Abgrenzung wirtschaftspolitischer Einflußbereiche zusammenfällt.

Es besteht die verbreitete Neigung, dieses Abgrenzungsproblem allein dem *Völkerrecht* als dem eigentlichen zwischenstaatlichen Koordinationsrecht zuzuweisen. Über den allgemein akzeptierten Satz hinaus, daß kein Staat befugt ist, auf dem Territorium eines anderen Staates Hoheitsakte vorzunehmen, ergeben sich aber aus dem Völkerrecht bislang nur recht unsichere Standards für die Lösung des international-wirtschaftsrechtlichen Koordinationsproblems. Dies belegt schon die jahrzehntelange Auseinandersetzung über den Inhalt etwa des Prinzips der Notwendigkeit einer Inlandsbeziehung, des Einmischungsverbots, des Verbots des Rechtsmißbrauchs oder des Verhältnismäßigkeitsprinzips in den unterschiedlichsten Regelungszusammenhängen<sup>56</sup>. Es tritt die Schwierigkeit hinzu, in diesen

<sup>55</sup> Siehe zu diesen beiden unterschiedlichen Fragestellungen *Neuhaus* 29ff. Die heute im Kollisionsrecht diskutierte Frage, ob nicht auch im Privatrecht der Anwendungsbereich des nationalen Rechts vom Gesetz her zu bestimmen ist, kann hier nicht erörtert werden.

<sup>56</sup> Siehe dazu allgemein etwa *Rudolf*, Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung, in: *BerDGesVölkR* 11 (1973) 7ff.; speziell zum Kartellrecht *Meessen*, Völkerrechtliche

Fragen ein für das Völkerrecht geradezu konstitutives Mindestmaß an zwischenstaatlicher Übereinstimmung herzustellen.

So erstrebenswert es ist, klare und gesicherte völkerrechtliche Regeln herauszuarbeiten, so wichtig erscheint es aber gegenwärtig, daneben auch auf der *Ebene des einzelstaatlichen Rechts* anzusetzen. Hier ließe sich durchaus der alte, von den Internationalprivatrechtlern zurückgewiesene Gedanke der *comitas* als Ansatzpunkt für eine Selbstbeschränkung der Staaten in wirtschaftsrechtlichen Materien wiederbeleben. Der Gedanke der Rücksichtnahme auf die Regelungsinteressen anderer Staaten sollte jeder Rechtsordnung nicht erst vom Völkerrecht auferlegt werden müssen, sondern ihr im Hinblick auf Auswirkungen bei internationalen Sachverhalten immanent sein<sup>57</sup>. Schon auf nationaler Ebene muß daher die Betroffenheit anderer Staaten durch inländische Regelungen berücksichtigt werden, und zwar mit dem Ziel der internationalen Koordination.

#### b) Koordination

Für die hier gestellte Frage nach den möglichen Schranken eines wirtschaftsrechtlichen »Durchgriffs über die Grenze« ergibt sich aus diesen Überlegungen, daß der internationalprivatrechtliche Ansatz nicht greifen kann. Vielmehr müssen etwaige Durchgriffsschranken unter dem Gesichtspunkt der Grenzen staatlicher Gesetzgebung bestimmt werden.

Dies bedeutet einerseits, daß der Gesichtspunkt der Vermeidung von Pflichtenkollisionen für die multinationalen Unternehmen kein primär maßgeblicher Gesichtspunkt für die Gestaltung des internationalen Durchgriffs im Wirtschaftsrecht sein kann. Solche Unternehmen können sich widersprüchlichen Verhaltenspflichten in der Regel dadurch entziehen, daß sie durch eine Umgestaltung ihrer Konzernorganisation die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale vermeiden, an welche die nationalen Rechtsnormen anknüpfen. Ein Unternehmen, das beispielsweise die deutsche Zugriffsbesteuerung vermeiden möchte, kann etwa dafür sorgen, daß die ausländische Basisgesellschaft ihre Gewinne an die deutsche Mutter ausschüttet; ein Unternehmen, das sich im Hinblick auf eine im Ausland erlaubte Fusion im Inland einem Zusammenschlußverbot ausgesetzt sieht, kann durch Entflechtung dafür sorgen, daß die wettbewerbsschädlichen Inlandsauswirkungen beseitigt werden usw. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß der »Durchgriff über die Grenze« die *Regelungsbedürfnisse*

---

Grundsätze des internationalen Kartellrechts (1975); zum Steuerrecht *Großfeld*, *Multinationale Korporationen* (oben N. 29) 121 ff.; zum Konzernrecht *Luchterhand*, *Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen* (1971) 96 ff.

<sup>57</sup> Zutreffend in diesem Sinne etwa *Luchterhand* (vorige Note) 84 ff. Vgl. zum Gedanken der Koordination näher *Behrens* (oben N. 43) 14 ff., 17 ff.

anderer Staaten nicht unberührt läßt. Dies zeigt sich vor allem in den Fällen, in denen die vom inländischen Recht an das Unternehmen gerichtete Verhaltensanforderung mit einer entgegengesetzten Verhaltensanforderung des ausländischen Rechts kollidiert. In solchen Fällen hilft das völkerrechtliche Verbot der Vornahme von Hoheitsakten auf fremdem Territorium nicht weiter. Denn es ist im Prinzip anerkannt, daß ein Staat auch das ausländische Verhalten von Personen, die seiner Regelungsgewalt unterliegen, normieren kann. Der Umstand, daß im Falle multinationaler Unternehmen ein Staat die Einflußmöglichkeiten eines inländischen Konzernunternehmens auf die ausländischen Konzernglieder dazu benutzen kann, um seine rechtspolitischen Vorstellungen auch dort im Ausland durchzusetzen, wo ihm ein unmittelbares staatliches Handeln versagt wäre, berührt nach wohl überwiegender Auffassung noch nicht das erwähnte völkerrechtliche Verbot<sup>58</sup>. Für einen in diesem Zusammenhang immerhin denkbaren »Durchgriff« durch die inländische Konzerngesellschaft, welche das inländische Wirtschaftsrecht gegenüber den ausländischen Konzerngesellschaften durchsetzt, auf den inländischen Staat fehlt durchweg jede rechtliche Grundlage<sup>59</sup>. Kein Staat verläßt sich denn auch tatsächlich allein auf das völkerrechtliche Verbot der Vornahme fremder Hoheitsakte auf dem eigenen Territorium. Vielmehr gibt es zahlreiche Beispiele dafür, daß Staaten auf den extraterritorialen »Privatvollzug« des Wirtschaftsrechts anderer Staaten durch multinationale Unternehmen mit rechtlichen Gegenmaßnahmen reagieren<sup>60</sup>. Für jede Rechtsordnung stellt sich dann zwangsläufig die Frage, ob und wie sie solche Gegenreaktionen bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs inländischer Normen mit in Betracht ziehen soll. Auch hierin zeigt sich wieder, daß das Problem der Schranken eines »Durchgriffs über die Grenzen« nicht allein im Völkerrecht angesiedelt

---

<sup>58</sup> Zwar findet sich gelegentlich die Auffassung, ein Staat dürfe nicht auf indirektem Weg Wirkungen erzielen, deren direkte Herbeiführung ihm verboten sei. Aber dies wäre eine kaum durchzuhaltende Position. Bislang dürfte sich noch nichts an der Feststellung geändert haben, die schon *Karl Neumeyer*, Internationales Verwaltungsrecht IV (1936) 493, getroffen hat: »[Es ist] völkerrechtlich nicht zu beanstanden (nur von dieser Seite ist hier die Rede), wenn durch Staatshandlungen im Inland mittelbar Wirkungen herbeigeführt werden, deren unmittelbare Herbeiführung im Ausland dem Staat nach Völkerrecht verwehrt wäre.«

<sup>59</sup> Immerhin läßt sich die Frage stellen, ob nicht der inländische Staat, soweit *er selbst* durch juristische Personen des Privatrechts handelt und dann insbesondere der allgemeinen Grundrechtsbindung unterliegt, entsprechend auch den Bindungen des Völkerrechts unterworfen sein muß. Vgl. zu einem solchen »Durchgriff kraft völkerrechtlicher Verantwortlichkeit« *Böckstiegel*, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen (1971) 68 ff.

<sup>60</sup> Letzte Glieder in einer langen Kette von Beispielen sind die jüngst in manchen Staaten ergangenen Gesetze, die es den jeweiligen inländischen Konzerngesellschaften multinationaler Unternehmen untersagen, sich an der Durchsetzung fremden Wirtschaftsrechts zu beteiligen (so beispielsweise der englische Protection of Trading Interests Act 1980).

werden kann, sondern zu seiner Lösung bereits im nationalen Recht angesetzt werden muß.

### III. Der internationale Durchgriff im Haftungsrecht

Im Haftungsrecht geht es um Risikozurechnung. Unter diesem Aspekt hat das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip die Funktion, die Risiken der Anteilseigner auf das Vermögen der Gesellschaft zu begrenzen und im übrigen die Risiken auf die Gläubiger abzuwälzen. Diese durch das Trennungsprinzip implizierte Risikoverteilung ist ihrer Idee nach wiederum an die Voraussetzung geknüpft, daß die Gesellschaft autonom das Interesse verfolgt, ihr Vermögen zu erhalten oder zu mehren<sup>61</sup>. Eben dieses Interesse wird durch den Konzern in Frage gestellt. Indem sich eine abhängige Gesellschaft dem Interesse des Gesamtkonzerns unterwirft, wird die normale Risikoverteilung zwischen Anteilseignern und Gläubigern verschoben, wird das allgemeine Risiko der *Gläubigergesamtheit* einer abhängigen Gesellschaft erhöht. Von diesem Aspekt ist ein anderer zu trennen, der nicht das kollektive Gläubigerrisiko betrifft, sondern den Einfluß des Konzernatbestands auf die privatrechtlichen Haftungsgründe (Vertrag, Vertrauen, Delikt), welche die Grundlage *individueller Gläubigerbeziehungen* zum Konzern bilden. Auch insoweit verursacht der Konzernatbestand »anormale« Risiken, die aber den einzelnen Gläubiger individuell treffen und die in den Bereich des Konzernaußenrechts im Sinne Rehbinders<sup>62</sup> gehören. Auch diese individuellen Gläubigerrisiken haben mit dem Trennungsprinzip zu tun, aber nicht mit dessen Äußerung als Haftungsbeschränkung, sondern mit dessen Wirkung, das Konzernunternehmen in eine Vielheit selbständiger Rechtssubjekte zu gliedern<sup>63</sup>. Diese Unterscheidung ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb besonders wichtig, weil die Figur des haftungsrechtlichen »Durchgriffs« allein auf die haftungsbeschränkende Wirkung des Trennungsprinzips bezogen ist. Im folgenden ist zunächst die insoweit maßgebliche materiellrechtliche Ausgangslage zu verdeutlichen (unten 1), bevor auch hier wieder die grenzüberschreitende Reichweite des »Durchgriffs« erörtert werden kann (unten 2 und 3).

---

<sup>61</sup> Vgl. Reuter (oben N. 1).

<sup>62</sup> Rehbinder, Konzernaußenrecht.

<sup>63</sup> Zu dieser Differenzierung der unterschiedlichen Aspekte des gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzips und der unterschiedlichen Gläubigerrisiken siehe Koppenssteiner 79.

## 1. Materiellrechtliche Ausgangslage

### a) Konzernrecht

Die Behandlung des Konzernatbestandes unter dem Gesichtspunkt der im *Trennungsprinzip* zum Ausdruck kommenden Haftungsbeschränkung entspricht der konzernrechtlichen Betrachtungsweise, bei der das Interesse der Gläubigergesamtheit im Vordergrund steht. Die Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips im Konzern bedeutet insoweit aus der Sicht der Gläubiger: Gliederung des Konzernunternehmens in eine Mehrzahl von Haftungsfonds, und aus der Sicht der Konzernspitze: Differenzierung von Risikozentren. Auch im kapitalgesellschaftlich organisierten Konzern haftet also den Gläubigern grundsätzlich nur das Vermögen derjenigen Konzerngesellschaft, die als formal selbständiges Rechtssubjekt jeweils gehandelt hat. Die Unternehmenseinheit führt somit nicht als solche auch zur Einheit des Haftungsfonds. Dies ist keineswegs unproblematisch. Die Divergenz zwischen einheitlicher Herrschaft und geteilter Verantwortung im Konzern ist nur in dem Maße erträglich, wie sich rechtliche Ausgleichsmechanismen entwickeln lassen, die geeignet sind, den Haftungsfonds zugunsten der Gläubiger wirksam gegen Aushöhlungen zu schützen. Wo dies nicht gelingt oder aussichtslos ist, entfällt die Legitimation zur Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips. Grundsätzlich lassen sich *zwei Möglichkeiten* unterscheiden, haftungsrechtlich auf den Konzernatbestand zu reagieren: Man kann versuchen, das Kapital abhängiger Gesellschaften als einen selbständigen Haftungsfonds zu schützen (Prinzip des Kapitalschutzes oder der Kapitalbindung); man kann aber auch, soweit dies nicht gelingt, das Vermögen der herrschenden Gesellschaft in den Haftungsfonds, welcher den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft zur Verfügung stehen soll, mit einbeziehen (Prinzip der Haftungserstreckung).

Betrachtet man zunächst die gewöhnliche *Kapitalbindung*, welche das Trennungsprinzip im Normalfall legitimiert, so kommt sie in Bestimmungen zum Ausdruck, die insbesondere eine Rückgewähr von Einlagen verbieten (§ 57 AktG, § 30 GmbHG) und die etwaige Ansprüche der Anteilseigner an das Gesellschaftsvermögen auf den Jahresgewinn (§§ 58, 60 AktG, § 29 GmbHG) bzw. auf den Liquidationsüberschuß (§ 271 AktG, §§ 70, 72 GmbHG) beschränken. Die übliche Sanktion solcher Kapitalbindungsvorschriften besteht in der Verpflichtung der Anteilseigner, verbotene Leistungen an die Gesellschaft zurückzuerstatten (§ 62 AktG, § 31 GmbHG). Man muß nun das Konzernrecht als den Versuch begreifen, diesen Schutz des den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds im Prinzip auch bei abhängigen Gesellschaften aufrechtzuerhalten. Die Wege, die zu diesem Zweck eingeschlagen werden, unterscheiden sich je nach der Grundlage der konzernmäßigen Beherrschungsmöglichkeit:

Bei sogenannten *faktischen Konzernen*, in denen die Beherrschungsmöglichkeit sich aus dem Anteilsbesitz der Muttergesellschaft ergibt, wird der Schutz des Haftungsfonds der abhängigen Gesellschaft primär durch die Verpflichtung der Muttergesellschaft verwirklicht, alle Nachteile auszugleichen, die der Tochtergesellschaft durch ihre Abhängigkeit (d. h. durch den beherrschenden Einfluß der Muttergesellschaft) entstehen (§ 317 AktG). Diese Sanktion ersetzt nicht die allgemeinen Kapitalbindungsvorschriften, sondern ergänzt sie in der Erkenntnis, daß das Vermögen einer abhängigen Gesellschaft im Beteiligungskonzern auch gegen solche Minderungen geschützt werden muß, die nicht in der Rückgewähr von Einlagen oder in unzulässigen Ausschüttungen bestehen.

In sogenannten *Vertragskonzernen*, bei denen die Beherrschungsmöglichkeit auf vertraglicher Grundlage beruht, legalisiert das deutsche Recht allerdings auch nachteilige Einflußnahmen der herrschenden Gesellschaft, die das Vermögen der abhängigen Gesellschaft mindern, und es verzichtet auf einen unmittelbaren Nachteilsausgleich, sofern die Einflußnahme dem übergeordneten Konzerninteresse förderlich ist. Konsequenterweise sind insoweit die allgemeinen Kapitalbindungsvorschriften außer Kraft gesetzt (§ 297 III AktG). Dies wird vor allem dadurch kompensiert, daß die herrschende Gesellschaft verpflichtet ist, etwaige Verluste der abhängigen Gesellschaft auszugleichen (§ 302 AktG).

Wesentlich für diese konzernrechtlichen Sanktionen ist also, daß sie aus dem Konzerntatbestand keine unmittelbare Haftung der herrschenden Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft ableiten, sondern daß sie die Interessen dieser Gläubiger unter Aufrechterhaltung des Trennungsprinzips mittelbar durch den Schutz des Vermögens der abhängigen Gesellschaft gegen Aushöhlung zu wahren versuchen.

Weil sich aber die Funktionsfähigkeit eines solchen mittelbaren Schutzes der Gläubigersamtheit bezweifeln läßt, wird das geltende Konzernrecht nicht als durchweg befriedigend angesehen<sup>64</sup>. Es gibt daher eine Reihe von Vorschlägen, welche die Ersetzung des Kapitalschutzes durch eine *Haftungserstreckung* befürworten, die also auf eine unmittelbare Haftung der herrschenden Gesellschaft für die Schulden der abhängigen Gesellschaft und damit auf die Aufhebung des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips hinauslaufen.

Einen gesetzlichen Ansatzpunkt finden diese Vorschläge bereits in der aktienrechtlichen Regelung der sogenannten *Eingliederung*.

Die Eingliederung ermöglicht es der Muttergesellschaft (Hauptgesellschaft), praktisch ohne Einschränkungen über das Vermögen der Tochtergesellschaft (eingegliederte Gesellschaft) zu verfügen, und kommt einer Fusion nahe. Die Intensität der Beherrschung geht damit noch über die im Vertragskonzern gegebenen Möglichkeiten hinaus. In diesem Fall wäre ein bloßer konzernrechtlicher Schutz des Kapitals der Tochtergesellschaft unangemessen. Die Unternehmenseinheit dominiert die formale

---

<sup>64</sup> Vgl. etwa *Klaus Müller*, Die Haftung der Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht: ZGesR 6 (1977) 1 ff.

Selbständigkeit der eingegliederten Gesellschaft in einem Maße, welches die Aufrechterhaltung eines selbständigen Haftungsfonds zugunsten ihrer Gläubiger illusorisch werden läßt. Das Gesetz hat daher die Konsequenz gezogen und außer einer *Pflicht zur Verlustübernahme* (§ 324 AktG) die *unmittelbare Solidarhaftung der Muttergesellschaft* (Hauptgesellschaft) vorgesehen (§ 322 AktG).

Abgesehen von dem gesetzlich geregelten Fall der Eingliederung gibt es aber eine Reihe von Vorschlägen *de lege ferenda*, welche die Aufhebung des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips auch auf die *übrigen Konzerntatbestände* ausdehnen wollen.

Die in diesem Sinne wohl am weitesten gehende Lösung hätte das geplante EWG-Konkursübereinkommen mit sich gebracht, wenn der entsprechende Vorentwurf von 1970 in Kraft getreten wäre<sup>65</sup>. Nach dem Vorentwurf sollten nämlich die Vertragsstaaten verpflichtet sein, eine materielle Regelung in ihr nationales Recht zu übernehmen, die nach französischem Vorbild den Konkurs einer Tochtergesellschaft nicht nur als Grund für die Haftungserstreckung auf die Muttergesellschaft vorsah, sondern zugleich als Grund für eine entsprechende *Konkursorstreckung*<sup>66</sup>. Wegen der im Übereinkommen enthaltenen Zuständigkeits- und Anerkennungsvorschriften<sup>67</sup> hätte dies bedeutet, daß jeder Vertragsstaat den Konkurs und die Haftung einer seiner Jurisdiktion unterliegenden inländischen Tochtergesellschaft auf die ausländische Muttergesellschaft hätte erstrecken können. Diese Regelung ist außerhalb Frankreichs auf massiven Widerstand gestoßen<sup>68</sup> und im jetzt vorliegenden Entwurf von 1980 fallengelassen worden<sup>69</sup>.

Eine *allgemeine Haftungserstreckung* von Tochtergesellschaften auf Muttergesellschaften enthält aber auch der (geänderte) Verordnungsvorschlag eines Statuts für europäische Aktiengesellschaften vom 30. 4. 1975<sup>70</sup> sowie nach seinem Vorbild der Vorentwurf einer EWG-Richtlinie zur Angleichung des Konzernrechts (Teil II) von

<sup>65</sup> Vorentwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, Kommission der EG, Dok.Nr. 3327/XIV/1/70-D, abgedr. in Rabelsz 36 (1972) 734 ff.

<sup>66</sup> Art. 76 des Übereinkommens in Verb. mit Artt. 1, 2 der Anlage I (Einheitliches Gesetz); vgl. Artt. 99 ff. des französischen Gesetzes Nr. 67-563 vom 13. 7. 1967 (Konkursgesetz).

<sup>67</sup> Artt. 11, 12 des Übereinkommens.

<sup>68</sup> Siehe etwa *Jahr*, Vereinheitlichtes internationales Konkursrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: Rabelsz 36 (1972) 620-652 (629 f.).

<sup>69</sup> Entwurf eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren, Kommission der EG, Dok. Nr. III/D/72/80-DE. Siehe dazu *J. Thieme*, Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980: Rabelsz 45 (1981) 459-499 (472 f.).

<sup>70</sup> Beilage 4/75 zum Bulletin der EG; siehe Art. 239:

»1. Das herrschende Konzernunternehmen haftet für die Verbindlichkeiten der abhängigen Konzerngesellschaft.  
2. Das herrschende Konzernunternehmen kann jedoch erst in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger zuvor vergeblich die abhängige Konzerngesellschaft schriftlich in Verzug gesetzt hat.«

1975<sup>71</sup>. Diese Regelungen setzen für die allgemeine Haftung eines herrschenden Konzernunternehmens für die Verbindlichkeiten einer abhängigen Konzerngesellschaft nur die vergebliche Inverzugsetzung der letzteren voraus.

Für das deutsche Recht im besonderen hat *A. Langen* eine Haftungserstreckung vorgeschlagen, welche an die Erteilung von Weisungen des herrschenden an das abhängige Unternehmen anknüpft (*»Haftung aus erteilter Weisung«*)<sup>72</sup>.

Es zeigt sich also, daß man den aus dem Konzernatbestand resultierenden Gefährdungen der Gläubigergesamtheit durchaus unterschiedlich begegnen kann, nämlich sowohl durch Regelungen, welche auf die Erhaltung des Vermögens der abhängigen Gesellschaft als Haftungsfonds für die Gläubiger abzielen, wie auch durch Regelungen, welche das Vermögen der herrschenden Gesellschaft in diesen Haftungsfonds mit einbeziehen. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang nicht der Unterschied der Regelungstechnik, sondern der gemeinsame Schutzzweck. Denn dieser Schutzzweck ist es, der auch für die Bestimmung der internationalen Reichweite solcher Regelungen maßgebend sein muß (vgl. näher unten 2).

#### b) Konzernaußenrecht

Eine unmittelbare Haftung der herrschenden Gesellschaft für Verpflichtungen, welche die abhängige Gesellschaft treffen, muß keineswegs immer auf einer Durchbrechung des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips beruhen. Vielmehr gibt es zahlreiche Situationen, in denen diese Haftung aus jeweils selbständigen Verpflichtungsgründen resultiert und nicht aus einer Ausdehnung der Haftung, welche die abhängige Gesellschaft trifft. Der

<sup>71</sup> Kommission der EG, Dok. Nr. XI/593/75-D, Art. 21 (Vertragskonzern):

»1. Der andere Vertragsteil haftet für die vor der Abschließung des Vertrages entstandenen und während der Vertragszeit entstehenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

2. Der andere Vertragsteil kann jedoch erst in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger zuvor vergeblich die Gesellschaft schriftlich in Verzug gesetzt hat.«

Art. 46 (Nicht-Vertragskonzern):

»1. Das herrschende Konzernunternehmen haftet für die Verbindlichkeiten der abhängigen Konzerngesellschaft.

2. Das herrschende Konzernunternehmen kann jedoch erst in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger zuvor vergeblich die abhängige Konzerngesellschaft schriftlich in Verzug gesetzt hat.«

<sup>72</sup> *Albrecht Langen*, Die Haftung des herrschenden Unternehmens für Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft bei einem multinationalen Unternehmen (Diss. Bonn 1976) 37 ff., 98: »Ist ein herrschendes Unternehmen aufgrund eines Vertrages, des Besitzes einer Mehrheits- oder einer Minderheitsbeteiligung berechtigt bzw. in der Lage, der von ihr abhängigen Gesellschaft Weisungen zu erteilen, dann haftet das herrschende Unternehmen für alle durch die Ausführung dieser Weisungen verursachten Verbindlichkeiten bei der abhängigen Gesellschaft voll neben der abhängigen Gesellschaft als Gesamtschuldner. Ein Ausgleichsanspruch für das herrschende Unternehmen besteht nicht.« Kritisch dazu *Stefan Schatz*, Die Sicherung des Gesellschaftsvermögens und der Gläubigerinteressen im deutschen Konzernrecht (Diss. Göttingen 1980) 206 ff.

Konzernatbestand wirft in diesen Situationen lediglich besondere Probleme bei der Anwendung der allgemeinen privatrechtlichen Haftungsnormen auf. Insoweit handelt es sich durchgängig um Fragen der *Zurechnung privatrechtlicher Rechtsfolgen zur Muttergesellschaft*, die sich aus deren eigenem Verhalten gegenüber einzelnen Gläubigern ergeben, ohne daß davon die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft berührt würde<sup>73</sup>.

Im Bereich des *Konzernvertragsrechts* stellt sich bei Verträgen der abhängigen Gesellschaft insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen die herrschende Gesellschaft selbständig oder zumindest subsidiär mitverpflichtet wird. Dies hängt von der Art und Weise ab, wie sich die herrschende Gesellschaft an den Vertragsverhandlungen beteiligt hat, sei es daß sie ihr eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Vertragsverhältnis kundgetan, sei es daß sie Erklärungen abgegeben hat, die etwa als Bürgschaft, Schuldübernahme, Garantie oder Patronatserklärung<sup>74</sup> zu interpretieren sind. In diesen Zusammenhang ist auch *Lutters* Vorschlag einer Haftungsgemeinschaft von Gesellschaften verschiedener Nationalität einzuordnen, die sich vertraglich gemeinsam einer zentralen Leitung unterstellen und damit zu einem internationalen Gleichordnungskonzern verbinden: In seinem rechtspolitisch motivierten »Entwurf eines Staatsvertrages zur Herstellung weiterer Formen internationaler Unternehmensverbindungen in der EWG« sieht Lutter vor, daß die am internationalen Vertragskonzern beteiligten Gesellschaften wechselseitig nach den Grundsätzen des Bürgschaftsrechts für die Verbindlichkeiten der jeweils anderen Gesellschaft einzustehen haben<sup>75</sup>.

Im Bereich der *Vertrauenshaftung* geht es insbesondere um die Feststellung, ob die herrschende Gesellschaft durch ihr Verhalten den Anschein persönlicher Haftung oder zumindest ein bestimmtes Vertrauen erweckt hat, zu dem sie sich nicht in Widerspruch setzen darf (Verbot des *venire contra factum proprium*). Auch die Haftung aus culpa in contrahendo gehört hierher. Im Zusammenhang einer solchen selbständigen Haftung der herrschenden Gesellschaft für das in den Konzern gesetzte Vertrauen ist auch die von *A. Langen* vorgeschlagene »Haftung aus Konzernaufreten« zu sehen<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Siehe dazu vor allem *Rehbinder*, Konzernaußenrecht.

<sup>74</sup> Zu den vielfältigen Formen solcher Erklärungen *Obermüller*, Die Patronatserklärung: ZGesR 4 (1975) 1 ff.

<sup>75</sup> *Lutter*, Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft oder der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts? Verh. 48. DJT I (1970) Gutachten H, 140 ff. § 6: »1. Mit der Haftungsgemeinschaft vereinbaren die Gesellschaften, daß sie für ihre gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten wechselseitig haften. Die Gläubiger werden hieraus unmittelbar berechtigt. Der Inhalt der Haftung richtet sich nach Bürgschaftsrecht; maßgebend hierfür ist jeweils das nationale Recht der haftenden Gesellschaft.«

<sup>76</sup> *Langen* (oben N. 72) 105 ff., 132: »Ein herrschendes Unternehmen haftet für eine im Konzernvertrauen eingegangene Verbindlichkeit wie ein Bürge. Eine Verbindlichkeit gilt als im Konzernvertrauen eingegangen, wenn durch eine einem herrschenden Unternehmen zurechenbare Mitteilung eine von ihm abhängige Gesellschaft in einer Weise dargestellt wurde, welche geeignet war, Zweifel eines Dritten an der Leistungsfähigkeit der abhängigen Gesellschaft zu beseitigen und wenn der Dritte im Vertrauen auf diese

Im Bereich des *Konzerndeliktsrechts* geht es um die Voraussetzungen, unter denen die herrschende Gesellschaft als Anstifter, Gehilfe, Mittäter oder mittelbarer Täter für Delikte der abhängigen Gesellschaft – wiederum selbständig – verantwortlich ist<sup>77</sup>. Die Frage ist hier, inwieweit die Muttergesellschaft durch Einflußnahme auf die Tochtergesellschaft selbst eine unerlaubte Handlung begeht.

### c) Haftungsdurchgriff

Aus den bisherigen Erörterungen ist deutlich geworden, daß die unmittelbare Haftung einer Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten, welche auch ihre Tochtergesellschaft treffen, sowohl auf einer allgemeinen Haftungserstreckung, mit der die Gläubigersamtheit geschützt werden soll, beruhen kann als auch auf einem selbständigen Verpflichtungsgrund, bei dem die Haftungsinteressen des jeweiligen individuellen Gläubigers im Vordergrund stehen. Da nun auch der haftungsrechtliche »Durchgriff« auf die unmittelbare Haftung der Muttergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft hinausläuft, stellt sich die Frage, ob zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Konzernrecht einerseits und dem allgemeinprivatrechtlichen »Konzernaußenrecht« andererseits überhaupt noch ein Spielraum für diese Rechtsfigur besteht. Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erschwert, daß der haftungsrechtliche »Durchgriff« bis heute weder klare Konturen noch gar eine sichere dogmatische Basis gewonnen hat. So ist es bemerkenswert, daß Drobnig den Haftungsdurchgriff als einen rein gesellschaftsrechtlichen Haftungsgrund zum Schutz der Gläubigersamtheit betrachten kann<sup>78</sup>, während ihn E. Rehbinder für ein Mittel hält, »um aufgrund einzelfallspezifischer Gerechtigkeitsabwägungen unbefriedigte Haftungsinteressen eines Gesellschaftsgläubigers zu decken«<sup>79</sup>. Mag man nun auch in der materiellrechtlichen Diskussion die dogmatische Fundierung der Durchgriffshaftung für eine Geschmacksfrage<sup>80</sup> oder aus pragmatischen Erwägungen für überflüssig halten, so kann im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf verzichtet werden, weil durch die systematische Einordnung dieser Haftungsmodalität über ihren internationalen Anwendungsbereich implizit mitentschieden wird. Denn da Normen über die Durchgriffshaftung selbst durchweg keinen Hinweis auf ihren internationalen Anwendungsbereich enthalten – anders als etwa die oben erwähnten wirtschaftsrechtlichen Durchgriffsnormen –, muß dieser Anwendungsbereich unter Zuhilfenahme der vorhandenen Kollisionsnormen des Internationalen Gesellschaftsrechts oder des Internationalen Privatrechts bestimmt werden. Das setzt aber eine eindeutige systematische Zuordnung

---

Darstellung und die Beziehung zwischen herrschendem Unternehmen und abhängiger Gesellschaft mit der abhängigen Gesellschaft einen Vertrag geschlossen hat.«

<sup>77</sup> Siehe Rehbinder, Konzernaußenrecht 492 ff.

<sup>78</sup> Drobnig 24 ff. und 64 ff.

<sup>79</sup> Rehbinder, Konzernaußenrecht 493.

<sup>80</sup> So Drobnig 95.

der Durchgriffshaftung voraus. Das Kollisionsrecht übt in diesem Sinne einen stärkeren Zwang zur Systematisierung aus als das materielle Recht<sup>81</sup>.

Die *Systematisierungsaufgabe* läßt sich im kollisionsrechtlichen Rahmen am ehesten dadurch lösen, daß man die als Durchgriffsfälle diskutierten Sachverhalte typisiert und sie auf die Eigenart der jeweils in Frage stehenden Gläubigerrisiken hin analysiert. Für das deutsche Recht wird eine solche, rechtsvergleichenden Ansprüchen genügende Typisierung durch den Umstand erleichtert, daß die Durchgriffslehre ihren wesentlichen Impuls ohnehin der Übernahme amerikanischer Rechtsvorstellungen verdankt. Danach sind als die für den vorliegenden Zusammenhang wesentlichen vier *Durchgriffsfälle* zu nennen<sup>82</sup>: *Beherrschung* (control, intrusion in management); *Unterkapitalisierung* (inadequate capitalization); *Vermögensvermischung* (mingling assets) und *Rechtsschein persönlicher Haftung* (misleading). Für all diese Fälle ist also die Frage zu stellen, ob die jeweiligen Gläubigerrisiken – entweder gesellschaftsrechtlich (als Risiken der Gläubigergesamtheit) oder allgemeinprivatrechtlich (als Risiken einzelner Gläubiger) – bereits durch die vorhandenen Regelungen bewältigt werden oder ob es Regelungslücken gibt, die mit dem Instrument der Durchgriffshaftung auszufüllen sind.

Was zunächst den Tatbestand der *Beherrschung*<sup>83</sup> angeht, so ist es gerade der Zweck der oben skizzierten konzernrechtlichen Regelungen, die konzernspezifischen Risiken der Gläubigergesamtheit aufzufangen. Dies geschieht beim vertragsförmigen und beim faktischen Konzern durch den Schutz des Haftungsfonds der abhängigen Gesellschaft. Bei der Eingliederung – sowie nach einigen erwähnten Regelungsvorschlägen auch darüber hinaus – geschieht dies durch Haftungserstreckung auf die herrschende Gesellschaft. Daher ist für das deutsche Recht davon auszugehen, daß neben dem Konzernrecht kein Raum mehr für eine weitergehende Durchgriffshaftung besteht<sup>84</sup>. Dies gilt selbst für den Bereich des GmbH-Rechts, in dem bislang allenfalls begrenzte Analogien zum aktienrechtlichen Konzernrecht Platz gefunden haben, mag auch die Abhängigkeit der GmbH noch so intensiv sein<sup>85</sup>. Andererseits

<sup>81</sup> Vgl. *Neuhaus* 117: »Erst im kollisionsrechtlichen Grenzfall zeigt sich bisweilen das Wesen eines Rechtsinstituts, und mitunter enthüllt sich bei der Qualifikation auch die Unklarheit einer Konzeption.«

<sup>82</sup> Die hier folgenden Fallgruppen stehen sowohl im deutschen wie im amerikanischen Recht im Vordergrund der Diskussion: vgl. einerseits *Drobnig* 24ff. sowie andererseits etwa *Conard* §§ 270–277. Allgemeinere rechtsvergleichende Überblicke liefern *Cohn/Simitis*, »Lifting the Veil« in the Company Laws of the European Continent: Int. Comp L. Q. 12 (1963) 189–225; *OECD*, Responsibility of Parent Companies for Their Subsidiaries (1980).

<sup>83</sup> Vgl. dazu *Drobnig*; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht 513ff.; *Wiedemann* 226f.; *Conard* § 273; ferner *Peter H. Burkard*, Neuere Probleme des Haftungsdurchgriffs bei juristischen Personen im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika (Diss. Heidelberg 1969) 14ff.

<sup>84</sup> *Rehbinder*, Konzernaußenrecht 122; *Schatz* (oben N. 72) 199ff.; wohl auch *Drobnig* 97f.

<sup>85</sup> Siehe dazu BGH 4. 5. 1977, BGHZ 68, 313 (320): »Allein deshalb, weil jemand eine juristische Person beherrscht, kann nicht auf seine Haftung durchgegriffen werden; denn

können die aus dem Beherrschungstatbestand resultierenden Risiken für Einzelgläubiger nur unter den in § 831 BGB normierten Voraussetzungen der Gehilfenhaftung (vicarious liability) durch eine unmittelbare Inanspruchnahme der herrschenden Gesellschaft ausgeglichen werden<sup>86</sup>. Eine darüber hinausgehende Durchgriffshaftung müßte die in dieser Vorschrift enthaltene zivilrechtliche Interessenbewertung mißachten. Offensichtlich benutzen nun aber ausländische Rechtsordnungen die Figur der Durchgriffshaftung dazu, um teils einen dem deutschen Konzernrecht entsprechenden Schutz zu realisieren<sup>87</sup>, teils um die Gehilfenhaftung der herrschenden Gesellschaft durchzusetzen<sup>88</sup>.

Für den Tatbestand der *Unterkapitalisierung*<sup>89</sup> besteht Uneinigkeit darüber, ob insoweit ein rein deliktsrechtlicher Gläubigerschutz – insbesondere über das Verbot sittenwidriger Gläubigerschädigung nach § 826 BGB – ausreicht oder ob ein von den engeren Voraussetzungen der deliktischen Haftung unabhängiger Grund für die Inanspruchnahme der Anteilseigner Platz greifen soll<sup>90</sup>. Die Rechtsprechung übt bislang noch Zurückhaltung gegenüber der im Schrifttum vordringenden Auffassung, die Anteilseigner müßten bereits aufgrund einer völlig unzureichenden Kapitalausstattung der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden können<sup>91</sup>. Jedenfalls will der Bundesgerichtshof die Gläubiger nur gegen eine durch rechtswidrigen Kapitalentzug verursachte Unterkapitalisierung weitergehend schützen, aber auch insoweit nicht durch das Mittel der Haftungserstreckung, sondern durch Anwendung der allgemeinen Kapitalbindungsvorschriften, welche das Vermögen der Gesellschaft als Zugriffsobjekt für die Gläubiger erhalten sollen<sup>92</sup>. Damit behandelt der Bundesgerichtshof den Fall der Unterkapitalisierung auch hinsichtlich der Rechtsfolgen praktisch nach denselben Kriterien wie den Fall kapitalersetzender Gesellschafterdarlehen<sup>93</sup>, indem er etwaige Rückerstattungsansprüche gegen die Anteilseigner nicht den Gläubigern einräumt, sondern der Gesellschaft. Dies bedeutet für den vorliegenden Zusammenhang, daß es einen Haftungsdurchgriff auf die Muttergesellschaft wegen Unterkapitalisierung der Tochtergesellschaft nach dem zur Zeit geltenden deutschen Recht nicht gibt. Eine unmittelbare Haftung der Muttergesellschaft kann nur deliktisch – insbesondere also mit § 826 BGB – begründet werden<sup>94</sup>.

---

die Beherrschung an sich gefährdet noch nicht die Interessen der Gläubiger.« Vgl. aber Barz, in: *Hachenburg*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Großkommentar<sup>7</sup> II (1979) § 13 Anh. Rdz. 47.

<sup>86</sup> Dazu ausführlich *Rehbinder*, Konzernaußenrecht 529 ff.

<sup>87</sup> Vgl. *Koppensteiner* 83; *Drobnig* 96 ff.; *Conard* § 273.

<sup>88</sup> Vgl. *Rehbinder*, Konzernaußenrecht 512 ff.

<sup>89</sup> Vgl. dazu *Drobnig* 47 ff.; *Wiedemann* 224 ff.; *Conard* § 274.

<sup>90</sup> Zum Stand der Meinungen siehe *P. Ulmer*, in: *Hachenburg* (oben N. 85) § 30 Anh. Rdz. 33 f., 35 ff. mit umfassenden Nachweisen.

<sup>91</sup> So etwa *Ulmer* (vorige Note) Rdz. 55 ff.; *Wiedemann* 224 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH: ZGers 8 (1979) 31 ff., 57 ff.

<sup>92</sup> BGH 4. 5. 1977 (oben N. 85) 319.

<sup>93</sup> Insoweit grundlegend BGH 24. 3. 1980, BGHZ 76, 326.

<sup>94</sup> So zuletzt wieder BGH 30. 11. 1978, WM 1979, 229 (230).

Der Fall der *Vermögensvermischung*<sup>95</sup> tritt in recht unterschiedlichen Gestaltungen auf, die nicht alle das Problem einer Durchgriffshaftung berühren. Soweit es aber darum geht, aus der mangelnden Unterscheidung der Vermögenssphären von herrschender und abhängiger Gesellschaft eine unmittelbare Haftung der Muttergesellschaft abzuleiten, ist wiederum eine Divergenz zu konstatieren zwischen dem Schrifttum, das einen Haftungsdurchgriff zulassen möchte<sup>96</sup>, und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die es auch insoweit bei einer selbständigen deliktischen Haftung der herrschenden Gesellschaft unter den Voraussetzungen des § 826 BGB belassen will<sup>97</sup>.

Was schließlich den Fall des »*Anscheins persönlicher Haftung*«<sup>98</sup> angeht, so gehört er von vornherein nicht in den Bereich der Durchgriffshaftung, sondern in den Bereich der selbständigen bürgerlichrechtlichen Verpflichtungsgründe<sup>99</sup>. Soweit die herrschende Gesellschaft unter diesem Gesichtspunkt von einem bestimmten Gläubiger unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, handelt es sich nämlich offensichtlich wieder um eine Haftung, die an das eigene Verhalten dieser Gesellschaft gegenüber dem Gläubiger anknüpft. Eine Durchbrechung des Trennungsprinzips steht gar nicht zur Diskussion. Stimmen, die jenseits der Rechtsschein- bzw. Vertrauenshaftung einen Durchgriffstatbestand wegen »Verschleierung des wahren Sachverhalts« annehmen wollen<sup>100</sup>, sind vereinzelt geblieben.

Insgesamt ist somit festzustellen, daß es einen Haftungsdurchgriff nach geltendem deutschem Recht nicht gibt<sup>101</sup>.

Die bisherigen Erörterungen betrafen die Frage, ob das deutsche Recht einen »Durchgriff« kennt, für den sich die Bezeichnung »direkter Haftungsdurchgriff« eingebürgert hat, weil es um die Frage der direkten Inanspruchnahme der Anteilseigner durch die Gesellschaftsgläubiger geht. Theoretisch ist aber auch die umgekehrte Situation denkbar, die man dann als »*umgekehrten Haftungsdurchgriff*« bezeichnet. Hier geht es um die Frage einer Inanspruchnahme der Gesellschaft durch die Privatgläubiger der Anteilseigner. Im deutschen materiellen Recht wird diese Durchgriffsmöglichkeit abgelehnt mit der zutreffenden Erwägung, das Gesellschaftsvermögen sei ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern reserviert<sup>102</sup>. Privatgläubiger können allenfalls Anteile pfänden, die sich im Vermögen ihres Schuldners befinden, oder sie können unzulässige Vermögensverschiebungen anfechten (*actio Pauliana*).

<sup>95</sup> Vgl. dazu *Drobnig* 28 ff.; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht 151 ff.; *Wiedemann* 224; *Conard* § 275.

<sup>96</sup> Siehe zuletzt *Wiedemann* 224.

<sup>97</sup> So BGH 26. 11. 1957, WM 1958, 460 (462).

<sup>98</sup> Vgl. dazu *Drobnig* 66 f.; *Conard* § 276.

<sup>99</sup> *Drobnig* 66 f.; *Rehbinder*, Konzernaußenrecht 311 ff.; *Ulmer* (oben N. 90) Rdz. 28.

<sup>100</sup> So *Müller* (oben N. 64) 31.

<sup>101</sup> Zu diesem Ergebnis kommt auch *Coing*, Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen: NJW 1977, 1793 ff.

<sup>102</sup> *Wiedemann* 228.

## 2. Kollisionsrechtliche Behandlung

## a) Reichweite des inländischen Rechts

Fragt man nach der internationalen Reichweite der Haftungsinstrumente, die das deutsche Recht zum Schutz der Gläubiger bereithält, so ergibt sich ein vergleichsweise klares Bild:

Für *konzernrechtliche Regelungen*, die den *Schutz der Gläubigergesamtheit* bezwecken, gilt der Grundsatz, daß sie als Bestandteil des internen deutschen Gesellschaftsrechts anzusehen sind. Sie greifen daher immer dann ein, wenn eine abhängige Gesellschaft dem deutschen Gesellschaftsrecht unterliegt, und zwar unabhängig davon, welches Recht auf die herrschende Gesellschaft anzuwenden ist. »Für die Gläubiger einer konzernabhängigen Gesellschaft ist es gleichgültig, ob es sich bei der Konzernspitze um ein in- oder ausländisches Unternehmen handelt. Ihr konzernbedingtes Risiko ist in beiden Fällen dasselbe.«<sup>103</sup> Für das deutsche Konzernrecht ist daher die *Anknüpfung an das deutsche Gesellschaftsstatut einer abhängigen Gesellschaft* unbestritten<sup>104</sup>. Die Sanktionen des Nachteilsausgleichs (§ 317 AktG) und des Verlustausgleichs (§ 302 AktG) richten sich daher ohne weiteres auch gegen ausländische Muttergesellschaften. Im vorliegenden Zusammenhang ist aber zu betonen, daß dasselbe auch für Sanktionen gilt, die das Interesse der Gläubigergesamtheit nicht mittelbar durch einen Schutz des Vermögens der abhängigen Gesellschaft wahren, sondern durch eine Haftungserstreckung auf die Muttergesellschaft. So wäre auch bei der Eingliederung davon auszugehen, daß die unmittelbare Solidarhaftung der Hauptgesellschaft (§ 322 AktG) eingreifen würde, sofern die eingegliederte Gesellschaft deutschem Recht unterliegt, wenn nicht die Eingliederung in eine ausländische Hauptgesellschaft verboten wäre (§ 319 AktG)<sup>105</sup>.

Etwas anderes ergibt sich nur scheinbar aus dem (geänderten) *Verordnungsvorschlag eines Statuts für europäische Aktiengesellschaften* vom 30. 4. 1975 für die dort vorgesehene Haftungserstreckung von Tochtergesellschaften auf Muttergesellschaften<sup>106</sup>. Nach Art. 224 des Verordnungsvorschlags soll die Haftungserstreckung nämlich für abhängige Konzerngesellschaften gelten, »die nach dem Recht der Mitgliedstaaten gegründet worden sind, und ihre Beziehungen zu der herrschenden S.E.«<sup>107</sup>. Dies erweckt den Eindruck, als würde die Haftungserstreckung an das Gesellschaftsstatut der herrschenden Societas Europaea angeknüpft. Man kann diese Anwendungsregel aber ebenso gut als partielle materielle Rechtsangleichung interpretieren und die

<sup>103</sup> *Koppensteiner* 87 f.

<sup>104</sup> Siehe zuletzt *Staudinger(-Großfeld)* Rdz. 389 mit weiteren Nachweisen.

<sup>105</sup> Vgl. *Staudinger(-Großfeld)* Rdz. 424.

<sup>106</sup> Siehe oben N. 70.

<sup>107</sup> Kritisch zu dieser Konzeption *Koppensteiner*, Das Konzernrecht des EWG-Verordnungsentwurfs über eine europäische Aktiengesellschaft aus kollisionsrechtlicher Sicht: AWD 1970, 433 ff.

Regelung der Haftungserstreckung dann dem Gesellschaftsstatut der abhängigen nationalen Tochtergesellschaften zurechnen. Dann würde sich auch diese Rechtsanwendungsregel in den allgemeinen Grundsatz einfügen.

Der Grundsatz wird schließlich auch im Hinblick auf die von A. Langen vorgeschlagene *Haftungserstreckung aufgrund Weisungerteilung* bestätigt: Langen stellt insoweit auf den Schutzzweck der Haftungserstreckung ab, den er im Schutz der Gläubigergesamtheit vor den spezifischen Gefährdungen durch das haftungsrechtliche Trennungsprinzip (die beschränkte Haftung) sieht. Demgemäß ordnet er selbst die von ihm entwickelte »Haftung aus erteilter Weisung« dem Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft zu<sup>108</sup>.

Hier bestätigt sich (vgl. bereits oben 1 a), daß der Anwendungsbereich von Normen, welche die konzernspezifischen Risiken der Gläubigergesamtheit ausgleichen sollen, nicht durch deren rechtstechnische Ausgestaltung bestimmt wird, sondern allein durch deren *Schutzzweck*: Dient danach die unmittelbare Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten ihrer Tochtergesellschaft dem konzernspezifischen Schutz der Gläubigergesamtheit, so ist diese unmittelbare Haftung gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren und ihr Anwendungsbereich dementsprechend zu bestimmen<sup>109</sup>.

Andererseits wird der Anwendungsbereich der erörterten selbständigen Verpflichtungsgründe, die auf den allgemeinen privatrechtlichen Haftungstatbeständen beruhen, durch die allgemeinen Regeln des Internationalen Privatrechts festgelegt<sup>110</sup>. Die Instrumente, die das deutsche Recht zum *Schutz von Einzelgläubigern* einsetzt, richten sich daher nach deutschem Recht, soweit dieses als *Vertragsstatut*, als *Statut der Vertrauenshaftung* oder als *Deliktsstatut* zur Anwendung berufen ist<sup>111</sup>.

Hinsichtlich der Anknüpfung des *Vertragsstatuts* wirft der Konzerntatbestand keine grundsätzlichen Probleme auf. Dies gilt sowohl für die Feststellung einer Rechtswahl aufgrund des wirklichen oder hypothetischen Willens der Parteien als auch für die Anknüpfung des Vertragsstatuts an objektive Kriterien. Insoweit kann allerdings im Einzelfall einmal die vertragliche Primärverpflichtung der Tochtergesellschaft auf das an ihrem Sitz geltende Recht hindeuten<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Langen (oben N. 72) 184ff.

<sup>109</sup> So vor allem Koppensteiner 87ff. sowie Reh binder, Multinationale Unternehmen 124ff.

<sup>110</sup> Siehe Koppensteiner 106ff.; Reh binder, Multinationale Unternehmen 129ff.

<sup>111</sup> In diesem Sinne muß auch das Urteil des LG Frankfurt vom 8. 3. 1977 (*HeLaBa*), AG 1977, 321 ff., interpretiert werden. Siehe zum folgenden vor allem Reh binder, Multinationale Unternehmen 129ff.

<sup>112</sup> In diesem Zusammenhang ist auch wieder Lutters Vorschlag einer Haftungsgemeinschaft zwischen den zu einem internationalen vertraglichen Gleichordnungskonzern verbundenen Gesellschaften zu erwähnen (siehe oben N. 75): Indem er die wechselseitige Haftung der Konzerngesellschaften nach Bürgschaftsgrundsätzen dem nationalen Recht der haftenden Gesellschaft unterstellt, folgt er implizit der – vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl – üblichen Anknüpfung des Bürgschaftsvertrages an den Sitz des Bürgen; vgl. dazu Reithmann(-Martiny), Internationales Vertragsrecht<sup>3</sup> (1980) Rdz. 399.

Umstritten ist, ob für die *Vertrauenshaftung* das Vertragsstatut gelten soll oder das Recht des Staates, in dem der Vertrauenstatbestand geschaffen wurde. In beiden Fällen kann aber die ausländische Muttergesellschaft nicht ohne weiteres damit rechnen, nach dem an ihrem Sitz maßgeblichen Recht beurteilt zu werden. Umgekehrt können Fälle eines »Anscheins persönlicher Haftung« auch nicht einfach dem Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft unterworfen werden, mit der – aus deutscher Sicht unzutreffenden – Erwägung, es handele sich um einen Fall des Durchgriffs durch diese Gesellschaft.

Bei der Anknüpfung des *Deliktsstatuts* an den Handlungs- bzw. Erfolgsort kommen nun allerdings in gewissen Fällen gesellschaftsrechtliche Überlegungen mit ins Spiel. Besteht nämlich die schädigende Handlung der ausländischen Muttergesellschaft gerade in der Manipulation gesellschaftsrechtlicher Institutionen – etwa in der offensichtlich mangelhaften Kapitalausstattung der deutschen Tochter, im unzulässigen Entzug von Gesellschaftsmitteln oder in einer rechtswidrigen Vermischung der Vermögenssphären (alles Fälle, die nach den obigen Ausführungen zwar keine Durchgriffshaftung begründen, wohl aber den Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB erfüllen können) –, dann ist Handlungsort der Sitz der Tochtergesellschaft. Fraglich ist aber, ob auch der Erfolgsort ebendort zu lokalisieren ist oder etwa beim geschädigten Gläubiger. Erfolgsort ist nach allgemeiner Auffassung der Ort, »an dem ein durch den Tatbestand einer Deliktsgesetznorm geschütztes Rechtsgut verletzt worden ist«<sup>113</sup>. Da nun das Gläubigervermögen als solches kein geschütztes Rechtsgut ist, kann man als Schutzgegenstand des § 826 BGB in den genannten Fällen nur das Kapital der abhängigen Gesellschaft betrachten. Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung bestätigt, daß man die genannten Fälle von Kapitalmanipulationen auch als Unterlassungsdelikte begreifen kann, die stets als dort begangen gelten, wo die Pflicht zum Handeln bestand. Unvermeidlich berührt sich hier also der deliktische Schutz des Einzelgläubigers mit den gesellschaftsrechtlichen Maßstäben für den Schutz der Gläubigersamtheit.

Was nun den *Haftungsdurchgriff* angeht, so scheint angesichts der oben beschriebenen materiellrechtlichen Ausgangslage – Nichtexistenz des Durchgriffs *de lege lata* – aus der Sicht des deutschen Rechts kein Bedürfnis zu bestehen, sich über seinen internationalen Anwendungsbereich Gedanken zu machen. Ein solcher Eindruck wäre aber vordergründig. Schon die Tatsache, daß im Schrifttum die Durchgriffshaftung zumindest *de lege ferenda* als ein geeignetes Mittel des Gläubigerschutzes etwa in bestimmten Fällen der Unterkapitalisierung oder der Vermögensvermischung betrachtet wird, macht es erforderlich, auch entsprechende kollisionsrechtliche Überlegungen anzustellen<sup>114</sup>. Wichtiger noch ist der Umstand, daß wir es im Bereich der Gläubigerschutzregeln traditionell mit sogenannten zweisei-

<sup>113</sup> Kegel, IPR<sup>4</sup> (1977) 310.

<sup>114</sup> Speziell zum Kollisionsrecht des Haftungsdurchgriffs siehe *Rehbinder*, *Multinationale Unternehmen* 129 ff.; *Robert Müller*, *Kollisionsrechtliche Probleme der Durchgriffslehre bei Kapitalgesellschaften* (Diss. Frankfurt 1974); *Bernstein*, *Durchgriff bei juristischen Personen, insbesondere Gesellschaften in Staatshand*, in: FS Zweigert (1981) 37 ff.; *Staudinger(-Großfeld)* Rdz. 257 ff.

tigen Kollisionsnormen zu tun haben, die nicht nur über den Anwendungsbereich inländischen Rechts entscheiden, sondern zugleich auch die Voraussetzungen festlegen, unter denen die Gläubigerschutzregeln einer ausländischen Rechtsordnung zur Anwendung berufen sind<sup>115</sup>.

Geht man allgemein davon aus, daß der Anwendungsbereich sowohl gesellschaftsrechtlicher als auch allgemeinprivatrechtlicher Normen des Gläubigerschutzes durch bilateralisierbare Anwendungsregeln bestimmt wird, dann kann für etwaige Regeln der Durchgriffshaftung nichts anderes gelten. Daher kann die Erforderlichkeit einer Kollisionsnorm für den Haftungsdurchgriff nicht allein von der Art und Weise abhängen, wie ein Lebenssachverhalt von der deutschen Rechtsordnung bewältigt wird. Das deutsche Kollisionsrecht muß sich vielmehr auch auf Situationen einstellen, in denen der Gläubigerschutz einer ausländischen Rechtsordnung unterliegt, welche die Figur der Durchgriffshaftung verwendet, ohne sie eindeutig dem Gesellschaftsrecht oder dem Vertrags- bzw. Deliktsrecht zuzuordnen. Denn auch in diesen Fällen muß das deutsche Kollisionsrecht eine Entscheidung darüber ermöglichen, ob ausländisches Durchgriffsrecht angewendet werden soll oder nicht.

#### b) Anwendung ausländischen Rechts

Kollisionsrechtssystematisch geht es hier um die Aufgabe, diejenigen ausländischen Rechtsnormen zu bestimmen, die von den jeweiligen inländischen Kollisionsnormen zur Anwendung berufen sind. Allgemein ist diese Frage dahin zu beantworten, daß eine Kollisionsnorm nur – aber auch alle – diejenigen Rechtsnormen zur Anwendung beruft, welche die Rechtsfrage beantworten, auf die sich die Kollisionsnorm bezieht, und zwar unabhängig von der systematischen Einordnung dieser Normen in der ausländischen Rechtsordnung<sup>116</sup>.

Als die zentrale Rechtsfrage, um die es bei allen Durchgriffssituationen auch im ausländischen Recht geht, läßt sich nun zwar nach den bisherigen Erörterungen das Problem der Bewältigung von Gläubigerrisiken identifizieren, die sich aufgrund des Trennungsprinzips aus dem Konzernatbestand ergeben. Es ist aber zugleich deutlich geworden, daß es zwei unterschiedliche Aspekte der konzernspezifischen Gläubigergefährdung gibt, die einen ganz unterschiedlichen rechtlichen Gehalt besitzen: Zum einen geht es um Gefährdungen der Gläubigersamtheit aufgrund des haftungsrechtlichen Trennungsprinzips (beschränkte Haftung), zum anderen um Gefähr-

<sup>115</sup> Die von *Luchterhand* (oben N. 56) 73 ff. vertretene wirtschaftsrechtliche Konzeption des Konzernrechts, die konsequenterweise nur einseitige Kollisionsnormen ermöglicht, wird allgemein abgelehnt. Vgl. zuletzt *Staudinger(-Großfeld)* Rdz. 395.

<sup>116</sup> *Neuhaus* 336.

dungen einzelner Gläubiger in ihren individuellen Beziehungen zum Konzern aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit (Rechtssubjektivität) der Konzernglieder<sup>117</sup>. Sofern nun ausländische Rechtsordnungen die Durchgriffshaftung zum Ausgleich dieser verschiedenen Gläubigerrisiken vorsehen, muß daher die unmittelbare Inanspruchnahme der Muttergesellschaft durch die Gläubiger der Tochtergesellschaft auf die verschiedenen rechtlichen Problemlagen bezogen werden. Aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts kommt es in solchen Fällen also darauf an, Durchgriffsgründe, welche die Risiken der Gläubigergesamtheit ausgleichen sollen, von den anderen zu sondern, bei denen die Kompensation individueller Gläubigerrisiken im Vordergrund steht. Die erste Gruppe von Durchgriffsnormen kann nur dann im Inland angewendet werden, wenn das entsprechende *ausländische Recht als Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft* zur Anwendung im Inland berufen ist. Die zweite Gruppe von Durchgriffsnormen müßte als *Bestandteil des Vertragsstatuts, des Statuts der Vertrauenshaftung* oder des *Deliktsstatuts* zur Anwendung berufen sein<sup>118</sup>. Insoweit gelten also die für den Anwendungsbereich des deutschen Rechts angestellten Erwägungen entsprechend.

Im Ergebnis bedeutet dies nun in der Tat, daß eine eigenständige Kollisionsnorm für den Haftungsdurchgriff nicht erforderlich ist. Dies hat seinen Grund aber eben darin, daß der Haftungsdurchgriff keine Zwecke verfolgt, die sich nicht entweder auf den gesellschaftsrechtlichen (kollektiven) oder den allgemeinprivatrechtlichen (individuellen) Gläubigerschutz reduzieren ließen. Unter kollisionsrechtlichen Aspekten müssen sich daher auch auslandsrechtliche Durchgriffstatbestände dieser Differenzierung fügen. Umgekehrt bedeutet dies, daß auch die für das deutsche Recht vorgeschlagenen Durchgriffsnormen – etwa im Falle der Unterkapitalisierung oder der Vermögensvermischung – entsprechend qualifiziert werden müssen. Insoweit ist offensichtlich, daß es um den Schutz der Gläubigergesamtheit geht, so daß die entsprechenden Vorschläge für eine Haftungserstreckung kollisionsrechtlich dem Geltungsbereich des Gesellschaftsstatuts zuzuordnen wären<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Daß dies gerade auch kollisionsrechtlich die entscheidende Differenzierung ist, ist inzwischen wohl allgemein anerkannt; siehe *Koppensteiner*, Multinationale Unternehmen 106 ff.; *Rehbinder* 130 f.

<sup>118</sup> Über diese Ausgangslage im Kollisionsrecht der Durchgriffshaftung besteht heute ebenfalls Übereinstimmung; siehe insbesondere *Müller* (oben N. 114) 78 ff., 119 ff.; *Staudinger(-Großfeld)* Rdz. 258, 259, 261.

<sup>119</sup> In diesem Sinne ist auch der Bundesgerichtshof in seiner – eine liechtensteinische Anstalt betreffenden – Entscheidung vom 5. 11. 1980 (BGHZ 78, 318 = NJW 1981, 522 ff.) zu verstehen. Dort heißt es unter B III 2 b ausdrücklich: »Nach dem Personalstatut entscheidet sich der Umfang der Rechtsfähigkeit und damit auch die Frage, ob der Gesellschafter einer als juristische Person organisierten Gesellschaft im Wege der Durchgriffshaftung ausnahmsweise den Gesellschaftsgläubigern persönlich haftet.« Siehe zu

Aus den soeben angestellten Erwägungen muß nun für den sogenannten »umgekehrten Haftungsdurchgriff« ebenfalls eine Kollisionsnorm formuliert werden, obwohl auch diese Durchgriffsmodalität im materiellen deutschen Recht keine Grundlage findet. Denn für den Fall, daß ein solcher »Durchgriff« im ausländischen Recht zugelassen wird, muß entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen er im Inland zu beachten wäre. Insoweit kann nun kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, daß im Konzernverhältnis allein das *Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft* im Einzelfall über die Zulässigkeit eines »umgekehrten Haftungsdurchgriffs« zu entscheiden hat. Denn die Frage, unter welchen Voraussetzungen gesellschaftsfremde Gläubiger mit den Gesellschaftsgläubigern hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens in Konkurrenz treten können, in welchem Maße also der den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds durch eine umgekehrte Durchbrechung des Trennungsprinzips und durch die Belastung des Gesellschaftsvermögens mit gesellschaftsfremden Verbindlichkeiten geschmälert werden darf, ist ganz unzweifelhaft eine der zentralen Fragen der gesellschaftsrechtlichen Vermögensbindung. Ganz in diesem Sinne hat jüngst auch der Bundesgerichtshof in seiner praktisch ersten Entscheidung zum Kollisionsrecht des Haftungsdurchgriffs, der gerade ein solcher Fall des umgekehrten Haftungsdurchgriffs zugrunde lag, votiert<sup>120</sup>.

Die abweichende Meinung von *Bernstein*, derzufolge der »umgekehrte Haftungsdurchgriff« dem *Recht der Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner* (der herrschenden Gesellschaft) unterliegt<sup>121</sup>, geht fehl. Seine Erwägung, der »umgekehrte Haftungsdurchgriff« berühre in erster Linie die Rechte eines Gläubigers, der als

---

dieser Entscheidung *Hanisch*, Internationalprivatrecht der Gläubigeranfechtung: ZIP 1981, 569 ff.; *Großfeld*, Gläubigeranfechtung und Durchgriff – Das Problem der liechtensteinschen Anstalt: IPRax 1981, 116 f.

Für den Fall der Unterkapitalisierung ebenso *Bernstein* (oben N. 114) 57 f., der diese Anknüpfung aber unzutreffend für die Ausnahme von einer angeblichen kollisionsrechtlichen Regel hält, nach der grundsätzlich das Wirkungsstatut (die *lex causae*) des Verhältnisses zwischen dem Gläubiger und der Schuldnerin (der abhängigen Gesellschaft) gelten soll: »Wenn . . . einem bestimmten Recht die Festlegung der beiderseitigen Rechte von Gläubiger und Schuldner anvertraut worden ist, dann sollte dazu auch die Entscheidung über die Möglichkeit und Grenzen eines Durchgriffs des Gläubigers durch eine Schuldnergesellschaft gehören.« Aus den im obigen Text angestellten Erwägungen dürfte deutlich geworden sein, daß eine solche Regel fundamentalen gesellschaftsrechtlichen Wertungen widerspräche. Dem Bundesgerichtshof ist daher zuzustimmen.

<sup>120</sup> So führt der BGH im Anschluß an den zitierten Grundsatz (vorige Note) aus: »Für den hier zu beurteilenden Fall des umgekehrten Durchgriffs kann nichts anderes gelten. Denn ob und inwieweit eine juristische Person für Schulden des hinter ihr stehenden Gesellschafters oder sonstigen Berechtigten haftbar gemacht werden kann, hängt von der Tragweite und Bedeutung der ihr zukommenden Rechtsfähigkeit ab, die sich wiederum nach der ihr Personalstatut beherrschenden Rechtsordnung richtet.« – Zustimmend auch *Hanisch* und *Großfeld* in ihren beiden Urteilsrezensionen (vorige Note).

<sup>121</sup> *Bernstein* (oben N. 114) 53 f., 56.

außenstehender Dritter das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft als irrelevant behandeln dürfe, verkennt die grundlegenden gesellschaftsrechtlichen Wertungen, die sich am Schutz der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger orientieren, aus deren Sicht wohl eher das Statut der Beziehung zwischen Privatgläubiger und Anteilseigner als irrelevant erscheint. Das Wirkungsstatut (Vertragsstatut, Deliktsstatut, Statut der Vertrauenshaftung) kann nur insoweit in Betracht kommen, als es um eine Haftung der abhängigen Gesellschaft aus selbständigen privatrechtlichen Verpflichtungsgründen geht.

### c) Ergebnis

Aus alledem wird deutlich: die Tatsache, daß der Haftungsdurchgriff keiner eigenständigen Kollisionsnorm bedarf, kann nicht so interpretiert werden, als sei der Haftungsdurchgriff einer kollisionsrechtlichen Betrachtungsweise überhaupt unzugänglich. Vielmehr wird die kollisionsrechtliche Behandlung der Durchgriffshaftung von den differenzierten Zwecken des konzernspezifischen Gläubigerschutzes bestimmt und demgemäß durch die unterschiedlichen Kollisionsnormen des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Internationalen Privatrechts bewältigt. Demgegenüber glaubt *Bernstein* feststellen zu können, daß im Haftungsdurchgriff, so wie er in Deutschland gehandhabt werde, elementare Grundsätze des Rechts zur Geltung gebracht würden, die der Richter, ohne die Frage der Rechtswahl ausdrücklich zu stellen, unmittelbar der eignen Rechtsordnung zu entnehmen geneigt sei<sup>122</sup>. Dieser Feststellung wie der gelegentlich auch anzutreffenden Meinung, Durchgriffsregeln seien als Bestandteil des *ordre public* zu betrachten<sup>123</sup>, ist aber durch die einschlägigen Analysen des Schrifttums<sup>124</sup> wie auch durch die beiden Urteile des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1980<sup>125</sup> und des Landgerichts Frankfurt aus dem Jahre 1977<sup>126</sup> die Grundlage entzogen<sup>127</sup>.

Es ist allerdings nach den erläuterten kollisionsrechtlichen Grundsätzen, denen das Phänomen der Durchgriffshaftung unterliegt, eine gewisse *faktische* (d. h. nicht rechtlich zwingende) *Konvergenz* zwischen dem »Statut des Schutzes der Gläubigergesamtheit« und dem »Statut des individuellen Gläubigerschutzes« zu konstatieren<sup>128</sup>: Falls die abhängige Gesellschaft eine

<sup>122</sup> *Bernstein* (oben N. 114) 52.

<sup>123</sup> So etwa *Serick*, Zur Anerkennung der liechtensteinischen Treuunternehmen in Deutschland: *RabelsZ* 23 (1958) 624–642 (639f.); andeutungsweise ebenso IPG 1977 Nr. 11 (Hamburg) S. 105f.

<sup>124</sup> Siehe oben N. 114.

<sup>125</sup> Siehe oben N. 119.

<sup>126</sup> Siehe oben N. 111.

<sup>127</sup> Konnte noch *Rehbinder*, Multinationale Unternehmen 130 die Frage der kollisionsrechtlichen Behandlung der Durchgriffshaftung im deutschen Recht zutreffend als völlig offen bezeichnen, so gilt dies heute nicht mehr.

<sup>128</sup> Vgl. zur Konvergenz von Gesellschafts- und Deliktsstatut *Koppensteiner* 98ff.

inländische ist, richtet sich die Möglichkeit einer unmittelbaren Inanspruchnahme der ausländischen Muttergesellschaft durch die Gläubiger in den typischen Fällen, die als Durchgriffssituationen diskutiert werden, meist sowohl gesellschaftsrechtlich als auch allgemeinprivatrechtlich nach deutschem Recht. Denn das deutsche Recht ist dann als Gesellschaftsstatut anzuwenden, weil die abhängige Gesellschaft nach deutschem Recht gegründet ist bzw. ihren Sitz im Inland hat; es ist aber auch als Deliktsstatut anzuwenden, weil Handlungs- und Erfolgsort bei der abhängigen Gesellschaft zu lokalisieren sind; ferner ist es in der Regel als Statut der Vertrauenshaftung anzuwenden, weil die ausländische Muttergesellschaft den Anschein persönlicher Haftung tatsächlich oft am Ort ihrer inländischen Tochtergesellschaft erwecken wird; schließlich ist deutsches Recht – vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl – auch als Vertragsstatut anzuwenden, soweit der inländische Sitz der abhängigen Gesellschaft – etwa als Erfüllungsort der vertraglichen Hauptverpflichtung – zugleich auch als Anknüpfungspunkt für die vertragliche Verpflichtung der herrschenden Gesellschaft dient. Die rein tatsächliche Konvergenz der verschiedenen Statute darf aber nicht so verstanden werden, als wendeten die deutschen Gerichte in Durchgriffsfällen stets die *lex fori* an oder als seien die Grundsätze der Durchgriffshaftung Bestandteil des *ordre public*. Denn die kollisionsrechtlichen Grundsätze, welche über den Anwendungsbereich des deutschen Rechts entscheiden, legen – wie erwähnt – auch die Voraussetzungen fest, unter denen deutsche Gerichte ausländisches Recht anzuwenden haben. Auch insoweit ist dann aber wieder die festgestellte Konvergenz der Statute zu konstatieren: Die Möglichkeit der unmittelbaren Inanspruchnahme einer deutschen Muttergesellschaft durch die Gläubiger der ausländischen Tochtergesellschaft wird sich in den typischen Durchgriffssituationen sowohl unter gesellschaftsrechtlichen als auch unter deliktischen Gesichtspunkten sowie praktisch oft auch unter vertragsrechtlichen und unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nach dem Recht des Staates richten, in dem die Tochtergesellschaft ansässig bzw. gegründet ist. Im Einzelfall kann natürlich vertraglich eine abweichende Rechtswahl getroffen oder der Anschein persönlicher Haftung auch an einem anderen Ort erweckt worden sein.

### 3. Grenzen des Durchgriffs

Die Frage nach den Grenzen des »internationalen Durchgriffs« stellt sich im haftungsrechtlichen Kontext nicht in derselben Weise wie im Wirtschaftsrecht (oben II 2). Die im Wirtschaftsrecht so bedeutsame Frage nach den – insbesondere völkerrechtlichen – Schranken der extraterritorialen Reichweite inländischer Normen gibt im Haftungsrecht keinen Sinn,

solange man der nahezu einhelligen Auffassung folgt, daß auch die konzernspezifischen Haftungsprobleme gesellschaftsrechtlicher oder allgemeinprivatrechtlicher Natur sind und daß die entsprechenden Rechtsanwendungsprobleme durch die allseitigen Kollisionsnormen des Internationalen Gesellschaftsrechts und des Internationalen Privatrechts bewältigt werden können<sup>129</sup>. Denn wenn schon die Anwendbarkeit inländischen Rechts von internationalisierungsfähigen Anknüpfungsmerkmalen – wie beispielsweise dem Gesellschaftssitz oder dem Gründungsort im Internationalen Gesellschaftsrecht, dem Handlungs- oder Erfolgsort im Internationalen Deliktsrecht, dem Erfüllungsort im Internationalen Vertragsrecht usw. – abhängig ist, die im Prinzip von allen Rechtsordnungen akzeptiert werden, dann geht es nicht um etwaige »negative« Schranken für das inländische Recht, sondern nur um dessen »positive« *Berufung zur Anwendung im konkreten Fall*. Das Völkerrecht liefert insoweit für das Kollisionsrecht keine einschränkenden Kriterien<sup>130</sup>. Auch die »Theorie der sinnvollen Anknüpfung«<sup>131</sup> erweist sich für die hier relevanten Bereiche als viel zu unbestimmt, um überhaupt »greifen« zu können.

Anders als üblicherweise im Wirtschaftsrecht ergeben sich aber im Bereich des Gesellschaftsrechts und des allgemeinen Privatrechts unter *verfahrensrechtlichen* Aspekten gewisse Grenzen für die Anwendung des inländischen Rechts. Während man im Wirtschaftsrecht durchweg von einem Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht sprechen kann<sup>132</sup>, gilt dies im gesellschaftsrechtlichen und allgemeinprivatrechtlichen Bereich nicht ohne weiteres, da die internationale Zuständigkeit insoweit grundsätzlich unabhängig von den Rechtsanwendungsregeln des Kollisionsrechts bestimmt wird. Ist danach ein konkreter Fall etwa von ausländischen Gerichten zu entscheiden, dann hängt die Anwendbarkeit des deutschen Rechts naturgemäß von den Regeln des ausländischen Kollisionsrechts ab. Denn jedes Gericht wendet sein eigenes Kollisionsrecht an. Es ist daher noch auf die Frage einzugehen, inwieweit der kollisionsrechtlich bestimmte Anwendungsbereich der nach deutschem Recht gegebenen konzernrechtlichen oder allgemeinprivatrechtlichen Haftungsnormen einschließlich einer z. Zt. hypothetischen Durchgriffshaftung durch die Regeln über die internationale Zuständigkeit beschränkt wird<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> Daß die abweichende – nämlich international-wirtschaftsrechtliche – Konzeption, die *Luchterhand* (oben N. 56) 73 ff. für das Konzernrecht vertritt, allgemein nicht geteilt wird, ist bereits erwähnt worden (oben N. 115).

<sup>130</sup> Siehe dazu etwa *Neuhaus*, Der Beitrag des Völkerrechts zum IPR, in: *German YB. Int. L.* 21 (1978) 60 ff. (64 f.).

<sup>131</sup> Dazu *Meessen* (oben N. 56) 101 ff.

<sup>132</sup> So schon *Karl Neumeyer* (oben N. 58) 471 ff.

<sup>133</sup> Vgl. zum folgenden *Müller* (oben N. 114) 144 ff.

Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Klagen gegen *ausländische Muttergesellschaften*, die von den Gläubigern inländischer Tochtergesellschaften nach den Grundsätzen des deutschen Gesellschafts- und Konzernrechts bzw. des allgemeinen Privatrechts angestrengt werden, ist keineswegs lückenlos gesichert. Aufgrund des Anteilbesitzes der ausländischen Muttergesellschaften an den inländischen Tochtergesellschaften wird zwar regelmäßig der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO) gegeben sein. Die Berufung auf diesen exorbitanten Gerichtsstand ist aber beispielsweise im Verhältnis zu den Vertragsstaaten des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens ausgeschlossen<sup>134</sup>. Andere Gerichtsstände, wie etwa der des Deliktortes (§ 32 ZPO) oder des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO), decken dann aber die möglichen Fälle einer unmittelbaren Haftung der ausländischen Muttergesellschaft nicht mehr vollständig ab. Insbesondere werden konzernrechtlich begründete Klagen am Sitz der ausländischen Muttergesellschaft zu erheben sein. Insoweit ist das deutsche Recht also darauf angewiesen, daß auch ausländische Rechtsordnungen die unmittelbare Haftung der Muttergesellschaft kollisionsrechtlich nach ähnlichen Prinzipien behandeln, wie sie hier dargelegt worden sind.

Daß umgekehrt eine *deutsche Muttergesellschaft* an ihrem Sitz im Inland von Gläubigern der ausländischen Tochtergesellschaft nach ausländischen Haftungsgrundsätzen – und somit auch nach etwaigen ausländischen Durchgriffsregeln – verklagt werden kann, ist selbstverständlich.

#### IV. Schlußbemerkung

Der »Durchgriff über die Grenze« erweist sich als außerordentlich vielgestaltig. Gerade in internationalrechtlichen Zusammenhängen bestätigt sich so die dem Normanwendungskonzept (oben I 2) zugrunde liegende These, daß die Figur des »Durchgriffs« durch die juristische Person nicht auf eine Einheitsformel – und schon gar nicht auf einen durchgängigen Mißbrauchstatbestand – reduziert werden kann. Vielmehr stellt der »Durchgriff« eine Regelungstechnik dar, durch die in unterschiedlichen Zusammenhängen das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip an die gesetzlichen Regelungszwecke angepaßt wird. Betrachtet man die juristische Person als ein privat-autonom einsetzbares organisatorisches Gestaltungsmittel, dann treten im »Durchgriff« nur die Schranken in Erscheinung, welche die Rechtsordnung der Privatautonomie auferlegt. Das unter diesem Gesichtspunkt Gemeinsame aller erörterten Durchgriffssituationen besteht dann letztlich darin,

---

<sup>134</sup> Art. 3 des EG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968, BGBl. 1972 II 773 (GVÜ).

daß die Durchsetzung der gesetzgeberischen Ziele nicht den Adressaten der Rechtsnormen selbst überlassen wird. Der »Durchgriff« darf aber nicht deshalb schon als bloße Korrektur pathologischer Situationen begriffen werden. Er ist nicht mehr und nicht weniger als ein Regelungsinstrument, welches die gesetzlichen Bindungen auch dort zu verwirklichen sucht, wo ihre Verwirklichung durch die an sich legitime Ausnutzung des gesellschaftlichen Gestaltungsprivilegs gefährdet würde. Es nimmt daher nicht wunder, daß der »Durchgriff« gerade auch bei den multinationalen Unternehmen, die sowohl als Transmissionsriemen für die Durchsetzung von nationalstaatlichen Regelungen wie auch als Mittel des Ausweichens vor solchen Regelungen dienen können, eine zentrale Rolle spielt – sei es zur Erfassung von Ausweichstrategien, sei es aber auch zur Abwehr unerwünschter Übergriffe fremder Rechtsordnungen. Die juristische Person als wesentliches Organisationselement internationaler Konzerne erweist sich dabei im doppelten Sinne als ein Rechtsanwendungsproblem, und es zeigt sich einmal mehr, daß der wahre Charakter bestimmter Rechtsfiguren häufig erst in internationalen Regelungszusammenhängen offenbar wird.

### Summary

#### PIERCING THE VEIL OF MULTINATIONAL CORPORATIONS

The various issues raised by the existence of multinational enterprises are due to two factors: First, the discrepancy between the economic unity of the enterprise and the legal multiplicity of its members; second, the conflict between the fact that law is territorial in character while enterprises transcend state and national frontiers.

The problem raised by the affiliation of companies is rooted in the fact that the autonomy of economic planning and the concept of legal personality are no longer coextensive. The principle that a corporation is considered separate from its members has been retained in the face of the reality of multinational enterprises. Piercing the corporate veil, however, implies exactly the reverse: to emphasize the unity of an enterprise over the legal independence of its parts. There is no single and specific concept of piercing, rather piercing amounts to a technique employed in a great variety of contexts. The meaning of "piercing" may differ depending on how conflicting interests are weighed in various specific situations.

In the context of regulatory laws piercing is used to implement domestic law policies against multinational enterprises. In *tax law* piercing plays a dual role: to alleviate the effects of double taxation (e.g. offsetting foreign taxes paid against domestic taxes due), and to solve tax avoidance problems (e.g. by taxing base company income). In *antitrust law*, the technique of piercing is used in implementing the prohibitions against restraints of trade (by attributing anti-competitive behaviour of a subsidiary company to the

parent company) and in merger control (by consolidating market shares of affiliated enterprises). In the law of *industrial property*, especially *trademark law*, piercing has played a role in connection with the “doctrine of exhaustion”. The piercing technique has also been employed to avoid domestic effects of foreign *nationalization* measures. *Banking legislation* has operated with piercing techniques to protect depositors and creditors by consolidating the capital of parent and subsidiary in calculating the capital/credit-ratio. In all of these cases the relationship between various corporations that form a single enterprise has been emphasized at the expense of corporate separateness.

This is also true in the context of *liability*. The disregard of the corporate entity has been discussed as an instrument for creditor protection. However, in this context it is important to distinguish the collective protection of creditors, on the one hand, and the protection of individual creditors on the other. German law attempts to protect creditors as a group by specific rules of corporate law that deal with affiliated groups of companies (“Konzernrecht”). Individual creditors, however, must rely on the general provisions of the law of contracts, tort and quasi-contracts (in German parlance, “Konzernaußenrecht”). The German Federal Supreme Court has consistently refused to apply the piercing technique, relegating plaintiffs to whatever remedies are provided by the corporate law rules on affiliated groups of companies or by the general rules of private law on torts, contracts and quasi-contracts. Even in the case of inadequate capitalization or a comingling of assets, direct liability of the parent company for debts of the subsidiary has not been imposed. Consistently, controlling companies have been held liable, alone or in combination with a controlled company, only for their own tortious conduct or contracts and quasi-contracts to which they were a party.

The fact that German law relies on piercing techniques to a lesser extent than some foreign legal systems poses a choice of law problem of some significance. It is necessary to develop German conflicts rules in the absence of corresponding substantive concepts. The author suggests that rules designed to *protect the creditors of a corporation collectively* should be subject to the law governing the subsidiary, while rules for the *protection of individual creditors* are subject to the proper law governing the creditor-debtor relationship. A special conflicts rule of piercing is therefore unnecessary, nor does the *lex fori* inevitably have to apply on the ground that the pertinent rules of German law are part and parcel of the domestic public policy.

### Résumé

#### L'APPLICATION DE L'IDÉE DE LA TRANSPARENCE AUX SOCIÉTÉS MULTINATIONALES

Les problèmes spécifiques soulevés par l'existence des entreprises multinationales résultent, d'une part, du contraste entre l'unité économique de l'entreprise multinationale et la pluralité des personnalités morales de ses

membres (problème du »Konzern«) et, d'autre part, du contraste entre l'origine nationale des lois et le caractère international des structures des entreprises multinationales (problème des conflits de lois).

Le problème du »Konzern« se pose en termes de séparation entre l'autonomie économique et l'autonomie juridique donnée par la personnalité morale: En général, le principe de l'indépendance de la société est maintenu nonobstant l'unité de l'entreprise. L'idée de la transparence du groupe (c'est à dire l'hypothèse où le voile de la société filiale sera levé) implique, au contraire, la primauté de l'unité de l'entreprise sur l'indépendance juridique des membres du »Konzern«. Cette idée est appliquée dans des contextes juridiques très divers. C'est pourquoi il n'existe pas une notion unique de la transparence. Le sens juridique de la transparence résulte bien plus de la prise en compte des intérêts propres aux diverses situations.

Cela se concrétise ainsi sur le plan du droit économique: L'idée de la transparence est utilisée ici pour appliquer la politique législative nationale également aux entreprises multinationales. En *droit fiscal*, l'idée de la transparence est appliquée pour éviter la double imposition (on déduit les impôts payés à l'étranger des dettes fiscales nationales), ainsi que pour résoudre le problème de l'évasion fiscale (par une technique dite »Zugriffsbesteuerung«). En *droit de la concurrence*, l'idée de la transparence trouve application lors de l'interdiction d'ententes (par l'imputation à la société mère du comportement restrictif de concurrence d'une de ses filiales) et lors du contrôle des fusions (par le traitement des entreprises multinationales comme unité, sur la base des »Verbundklauseln« prévues par la loi). En matière de *propriété industrielle*, particulièrement dans le *droit des marques*, la notion de la transparence se manifeste dans la doctrine de l'épuisement, pour éviter que la mise en œuvre d'actions en contrefaçon établisse de barrières au commerce international. Dans le *droit des nationalisations*, l'idée de la transparence permet de refuser à des mesures étrangères de nationalisation un effet extraterritorial. Dans le domaine du *contrôle des banques*, la technique de la transparence sert à garantir la sécurité des dépôts et la protection des créanciers (lors de la consolidation des fonds propres de la société mère avec ceux de ses filiales pour le calcul de la relation entre les fonds propres et les crédits consentis). Dans tous ces cas le principe de l'indépendance des sociétés ne préjuge pas de la relation juridique entre l'unité et la pluralité au sein de l'entreprise multinationale.

Cela vaut également en matière de *responsabilité*. La dérogation au principe de l'indépendance (c'est à dire au principe de la responsabilité limitée des sociétés filiales), doit être envisagée, dans ce contexte, en relation avec les instruments de protection des créanciers, par lesquels le droit a réagi à la situation créée par le »Konzern«. Sous cet aspect il est très important de distinguer, tant sur le plan du droit matériel que sur le plan du droit international privé, entre les deux buts de la protection des créanciers: la protection de la masse des créanciers, d'une part, et la protection des créanciers à titre individuel, d'autre part. Le droit allemand garantit la protection de la masse des créanciers par les dispositions du droit des groupes de sociétés (»Konzernrecht«). La protection des créanciers à titre

individuel en revanche est assurée par les règles générales du droit privé sur la responsabilité qu'on appelle »Konzernaußenrecht« (cette responsabilité résultant soit d'un contrat, soit d'un délit, soit d'une apparence créée à l'égard des tiers). Selon le dernier état de la jurisprudence du Bundesgerichtshof, le droit positif allemand ne semble pas admettre une responsabilité particulière fondée sur l'idée de la transparence, qui serait détachée à la fois de la responsabilité civile d'un côté et de la responsabilité spécifique du droit des groupes d'un autre côté. Même dans les situations types de la transparence (dépendance, capitalisation insuffisante, confusion des patrimoines, apparence de responsabilité personnelle) on peut fonder une responsabilité directe de la société mère pour les dettes de sa filiale, seulement sur les règles du droit des groupes (qui cependant protègent en principe le capital de la société dépendante et qui n'étendent pas sa responsabilité à celle de la société dominante) ou sur les règles générales du droit de la responsabilité civile, qui rendent à côté de la société dépendante la société dominante responsable, en raison de son propre comportement (responsabilité résultant soit d'un contrat, soit d'un délit, soit d'une apparence créée à l'égard des tiers).

La protection des créanciers, assurée en droit allemand par le droit des groupes de sociétés ou par le droit privé général, peut-être réalisée dans des systèmes juridiques étrangers par un système de responsabilité particulière fondée sur l'idée de la transparence. Pour cette raison, le droit international privé allemand doit définir des critères permettant de déterminer, si c'est le droit allemand ou un droit étranger qui s'applique à ces situations types de transparence. En principe c'est le statut de la société dépendante qui détermine la loi applicable à la protection de la masse des créanciers. La protection des créanciers à titre individuel est, au contraire, soumise à la loi déterminée par la *lex causa*, c'est à dire par la loi applicable à la relation particulière entre le créancier et la société débitrice (statut contractuel, statut délictuel, ou statut réglant les effets d'une apparence créée à l'égard des tiers). Les tribunaux allemands ne tranchent pas la question de la responsabilité directe d'une société mère pour les dettes de la société filiale selon un statut unique (»statut de la transparence«). Et cette responsabilité est encore moins considérée comme une question d'ordre public. Ce sont bien plus des rattachements différenciés que les tribunaux allemands utilisent pour déterminer la loi applicable à une situation relevant la responsabilité directe d'une société mère.

## Sumario

### LA DEVELACIÓN DE SOCIEDADES EN DERECHO INTERNACIONAL

Hay problemas jurídicos específicos que se plantean por la existencia de empresas multinacionales y que resultan, primero, de la discrepancia entre la unidad económica de la empresa y la pluralidad de sus miembros (problema de la agrupación de sociedades, »concern«), segundo, de la discrepancia

entre la base jurídica nacional y el carácter internacional de las estructuras empresariales (problema de conflicto de leyes).

El problema del concern consiste en la falta de integración entre autonomía de planificación y subjetividad de derecho: se parte de conservar el principio jurídico de división en diferentes sociedades aún frente a la unidad empresarial del concern. Por el contrario, la »develación« o descubrimiento de lo real implica precisamente dar primacía a la unidad empresarial despreciando la existencia jurídica autónoma de las sociedades miembros del concern. La técnica de la develación se utiliza en los más variados campos jurídicos. De ahí que la »tipología de la develación« no sea uniforme. Antes bien su contenido sólo puede ser descubierto analizando los intereses decisivos en las diferentes clases de casos.

Esto vale primero para cuestiones de derecho económico. En él se acude a la »develación« para lograr los fines de las leyes internas incluso frente a empresas multinacionales. En el *derecho fiscal*, se utiliza la »develación« tanto para evitar la doble tributación (cargando los impuestos extranjeros a la deuda tributaria interna) como también para solucionar el problema de la evasión de impuestos (acudiendo en el país a la imposición de la sociedad base sita en el extranjero). En el *derecho cartelar* se utiliza la técnica de la »develación« tanto para hacer cumplir la prohibición de formar cárteles (responsabilización de la sociedad matriz por la competencia restrictiva de su filial) como también para contribuir al control de fusiones (tratamiento de concerns multinacionales como unidad). En el *derecho sobre propiedad industrial* y especialmente en el de *marcas* se emplea la figura de la »develación« por ejemplo en la llamada teoría del agotamiento, a fin de evitar que se establezca barreras comerciales de tipo privado con la ayuda de medios legales de oposición. En el *derecho sobre expropiación*, la »develación« sirve para impedir que dentro del país surtan efecto medidas extranjeras de nacionalización. En el campo de la *supervisión de bancos*, la »develación« se usa para garantizar la seguridad de los aportes y de los acreedores (consolidación del capital propio de la sociedad matriz y sus filiales a fin de establecer la proporción entre ese capital y los créditos pendientes). Así pues en todos estos casos, la relación de derecho económico entre unidad y pluralidad de un concern multinacional no queda determinada por el principio de división entre la sociedad y sus miembros.

Esto puede predicarse similarmente también para la »develación« en el campo de la *responsabilidad civil*. La derogación del principio de división imperante en este campo (por lo general, responsabilidad limitada de las sociedades del concern) debe comprenderse dentro del conjunto de instrumentos protectores del acreedor, con los que el derecho reacciona en presencia de un concern. En relación con ésto importa mucho diferenciar, tanto desde la óptica del derecho material como conflictual, dos metas de protección: los acreedores en su conjunto y el acreedor individual. En Alemania se realiza la protección del conjunto de acreedores por el derecho societario del concern. En cambio, la protección del acreedor individual se verifica por los principios comunes de responsabilidad del derecho privado (contrato, apariencia jurídica, delito civil) que conforman el »derecho

concernario externo». Según la jurisprudencia seguida hasta ahora por la Corte Federal de Justicia, fuera de los instrumentos del derecho concernario interno y externo, en derecho alemán no se da además una responsabilidad mediante »develación«. Así pues, aún en situaciones típicas de »develación« (dominación, capital rebajado, confusión de patrimonios, apariencia de responsabilidad personal) no puede pues responsabilizarse directamente a la sociedad matriz por deudas de sus filiales sino con base en conductas tipificadas por el derecho societario del concern (las cuales en general sólo miran a proteger el capital de la filial y no extienden la responsabilidad de ésta a la sociedad dominante), o bien con base en los criterios comunes de responsabilidad del derecho privado, las cuales crean obligaciones para la sociedad dominante por su propia conducta y junto a ella para la sociedad dependiente con un fundamento contractual, delictual o de apariencia jurídica.

En contraste con lo anterior, hay ordenamientos extranjeros que amparan a los acreedores por los medios que brinda la »develación«. Ante estas circunstancias, el derecho internacional privado alemán se ve constreñido a idear principios adecuados para resolver en qué casos se decidirá según el derecho alemán o según un derecho extranjero. Al respecto vale el principio de que las medidas jurídicas si miran a la *protección del conjunto de acreedores* se rigen siempre por el derecho de la sociedad dependiente y si sirven a la *protección del acreedor individual*, se gobiernan por el derecho que da eficacia a la relación especial existente entre el acreedor y la sociedad deudora (*lex causae*), o sea, por el estatuto contractual, delictual o de la apariencia jurídica. En consonancia con ésto, los tribunales alemanes juzgarán la responsabilidad directa de una sociedad matriz por obligaciones de su filial según el respectivo derecho interno o extranjero que les sea indicado por diferentes normas conflictuales y no según cierto »estatuto uniforme de develación«, ni podrán considerar que la responsabilidad directa pertenece al orden público del país.