



Institut suisse de droit comparé  
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung  
Istituto svizzero di diritto comparato  
Swiss Institute of Comparative Law

**E-Avis ISDC 2019**

# **GUTACHTEN ZUR GESCHÄFTSHERRENHAFTUNG FÜR KONTROLLIERTE UNTERNEHMEN**

**Deutschland, England, Frankreich, Holland,  
Kanada, Italien, Österreich, Schweden**

---

**Stand: 30.07.2019**

---

**E-Avis ISDC**

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>I. HINTERGRUND.....</b>	<b>3</b>
1. Sachverhalt.....	3
2. Fragestellung.....	4
3. Methodische Vorbemerkungen.....	4
<b>II. ANALYSE.....</b>	<b>5</b>
<b>1. Geschäftsherrenhaftung.....</b>	<b>5</b>
1.1. Vorliegen der Geschäftsherrenhaftung.....	5
1.2. Ausgestaltung der Geschäftsherrenhaftung und Beweisfragen.....	6
<b>2. Haftung im Konzernverhältnis.....</b>	<b>8</b>
2.1. Vorliegen einer Haftung für kontrollierte Unternehmen.....	8
2.2. Grundmerkmale der Kontrolle.....	12
<b>III. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....</b>	<b>14</b>
<b>Anhang: Länderberichte zu Neueren Entwicklungen in den Einzelnen Rechtsordnungen.....</b>	<b>16</b>
<b>A. Die französische «Loi sur le devoir de vigilance».....</b>	<b>16</b>
1. Grundzüge der Regelung.....	16
2. Reaktionen in der französischen Lehre.....	17
3. Kurzvergleich.....	19
<b>B. Die Rechtsprechung im Common Law von Kanada.....</b>	<b>21</b>
1. Huidbay Minerals Litigation.....	21
2. Recent Indirectly Relevant Cases.....	22
<b>C. Die Entwicklungen im englischen Recht.....</b>	<b>24</b>
1. Recent Case Law on Parent Company Liability for their Subsidiaries.....	24
2. Recent Statutory Law.....	26
3. The Possibility of Vicarious Liability of Parent Companies.....	28
<b>D. Entwicklungen in Schweden.....</b>	<b>29</b>
1. Vicarious liability.....	29
2. Operator liability in Swedish environmental law.....	30
3. Veil piercing theories.....	31
<b>E. Neuere Entwicklungen in Deutschland.....</b>	<b>32</b>
1. Die Debatte zur deliktsrechtlichen Verantwortung der Muttergesellschaft.....	32
2. Der Vorschlag eines Gesetzes zu nachhaltigen Wertschöpfungsketten (NaWKG).....	39

## I. HINTERGRUND

### 1. Sachverhalt

Gemäss Anfrage des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 27. Juni 2019 liegt der vorliegenden Gutachtensanfrage folgender Sachverhalt zu Grunde.

« Die RK-S hat das BJ beauftragt, in einem **Arbeitspapier** u.a. «la situation dans les législations européennes quant à la question de la responsabilité de l'employeur (applicabilité au sein du groupe, preuve de diligence, répartition du fardeau de la preuve, définition de la notion de contrôle) zu prüfen.

Präzisierung wurden dem BJ folgende Vorgaben mitgeteilt:

«In der Ständeratsdebatte vom 12.3.19 wurde der Nichteintretensantrag namentlich damit begründet, die Regelung der Haftung im indirekten Gegenentwurf sei eine im «internationalen Vergleich einmalige Ausdehnung der Haftung».

Das BJ hat zuhanden der RK-S am 10.8.18 bereits die Frage untersucht, ob der indirekte Gegenentwurf innerhalb des Schweizer Rechts zu einer Erweiterung in Bezug auf die Haftung führen würde und kam zum Schluss: «Die neuen Haftungsregeln sind aus unserer Sicht als Unterfall bzw. Konkretisierung der geltenden Geschäftsherrenhaftung (Art. 55 OR) zu qualifizieren. Sie gehen nicht über den Grundtatbestand hinaus. Insofern kann unseres Erachtens nicht von einer Erweiterung der geltenden Regelung gesprochen werden, sondern es dürfte vielmehr eine Einschränkung vorliegen.»

In rechtsvergleichender Hinsicht mit anderen europäischen Ländern liegt eine Stellungnahme von Prof. Christine Kaufmann vom 10.8.18 vor, welche den indirekten Gegenentwurf in seiner Gesamtheit bereits einordnet: «Er bewegt sich im Rahmen der Regelungen anderer Staaten, die spezifische menschen- und umweltrechtliche Haftungs- und Sorgfaltsbestimmungen eingeführt haben.» Daran anschliessend wird das BJ nun um die Abklärung einiger spezifisch haftungsrechtlicher Fragen gebeten um der Kommission einen möglichst präzisen Vergleich mit der Rechtslage im europäischen Ausland (insbesondere unseren Nachbarländern sowie Grossbritannien und den Niederlanden) zu erlauben:»

Seitens des BJ wurde ebenfalls mitgeteilt, dass sich die «Frage gemäss Ziff. 3 auf die Haftungsregelung gemäss Art. 55a E-OR (Dritte Spalte/Kolonne/Ständerat der Fahne) bezieht (bei Frage 5 wird ausdrücklich auf Art. 55a Abs. 3 und 4 E-OR verwiesen).

Das SIR hat zudem das Arbeitspapier des BJ vom 10. August 2018 erhalten, wonach die leicht überwiegende Lehre die Anwendbarkeit von Art. 55 OR auf Konzernverhältnisse befürwortet und auch das Bundesgericht eine entsprechende Anwendung – unter bestimmten Voraussetzungen zu bejahen scheint. Zudem hat das BJ dem SIR verschiedene Literaturstellen zugestellt<sup>1</sup>.

Angesichts der dem BJ eingeräumten Frist für die Einreichung des Arbeitspapiers muss das Gutachten bis Ende Juli vorliegen.

---

<sup>1</sup> Siel DEMEYERE, Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law, *European Review of Private Law* 2015, 385; Paula GILIKER, Vicarious Liability or Liability for the Acts of Others in Tort: A Comparative Perspective, *Journal of European Tort Law* 2011, 31; Philip MORGAN, Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability?, *Journal of Professional Negligence* 2015, 276; Patrick WARTO, Die Haftung österreichischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, in H. Fleischer, S. Kalss & H.-U. Vogt (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility*, Tübingen 2018, 213; Franz WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *sui-generis* 2018, 428.

## 2. Fragestellung

Gemäss Information des BJ ist gemäss der Rechtskommission des Ständerats folgende Fragestellung abzuklären :

«1. Das Schweizer Recht kennt mit Art. 55 OR eine spezifische Haftungsregelung für den Geschäftsherren. Gibt es das auch in anderen europäischen Ländern?

Falls ja:

2. Steht dem Unternehmen in der Geschäftsherrenhaftung in anderen europäischen Ländern ein Sorgfaltsbeweis zur Entlastung offen oder nicht?

3. Wie ist in Bezug auf die Geschäftsherrenhaftung die Verteilung der Beweislast in anderen europäischen Ländern geregelt: Fällt die im indirekten Gegenvorschlag vorgesehene Verteilung der Beweislast – aus Sicht eines potentiell beklagten Unternehmens – strenger oder milder aus?

4. Die Anwendbarkeit von Art. 55 OR im Konzernverhältnis ist gemäss Abklärungen des BJ herrschende Lehre. Wird dies in anderen europäischen Ländern auch so oder anders gehandhabt? Oder allgemeiner gefragt: Gilt in anderen Ländern angesichts von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre ebenfalls eine ausservertragliche Haftung von kontrollierenden Unternehmen für kontrollierte Unternehmen?

Falls ja:

5. Ist der Begriff der Kontrolle in anderen europäischen Ländern enger oder weiter gefasst als die Regelung im indirekten Gegenentwurf (Art. 55a Abs. 3 und 4 E-OR)?»

Nach der Vorgabe des BJ sollen sicher **Grossbritannien** und die **Niederlande** (s. oben) untersucht werden, ggf. auch die Nachbarländer der Schweiz (**Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich**). Diese Länder wurden auch im [Gutachten vom 15. April 2018](#). untersucht.

## 3. Methodische Vorbemerkungen

Angesichts der Verschiedenartigkeit der untersuchten Rechtsordnungen wird das Gutachten zwei Grundthemen rechtsvergleichend untersuchen, um in den Schlussfolgerungen eine frageweise Antwort zu ermöglichen. In einem ersten Fragekomplex (Fragen 1 bis 3) wird untersucht, wie die verschiedenen Rechtsordnungen die Geschäftsherrenhaftung (Haftung für andere) ausserhalb einem Vertragsverhältnis regeln. Diese Frage basiert im Wesentlichen darauf, dass der aktuell diskutierte indirekte Gegenentwurf die Haftungsregelung an die Geschäftsherrenhaftung anknüpft. Entsprechend der Fragestellung beschränkt sich dieser Fragenkomplex auf das Vorliegen und die Unterschiede der allgemeinen Haftungsbestimmungen bzw. -grundsätze betreffend die Haftung für Dritte. In diesem Sinn werden die Haftungsgrundlagen allgemein verglichen.

Der zweite Fragenkomplex (Fragen 4 und 5) betrifft die Haftung für kontrollierte Unternehmen allgemein. Hier steht weniger die rechtliche Grundlage einer Haftung im Vordergrund als das Bestehen von Möglichkeiten bzw. die verschiedenen Ansätze, wonach ein Unternehmen für ein kontrolliertes Unternehmen einstehen muss. Diese Fragestellung ist somit mit den Ausführungen unter Ziffer 2 des Arbeitspapiers des BJ vom 10. August 2018 vergleichbar.

Angesichts des sehr engen zeitlichen Rahmens wird das Gutachten in erster Linie aufgrund von **rechtsvergleichenden Publikationen** erstellt, wobei für die Nachbarstaaten sowie für die Niederlande und das Vereinigte Königreich soweit möglich auf nationale Quellen verwiesen wird. Ausführlichere Ausführungen zu gewissen ausländischen Rechtsordnungen (insbesondere zu Deutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich, den Niederlanden und Schweden) werden im Anhang aufgeführt. Angesichts der Quellenlage konnte für den zweiten Fragenkomplex das italienische Recht nicht berücksichtigt werden.

## II. ANALYSE

### 1. Geschäftsherrenhaftung

#### 1.1. Vorliegen der Geschäftsherrenhaftung

Die Figur der Geschäftsherrenhaftung oder Haftung für Angestellte ist in Europa – und darüber hinaus<sup>2</sup> - sehr weit verbreitet.<sup>3</sup> In Deutschland ist diese «Gehilfenhaftung»<sup>4</sup> in § 831 (Haftung für Verrichtungsgehilfen) des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geregelt. Auch in Österreich wird der Begriff der Gehilfenhaftung verwendet, wobei die mit der schweizerischen Geschäftsherrenhaftung vergleichbare Haftung für «Besorgungsgehilfe[n] (Verrichtungsgehilfe[n])»<sup>5</sup> in § 1315 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs geregelt ist. In Frankreich ist die «responsabilité du commettant pour le fait de leur préposés»<sup>6</sup> ein Unterfall der in Artikel 1242<sup>7</sup> des französischen Code civil geregelten «responsabilité du fait d'autrui», in Italien ist die «Responsabilità dei padroni e dei committenti » in ähnlicher Form in Artikel 2049 des italienischen Codice civile vorgesehen. In den Niederlanden regelt Artikel 6 :170 Burgerlijk Wetboek (BW) die entsprechende Haftung.<sup>8</sup>

Im englischen Recht (wie allgemein in den der Tradition der *Common Law* angehörigen Rechtsordnungen) ist die «doctrine of vicarious liability» eine anerkannte und in der Rechtsprechung entwickelte Haftungsgrundlage.<sup>9</sup> Auch die skandinavischen Rechtsordnungen kennen eine Haftung für andere (*Principalansvar*).<sup>10</sup>

Angesichts der allgemeinen Anerkennung der Haftungsfigur in Europa haben auch zwei in den letzten zwanzig Jahren auf rechtsvergleichender Grundlage entwickelte akademische Projekte von allgemeinen Europäischen Haftungsregelungen die Figur der Geschäftsherrenhaftung aufgenommen.

<sup>2</sup> So verweisen verschiedene Quellen auch auf Japan: K. Yamamoto, Grundfragen des Schadenersatzrechts aus japanischer Sicht, in H. Koziol (Hrsg.) Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 575, 693 ; sowie auf Australien, Neuseeland und die USA : P. Giliker, Vicarious Liability in Tort. A Comparative Perspective, Cambridge 2011.

<sup>3</sup> Da die Untersuchung bzw. die konsultierten Quellen nicht ausnahmslos alle europäischen Rechtsordnungen berücksichtigen, kann keine absolute Aussage gemacht werden. Für vergleichende Analysen s. z.B. S. Galand-Carval, General Questions, in J. Spier (Hrsg.), Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others, Den Haag 2003, 289, 300: « In all the surveyed systems, some form of liability is imposed on the employer for harm caused by his employees. ».

<sup>4</sup> Wagner, Münchner Kommentar BGB zu § 831, 7. Auflage 2017, N 1 und N 11.

<sup>5</sup> Welsler/Zöglisch-Jud, Bürgerliches Recht II, 14. Auflage, Wien 2015, 425 ; vgl. H. Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien 2010, 219 : « Besorgungsgehilfenhaftung ».

<sup>6</sup> Terminologie gemäss G. Viney & P. Jourdain, Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, 2. Auflage Paris 1996, 860.

<sup>7</sup> Vor der *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* war die entsprechende Bestimmung in Artikel 1384 Code civil enthalten.

<sup>8</sup> S. dazu C. von Bar, Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, München 2009, 646.

<sup>9</sup> P. Gilliker, Vicarious Liability in Tort, zit., 1 ; K. Oliphant, Grundfragen des Schadenersatzrechts aus der Sicht Englands und des Commonwealth, in H. Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Wien 2014, 393, 462.

<sup>10</sup> Für Schweden s. Jan Hellner & Marcus Radetzki, Skadeståndsrätt, 10. Auflage 2018, 147 ff. ; 3 :1 des schwedischen Schadenersatzgesetzes (Skadeståndslag 1972 :207), gemäss von Bar, Principles of European Law, zit., 648, gilt ähnliches auch in Finnland ; für die Regelung in Norwegen (§ 2 :-1 SkL), s. B. Askeland, Grundfragen des Schadenersatzrechts aus norwegischer Sicht, in H. Koziol (Hrsg.), Grundfragen, zit., 115, 155 ff.

So sieht der 2008 von einem Netzwerk von Akademikern auch im Hinblick auf einen Europäischen Referenzrahmen<sup>11</sup> vorgeschlagene «Draft Common Frame of Reference» im VI. Buch unter Artikel 3:201 eine Vorschrift zur « Verantwortlichkeit für Schäden durch Angestellte oder satzungsmässig berufene Vertreter » vor.<sup>12</sup> Auch die bereits 2005 von einer anderen akademischen Gruppierung (der European Group of Tort Law<sup>13</sup> für eine mögliche Harmonisierung in Europa vorgeschlagenen Grundsätze eines Gemeineuropäischen Deliktsrechts (Principles of European Tort Law) enthalten ein Kapitel zur Haftung von anderen mit einer Bestimmung zur allgemeinen « Haftung für Hilfspersonen ».<sup>14</sup>

## 1.2. Ausgestaltung der Geschäftsherrenhaftung und Beweisfragen

Wie erwähnt ist der Grundsatz einer (ausservertraglichen) Haftung für Hilfspersonen (Geschäftsherrenhaftung) in Europa allgemein anerkannt. Die Ausgestaltung der verschiedenen Regelung unterscheidet sich aber beträchtlich. Dabei lassen sich gemäss der rechtsvergleichenden Literatur zwei Grundkonzeptionen unterscheiden.<sup>15</sup> In der Mehrheit der Rechtsordnungen<sup>16</sup> muss die haftpflichtige Person für das Verhalten der handelnden Person einstehen («respondeat superior»); der haftpflichtigen Person wird kein eigentlicher Vorwurf gemacht, ihr Fehlverhalten ist nicht erforderlich.<sup>17</sup> Gemäss der anderen Konzeption basiert die Haftung (mindestens im Grundsatz) auf mangelnder Sorgfalt bei Auswahl, Anleitung und Überwachung ; der haftpflichtigen Person wird also direkt ein Vorwurf gemacht.<sup>18</sup> Allerdings wird das entsprechende Fehlverhalten typischerweise vermutet, d.h. die in Anspruch genommene Person kann eine Haftung vermeiden, wenn sie nachweist, dass sie sorgfältig gehandelt hat. Im Ergebnis wird also rechtsvergleichend zwischen einer objektiven Haftung und einer «Haftung aus vermuteter Pflichtwidrigkeit» unterschieden.<sup>19</sup>

Die oben zitierten Vorschläge eines harmonisierten Haftungsrechts sehen eine **strikte Haftung** vor.<sup>20</sup> Schon daran zeigt sich, dass die objektive Haftung, welche keinen Sorgfaltsbeweis erlaubt, am weitesten verbreitet ist. So sehen weder Art. 1242 des französischen Code civil noch Artikel 2049 des

<sup>11</sup> S. C. von Bar, E. Clive & H. Schulte-Nölke et al. (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, 7.

<sup>12</sup> “(1) A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged :  
(a) caused the damage in the course of the employment or engagement ; and  
(b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the damage.  
(2) Paragraph (1) applies correspondingly to a legal person in relation to a representative causing damage in the course of their engagement. A representative is a person who is authorised to effect juridical acts on behalf of the legal person by its constitution.”

<sup>13</sup> Für eine allgemeine Umschreibung, s. [www.egtl.org](http://www.egtl.org).

<sup>14</sup> Art. 6 :102 : „(1) Soweit Hilfspersonen im Rahmen ihres Aufgabenbereiches tätig werden, dabei aber den erforderlichen Sorgfaltsmaßstab (Art. 4:102) verletzen, haftet ihr Geschäftsherr für den dadurch verursachten Schaden.

(2) 2) Ein selbständiger Unternehmer ist keine Hilfsperson im Sinne dieses Artikels.“; verfügbar unter <http://www.egtl.org/>.

<sup>15</sup> Wobei dies beiden Konzeptionen historisch durchaus verwandt sind, s. dazu z.B. P. Gilliker, zit., 35, mit Ausführungen zum französischen Recht.

<sup>16</sup> H. Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien 2010, 220, spricht von den meisten Rechtsordnungen sowie dem « international im Vordringen befindlichen Prinzip ».

<sup>17</sup> S. dazu H. Koziol, Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen, in H. Koziol (Hrsg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Wien 2014, 753, 870.

<sup>18</sup> H. Koziol, zit., 870, so auch F. Werro/V. V. Palmer /A.C. Hahn, in Werro/Palmer (Hrsg.), The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law, Durham 2004, 387, 393.

<sup>19</sup> C. von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I, München 1996, 189.

<sup>20</sup> S, oben, Fn. 12 und Fn. 14.

italienischen Codice civile noch Artikel 6 :170 Burgerlijk Wetboek einen Entlastungsbeweis vor, und auch im englischen Recht ist die Haftung des Arbeitgebers für Arbeitnehmer eine objektive.<sup>21</sup> In all diesen Rechtsordnungen muss jedoch bewiesen werden, dass die Hilfsperson sorgfaltswidrig handelte.<sup>22</sup>

Ein **Sorgfaltsbeweis** zur Entlastung wie in Art. 55 OR ist im deutschen und im spanischen Recht vorgesehen.<sup>23</sup> Im spanischen Recht entfällt nach Art. 1903 Abs. 6 Código civil die Haftung des Geschäftsherrn, wenn dieser beweist, dass er die Sorgfalt eines *bonus pater familias* angewendet hat, um einen Schaden zu vermeiden. Nach § 831 Abs. 1 BGB (zweiter Satz) tritt die «Ersatzpflicht [...] nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.». Die Rechtsprechung stellt allerdings strenge Anforderungen an den Entlastungsbeweis – die Lehre beschreibt die Geschichte der Rechtsprechung als « Aufholjagd », um einen angemessenen Schutz zu erreichen.<sup>24</sup> Auch in Spanien hat die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Haftung im Laufe der Zeit ausgeweitet.<sup>25</sup>

Im österreichischen Recht sieht § 1315 ABGB eine **Haftung für einen «untüchtigen» sowie für einen «gefährlichen» Gehilfen** vor. Im ersten Fall haftet der Geschäftsherr, wenn der Gehilfe (wegen mangelnder Ausbildung oder Veranlagung) nicht geeignet ist, die entsprechende Tätigkeit auszuführen.<sup>26</sup> Im zweiten Fall muss der Geschäftsherr die Gefährlichkeit kennen. Die Rechtsprechung scheint den Begriff der Untüchtigkeit uneinheitlich auszulegen,<sup>27</sup> – ein Verschulden des Geschäftsherrn wird aber nicht vorausgesetzt, doch besteht nach der Rechtsprechung eine Überwachungspflicht von Gehilfen sogar ohne Anlass.<sup>28</sup> Wie in Deutschland scheint die Rechtsprechung die Anwendung der (restriktiven) Bestimmung durch ein Ausweichen auf andere Haftungsgrundlagen (z.B. einer verschuldensbasierten Haftung aufgrund fehlender Organisation oder Überwachung) zu vermeiden.<sup>29</sup>

Die verschiedenen Haftungsbestimmungen unterscheiden sich auch hinsichtlich des **Kreises an Personen**, für deren Verhalten eingestanden werden muss.<sup>30</sup> In den meisten Rechtsordnungen besteht eine entsprechende Haftung nur für Verhalten von Angestellten, wobei ursprünglich die Kriterien der Kontrolle und Integration in die Arbeitsorganisation bzw. Unterordnung im Vordergrund standen.<sup>31</sup> In

<sup>21</sup> P. Gilliker, zit., 34; Werro/Palmer/Hahn, zit., 393; Koziol, Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen, zit., 870; je auch mit Hinweisen auf weitere Rechtsordnungen (Norwegen, Finnland, Dänemark, Portugal, Griechenland, Schottland) ; C. van Dam, European Tort Law, 2. Auflage, Oxford 2013, 513.

<sup>22</sup> C. van Dam, zit., 513 ; für Frankreich s. P. Brun, La responsabilité civile extracontractuelle, 5. Auflage 2018, 309.

<sup>23</sup> S. Galand-Carval, Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others, in J. Spier (Hrsg.), Unification of Tort Law. Liability for Damages Caused by Others, Den Haag 2003, 289, 302 ; s. auch H. Koziol, Rechtsvergleichende Schlussbemerkungen, zit., 870, mit Verweisen auch auf das polnische und ungarische Recht.

<sup>24</sup> Von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, zit., 194 ff.

<sup>25</sup> Werro/Palmer/Hahn, zit., 396.

<sup>26</sup> Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II, Wien 2015, N 1535.

<sup>27</sup> E. Ondreasova, Die Gehilfenhaftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum österreichischen Recht mit Vorschlägen zur Reform, Wien 2013, 145.

<sup>28</sup> Ondreasova, zit., 146.

<sup>29</sup> Von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, zit., 192; Ondreasova, zit., 148.

<sup>30</sup> Klar so strukturiert P. Gilliker, Vicarious Liability or Liability for the Acts of Other in Tort: A Comparative Perspective, Journal of European Tort Law 2011, 31, welche als dritten Aspekt die Grenzen der Verantwortlichkeit (insbesondere bei strafrechtlichem Verhalten der Drittperson) darstellt.

<sup>31</sup> S. dazu ausführlich: Gilliker, Vicarious Liability, zit., 57 ff.

Spanien wird auf ein hierarchisches Abhängigkeitsverhältnis verwiesen, wobei auch hier die Kontrolle, Überwachung und Anleitung massgebend sind.<sup>32</sup> In verschiedenen Rechtsordnungen neuerer Zeit wurde vermehrt die Beziehung als Ganzes gewürdigt, wobei die Kriterien Risikokontrolle und – Überwachung im Vordergrund zu stehen scheinen.<sup>33</sup> Für selbständig Erwerbstätige besteht ausser in Holland sowie bei gefährlichen Tätigkeiten in Dänemark jedoch keine Haftung.<sup>34</sup>

## 2. Haftung im Konzernverhältnis

### 2.1. Vorliegen einer Haftung für kontrollierte Unternehmen

Das Vorliegen einer Haftung für kontrollierte Unternehmen bzw. einer Haftung im Konzern wird im Ausland unter ähnlichen Gesichtspunkten diskutiert wie in der Schweiz. Im Vordergrund steht dabei traditionell die Haftung (der Muttergesellschaft) für die Verbindlichkeiten der insolventen Tochtergesellschaft,<sup>35</sup> doch auch andere Situationen können darunter fallen.<sup>36</sup> Eine rechtsvergleichende Darstellung aller verschiedenen Fallkonstellationen bzw. Haftungsgrundlagen ist im Rahmen der vorliegenden Darstellung nicht möglich. Angesichts des Kontexts der Fragestellung wird vielmehr der Fokus auf die Geschäftsherrenhaftung einerseits (2.1.1.) sowie andere in der Gesetzgebung und Rechtsprechung entwickelte Grundlagen der Haftung für Menschenrechtsverletzungen von Tochtergesellschaften (2.2.2.) gelegt.

Nicht besonders behandelt wird insbesondere die Figur des Haftungsdurchgriffs (*piercing oft he corporate veil*). Diese greift in verschiedenen Rechtssystemen nur in Ausnahmefällen, und insbesondere dann, wenn eine Tochtergesellschaft rechtsmissbräuchlich, zur Umgehung einer Verpflichtung, gegründet wird, oder wenn die Muttergesellschaft der Tochter Vermögenswerte vor deren Insolvenz entzieht.<sup>37</sup> Somit lässt sich diese Haftungsgrundlage nur teilweise mit der aktuell diskutierten Geschäftsherrenhaftung im Konzern vergleichen.<sup>38</sup>

Ebenfalls nicht eingegangen wird auf die in verschiedenen Rechtsordnungen bestehenden Regelungen des Konzernrechts allgemein. Hierzu besteht eine ausführliche rechtsvergleichende Literatur, welche im vorliegenden Zusammenhang nicht berücksichtigt werden kann.

#### 1.3. 2.1.1. Geschäftsherrenhaftung

Die Anwendung der Geschäftsherrenhaftung im Konzernverhältnis wird aktuell in erster Linie in Frankreich und in Deutschland diskutiert. In **Frankreich** war 2005 in einem Vorentwurf einer Revision des Obligationenrecht (*avant-projet Catala*) vorgeschlagen worden, dass – als Unterfall der Geschäftsherrenhaftung (*responsabilité du fait d'autrui*) die Muttergesellschaft für die von ihr

<sup>32</sup> Urteil des Tribunal Supremo vom 03.04.2006, zit. gemäss J. A. Seijas Quintana, Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales, 2. Auflage Madrid 2015, S. 45 f.

<sup>33</sup> C. van Dam, European Tort Law, 514 ; s. auch Werro/Palmer/Hahn, 397.

<sup>34</sup> Werro/Palmer/Hahn, 397.

<sup>35</sup> C. A. Witting, Liability of Corporate Groups and Networks, Cambridge 2018, 1, spricht vom « insolvent entity problem ».

<sup>36</sup> S. z.B. K. Vandekerckhove, Piercing the Corporate Veil, Alphen 2007, 15.

<sup>37</sup> S. dazu ausführlich K. Vandekerckhove, zit. ; s. auch C. van Dam, European Tort Law, 2. Auflage 2013, 517 ; C. Kaufmann & L. Heckendorn Urscheler, Access to Remedy. Study commissioned by the FDFA with a view to fulfilling Postulate 14.3663, verfügbar unter [https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/180919\\_Access\\_to\\_Remedy.pdf](https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/180919_Access_to_Remedy.pdf), N 160, vgl. auch Arbeitspapier des BJ, 3.

<sup>38</sup> S. allerdings das indische Urteil zu vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Katastrophe in Bhopal, Union of India v. Union Carbide Corporation, 4.4.1988, Civil Revision 26/1988, zitiert in P. Muchlinski, Multinational Enterprises & the Law, 2. Auflage, Oxford 2010, 314 f.

abhängige und kontrollierte Tochtergesellschaft haften würde.<sup>39</sup> In der aktuellen Debatte wird eine strikte Haftung der Muttergesellschaft für die Tochter nur noch im Zusammenhang mit der Haftung für wettbewerbswidriges Verhalten der Tochtergesellschaft erwähnt.<sup>40</sup> Es ist durchaus möglich, dass das Fehlen eines Sorgfaltsbeweises ein Grund dafür war, dass am Projekt nicht festgehalten wurde.<sup>41</sup>

In **Deutschland** wird die Anwendung der Geschäftsherrenhaftung in der Lehre intensiv und kontrovers diskutiert.<sup>42</sup> In der Rechtsprechung wurde die Möglichkeit einer Haftung in einem Fall ausdrücklich bejaht und in einem anderen Fall grundsätzlich für möglich gehalten.<sup>43</sup> In verschiedenen Rechtsgebieten wie dem Wettbewerbs- oder dem Datenschutzrecht finden sich zudem Zurechnungsnormen, welche sich mit der Geschäftsherrenhaftung vergleichen lassen.

In **Österreich** finden sich in der Lehre Ausführungen, wonach § 1315 ABGB betreffend der Haftung für gefährliche Gehilfen durchaus auf Tochtergesellschaften im Ausland anwendbar sein könnte. Voraussetzung ist nach der Lehre, dass die Tochtergesellschaft weisungsgebunden ist, doch die Rechtsprechung scheint dieses Kriterium nicht unbedingt vorauszusetzen.<sup>44</sup> Grundsätzlich scheint eine entsprechende Haftung durchaus möglich, beispielsweise wenn im Rahmen von compliance Mechanismen ungenügende Sicherheitsvorkehrungen der Tochtergesellschaft erkennbar wären.<sup>45</sup> Somit scheinen die österreichischen, mit der Geschäftsherrenhaftung vergleichbaren Haftungsnormen unter gewissen Voraussetzungen durchaus eine Haftung der Muttergesellschaft zu ermöglichen, doch besteht soweit ersichtlich keine neuere Rechtsprechung dazu.

In den **Niederlanden** wurde die Anwendung der Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 6:171 BW auf andere Unternehmen durchaus diskutiert. Dabei wird vorausgesetzt, dass zwischen den Tätigkeiten der Unternehmen eine gewisse «Einheit» der Aktivitäten (Einheit der Unternehmung: *eenheid van onderneming*) besteht.<sup>46</sup> Soweit ersichtlich scheint sich diese Haftungsgrundlage jedoch nach der Lehre nur in ausserordentlichen Umständen für eine Haftung der Muttergesellschaft für Fehlverhalten

<sup>39</sup> Art. 1360 Abs. 2 des Vorentwurfs Catala, verfügbar unter [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf) :

“De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires. » ; s. dazu und zu verschiedenen Folgevorschlägen : B. Rolland, *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 3250 : Environnement et procédures collectives, 10.02.2018, N 78 in fine; zustimmend aus rechtsvergleichender Sicht: H. Koziol, zit., 871.

<sup>40</sup> Cour d'appel de Paris, Rapport du groupe de travail, La réforme du droit de la responsabilité civile et les relations économiques, April 2019, verfügbar unter [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Rapport\\_CA\\_PARIS\\_reforme\\_responsabilite\\_civile.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf), 102.

<sup>41</sup> S. allerdings weitere Vorschläge in der rechtsvergleichenden Lehre eines verschuldensunabhängigen Geschäftsherrenhaftung für Tochtergesellschaften : C. van Dam, *European Tort Law*, 519, mit weiteren Hinweisen.

<sup>42</sup> S. dazu ausführlich der Bericht im Anhang, A. 1.

<sup>43</sup> Vgl. F. Bernau in Staudinger Kommentar zum BGB, N 108 zu § 831 BGB ; s. auch M. Habersack / M. Ehrl, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda, *Archiv für die civilistische Praxis* 2019, 155, 193, mit Verweis auf BGH, 25.04.2012, I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 sowie BGH Urteil vom 06.11.2012, IV ZR 174/11, NJW 2013, 1002.

<sup>44</sup> P. Warty, Die Haftung österreichischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, in H. Fleischer, S. Kalss & H.-U. Vogt (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility*, Tübingen 2018, 213, 221 f.

<sup>45</sup> S. im Detail, Warty, zit.

<sup>46</sup> M. Haentjens & E. du Perron, Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law, in J. Spier (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Den Haag 2003, 171, 179.

der Tochtergesellschaft in den Konstellationen zu eignen, welche bei der Konzernverantwortungsinitiative im Vordergrund stehen.<sup>47</sup>

In der internationalen (englischsprachigen) **Lehre** wird für die «vicarious liability» im Zusammenhang mit der Haftung von Muttergesellschaften für Fehlverhalten für ihre Tochter zwar durchwegs erwähnt, dies aber mehr als Möglichkeit oder Vorschlag einer künftigen Rechtsentwicklung denn als Beschrieb der aktuellen Rechtslage.<sup>48</sup> Dies liegt u.E. auch daran, dass in der Mehrzahl der Rechtsordnungen die mit der Geschäftsherrenhaftung vergleichbaren Haftungsgrundlagen typischerweise keinen Entlastungsbeweis zulassen und eine strikte Haftung für die Tochtergesellschaft nicht als angemessen gesehen wird. Zudem wird die (strikte) Gehilfenhaftung typischerweise auch zurückhaltender ausgelegt als die allgemeinen Haftungsprinzipien, was insofern relevant ist, dass die Haftungsregelung im hier interessierenden Zusammenhang in erster Linie durch die Rechtsprechung entwickelt wurde und wird. So begründet die Rechtsprechung in verschiedenen Staaten die Haftung der Muttergesellschaft direkt mit einer Pflichtverletzung der Muttergesellschaft (s. dazu unten, 2.1.2.). Im Ergebnis sind die zwei Haftungsgrundlagen näher als es scheint, wird doch das Auferlegen einer direkten Haftung als weitere Möglichkeit gesehen, die Muttergesellschaft für Fehlverhalten von anderen Personen (wie z.B. der Tochtergesellschaft oder des Zulieferers) haftbar zu machen.<sup>49</sup>

#### 1.4. 2.1.2. Direkte Haftung der Muttergesellschaft

Die prominentesten Gerichtsentscheidungen, in denen eine Haftung der Muttergesellschaft für die Tochtergesellschaft im hier interessierenden Zusammenhang<sup>50</sup> analysiert wurde, setzen sich mit einer direkten Haftung der Muttergesellschaft auseinander. Diese direkte Haftung gründet auf dem **allgemeinen Deliktsrecht**.

Im **englischen Recht** wird für die allgemeine Fahrlässigkeitshaftung (*tort of negligence*) vorausgesetzt, dass die haftpflichtige Person gegenüber der in ihren Interessen beeinträchtigten Person eine Sorgfaltspflicht (*duty of care*) hat und diese verletzt. Dabei wurde im Urteil 2012 *Chandler v Cape*<sup>51</sup> im Fall eines Asbestopfers entschieden, dass eine Muttergesellschaft unter gewissen Umständen auch gegenüber Angestellten einer Tochtergesellschaft eine Pflicht zur Gewährleisten von Sicherheit und Gesundheit haben kann.<sup>52</sup> In drei aktuellen Fällen wurde im Grundsatz bestätigt, dass sich eine solche Sorgfaltspflicht auf weitere von der Tochtergesellschaft geschädigte Personen (und nicht nur die Angestellten) erstrecken kann, sofern besondere Umstände vorliegen.<sup>53</sup> Welche Art der Beteiligung und Kontrolle genau erforderlich ist, lässt sich jedoch anhand der sich aktuell entwickelnden Rechtsprechung nicht eindeutig bestimmen (s. dazu unten, 2.2.).

<sup>47</sup> L. Enneking, *Foreign Direct Liability and Beyond*, Den Haag 2012, 244 ff.

<sup>48</sup> Für viele: C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2019, 519; V. Ulfbeck & A. Ehlers, *Tort Law, Corporate Groups and Supply Chain Liability for Workers' Injuries: The Concept of Vicarious Liability*, *European Company Law* 2016, 167, 170: "most legal systems have not developed such principles [of vicarious liability]."; s. für das englische Recht: P. Morgan, *Vicarious Liability for Group Companies: the Final Frontier of Vicarious Liability?* *Journal of Professional Negligence* 2015, 276.

<sup>49</sup> S. Ulfbeck & Ehlers, zit., 171 f., mit Verweis auf das US-amerikanische Recht; s. auch die deutsche Diskussion zu den Verkehrs- und Organisationspflichten, unten, Anhang A, 1., d, sowie M. Habersack/M. Ehrl, *Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzung durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda*, *AcP* 2019, 155, 194; s. auch P. Warts, *Die Haftung österreichischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland*, in H. Fleischer, S. Kalss & H.-U. Vogt (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility*, Tübingen 2018, 213, 219.

<sup>50</sup> Wie oben (2.) ausgeführt wird die Thematik des Haftungsdurchgriffs hier nicht behandelt.

<sup>51</sup> *David Brian Chandler v Cape plc* [2012] England and Wales Court of Appeal Civil Division 525.

<sup>52</sup> *David Brian Chandler v Cape plc* [2012] England and Wales Court of Appeal Civil Division 525.

<sup>53</sup> S. Bericht zum englischen Recht im Anhang : C. 1.

Auch im **kanadischen** Recht wird in der aktuellen Rechtsprechung die Möglichkeit einer Haftung der Muttergesellschaft für durch Verhalten der Tochtergesellschaft (z.B. deren Sicherheitspersonal) verursachte Schäden beurteilt. Zwar ist in den verschiedenen Verfahren bislang noch keine definitive Entscheidung ergangen, doch verschiedene Zwischenentscheide deuten darauf hin, dass nach Ansicht der Gerichte eine direkte Haftung der Muttergesellschaft grundsätzlich möglich sein kann. Da soweit ersichtlich noch keine definitiven Entscheide vorliegen, sind die Voraussetzungen einer solchen Haftung jedoch schwierig zu bestimmen.

In **Frankreich** sieht das 2017 erlassene «Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre» eine besondere Sorgfaltspflicht der Muttergesellschaft gegenüber den Tätigkeiten der Tochtergesellschaft vor und sieht die Anwendung der allgemeinen Haftungsregeln vor, sofern eine Verletzung dieser Pflichten (also eine ungenügende oder fehlende Überwachung) zu einem Schaden verursacht. Bislang ist noch kein Urteil auf der Grundlage einer solchen Haftung ergangen. In der Lehre wird aber verschiedentlich vertreten, dass die Rechtsprechung allenfalls eine Kausalitätsvermutung anwenden könnte bzw. sollte.<sup>54</sup> Zudem wird aufgeführt, dass in der Regel eine Haftung für die «perte d'une chance» (Verlust der Möglichkeit, den Schaden nicht zu erleiden) und nicht eine Haftung für den vollen Schaden greifen würde. Es besteht somit angesichts der Unbestimmtheit des Gesetzes einige Unsicherheit zur effektiven Beweislastverteilung.

Im **deutschen geltenden Recht** könnte die Muttergesellschaft als Anstifter oder Mittäter gemäss § 830 BGB haftbar werden, wobei die Muttergesellschaft die Vorgänge mindestens in groben Zügen kennen und billigen müsste – die Leitungsmacht der Muttergesellschaft allein genügt nicht.<sup>55</sup> Für Inhaber von Unternehmen hat die Rechtsprechung zudem eine Haftung aufgrund der Verletzung der sogenannten Unternehmensorganisationspflicht bejaht, welche greift, sofern interne Abläufe eines Unternehmens ungenügend strukturiert, organisiert und überwacht werden, um Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden. Es ist allerdings umstritten, ob und inwieweit eine solche Pflicht auch auf Konzernebene existiert.<sup>56</sup> Der im Februar 2019 bekanntgewordene Entwurf für ein Sorgfaltspflichtengesetz<sup>57</sup>, würde diese Unklarheit lösen, da gemäss § 15 die im Gesetz definierten Sorgfaltspflichten die ausservertraglich zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen zwingend festlegen.

In der **holländischen Lehre** wird die allgemeine Haftungsgrundlage als naheliegend Grundlage einer Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft für Handlungen der Tochtergesellschaft angeführt, wobei sich eine allenfalls verletzte Sorgfaltspflicht aus den Umständen ergeben könne: massgeblich sei nach der Lehre, ob es angesichts der Kenntnis der Risiken seitens der Muttergesellschaft sowie deren Möglichkeiten zum Ausüben von Kontrolle oder Einfluss über die Tochtergesellschaft angemessen erscheint, dass die Muttergesellschaft vorsorgende Massnahmen zur Vermeidung der Risiken treffen würde.<sup>58</sup> Soweit ersichtlich findet sich jedoch (noch) keine Rechtsprechung dazu.

Auch wenn somit nur die nördlichen zwei Nachbarländer, Österreich und Schweden, die mit der Geschäftsherrenhaftung vergleichbare Haftungsgrundlage auf Konzerne anwenden, mindestens unter gewissen Voraussetzungen, so finden sich in verschiedenen anderen Rechtsordnungen Gerichtsent-scheide (in England und Kanada), Gesetzesbestimmungen (in Frankreich) oder Lehrmeinungen (in Holland und Deutschland), wonach die Muttergesellschaft gegenüber von Fehlverhalten einer

---

<sup>54</sup> Danis-Fatôme & Viney, zit., I. C.; s. auch die Hinweise im Anhang A.2.

<sup>55</sup> S. mit genaueren Ausführungen: Anhang E. 1.1.

<sup>56</sup> S. Anhang E.1.4.

<sup>57</sup> Stammgesetz zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten; dieses Gesetz wäre ein Teil des Mantelgesetzes zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften, das ebenfalls nur als Entwurf bekannt wurde.

<sup>58</sup> So gemäss Enneking, Foreign Direct Liability and Beyond, zit., 339.

Tochtergesellschaft beeinträchtigten Personen haftbar werden kann. In Frankreich gilt dabei die ungenügende Überwachung (*vigilance*) seitens der Muttergesellschaft als haftungsauslösend.

## 2.2. Grundmerkmale der Kontrolle

Ein Vergleich des Begriffs der Kontrolle der verschiedenen Rechtsordnungen ist heikel, da die verschiedenen Haftungsregelungen teilweise auf sehr unterschiedlichen Voraussetzungen aufbauen. Am ehesten vergleichbar mit dem schweizerischen Ansatz ist das **französische Recht**, wonach von Gesetzes wegen die ungenügende Überwachung (*vigilance*) seitens der Muttergesellschaft als haftungsauslösend gilt. Dabei ist der Begriff der Kontrolle aber um einiges weiter als nach schweizerischem Entwurf: die Pflicht gilt auch für Subunternehmen und Zulieferer, mit denen eine etablierte Geschäftsbeziehung besteht.<sup>59</sup> Damit hat – anders als im schweizerischen Entwurf - auch die wirtschaftliche Abhängigkeit eine relativ prominente Rolle.

Im **englischen Recht** besteht – gerade angesichts der jüngsten Entwicklungen – eine gewisse Unsicherheit zur Frage, wann genau eine Muttergesellschaft gegenüber Personen im Umfeld einer Tochtergesellschaft haftbar wird. So hat der *Court of Appeal* in einem 2018 gefällten Urteil ausgeführt, dass die Muttergesellschaft entweder die Leitung der betreffenden Aktivität übernommen oder zusammen mit der Tochtergesellschaft innehat oder die Tochtergesellschaft zum Umgang mit einem Risiko beraten haben muss.<sup>60</sup> Im jüngsten höchstrichterlichen Urteil in diesem Zusammenhang, einem 2019 vom Supreme Court ergangenen Urteil (welches allerdings materiell auf die Zuständigkeit beschränkt war), äusserte sich jedoch ein Richter dahingehend, dass kein allgemeines begrenzenden Prinzip bestehe, wonach eine Muttergesellschaft grundsätzlich nicht allein durch das Herausgeben von Richtlinien und *Policies* für die ganze Gruppe (mit der Erwartung, dass die Tochtergesellschaften diese befolgen) eine haftungsrelevante Sorgfaltspflicht habe.<sup>61</sup> Damit ist die Möglichkeit einer Haftung für kontrollierte Unternehmen grundsätzlich weit formuliert und die Relevanz des vorherigen eher restriktiven Kontrollbegriffs (Leitung einer Aktivität, Beratung zu einem gewissen Risiko) in Frage gestellt. Im Ergebnis scheint eine grosse Unsicherheit zu bestehen.<sup>62</sup> Unsicherheit zu den genauen Haftungsvoraussetzungen, insbesondere der Art der Kontrolle, besteht auch im kanadischen Recht, wo – ähnlich wie in England - verschiedene Verfahren hängig sind.

In **Deutschland** wird für die **Geschäftsherrenhaftung** vorausgesetzt, dass die Tochtergesellschaft im konkreten Fall **weisungsgebunden** ist, d.h. dass «nach den tatsächlichen Verhältnissen eine Eingliederung in den Organisationsbereich des Geschäftsherren erfolgt ist und der Handelnde dessen Weisungen unterliegt».<sup>63</sup> Dabei muss das Tochterunternehmen «in den Angelegenheiten des Geschäftsherrn» tätig werden; die Haftungsgrundlage lässt sich damit nach geltendem Recht – mindestens laut gewissen Lehrmeinungen - kaum auf Zulieferer anwenden.<sup>64</sup> Bei anderen möglichen Haftungsgrundlagen der Muttergesellschaft, insbesondere der Haftung der Mutterunternehmens

<sup>59</sup> S. unten, Anhang A.1.

<sup>60</sup> *AAA and others v. Unilever plc and Tea Kenya Limited* [2018] England and Wales Court of Appeal Civil Division 1532, para. 40, per Lord Justice Sales.

<sup>61</sup> *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)* [2019] UK Supreme Court 20, para. 52, per Lord Briggs.

<sup>62</sup> Dies zeigt sich u.a. auch am Kommentar der Entscheidung durch ein grosses Anwaltsbüro : Norton Rose Fulbright, UK Supreme Court clarifies issues on parent company liability in Lungowe v Vedanta, April 2019, verfügbar unter <https://www.nortonrosefulbright.com/en-za/knowledge/publications/70fc8211/uk-supreme-court-clarifies-issues-on-parent-company-liability-in-lungowe-v-vedanta>

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 25.04. 2012 – I ZR 105/10.

<sup>64</sup> M. Habersack / M. Ehrl, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda, zit.

aufgrund einer Unternehmensorganisationspflichtverletzung lässt sich angesichts der Verschiedenheit der Meinungen kein Vergleich mit dem schweizerischen indirekten Gegenentwurf machen.

Im **österreichischen Recht** verlangt zwar die Lehre die Weisungsgebundenheit der Tochtergesellschaft, damit eine Gehilfenhaftung möglich ist, doch die Rechtsprechung scheint ein Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis nicht vorauszusetzen.<sup>65</sup> Nach der Lehre ist die Möglichkeit eines «operativen» Eingriffs in die Geschäftstätigkeit zu beachten.<sup>66</sup> Angesichts des Fehlens jüngerer Rechtsprechung ist ein Vergleich somit problematisch.

In der **Gesamtwürdigung** ist der schweizerischen indirekte Gegenentwurf vor allem präziser als die in den meisten anderen Rechtsordnungen verwendeten Kriterien, welche sich auf die Kontrolle des Tochterunternehmens beziehen. Die Formulierung im französischen Recht hat klar einen weiteren Kontrollbegriff, währenddem das deutsche und österreichische Recht mit dem Begriff der Weisungsgebundenheit und damit weniger formal operieren. Für das englische Recht ist angesichts der Evolution der Rechtsprechung eine Beurteilung nicht möglich.

---

<sup>65</sup> P. Warty, zit., 221.

<sup>66</sup> P. Warty, zit., 222.

### III. SCHLUSSFOLGERUNGEN

1. Alle untersuchten europäischen Rechtsordnungen kennen eine spezifische ausservertragliche Haftungsregelung, nach welcher der Geschäftsherr für Fehlverhalten seiner Gehilfen bzw. Hilfspersonen einstehen muss.
2. In der Mehrheit der untersuchten Rechtsordnungen steht dem Geschäftsherrn kein Sorgfaltsbeweis zur Entlastung offen. Ausnahmen sind das deutsche und das spanische Recht.
3. Bei der Geschäftsherrenhaftung ist die Verteilung der Beweislast in den meisten europäischen Rechtsordnungen aus der Sicht des Geschäftsherrn strenger geregelt als nach Art. 55a des indirekten Gegenentwurfs, da dem Geschäftsherrn kein Entlastungsbeweis offensteht. Im österreichischen Recht tritt eine Gehilfenhaftung nur bei gefährlichen oder ungeeigneten Gehilfen ein. Die Entlastungsbeweise im spanischen und deutschen Recht sind etwas allgemeiner gehalten als die Formulierung in Art. 55a des indirekten Gegenentwurfs. Angesichts der Verschiedenartigkeit der Haftungsgrundlagen im Konzernverhältnis (s. Ziff. 4) ist ein allgemeiner Vergleich der Beweislast des indirekten Gegenentwurfs in Bezug auf die Geschäftsherrenhaftung wenig aussagekräftig.
4. In den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen ist die allgemeine Bestimmung der mit der Geschäftsherrenhaftung vergleichbaren Haftungsfigur nach geltendem Recht nicht im Konzernverhältnis anwendbar. Anders verhält es sich im deutschen Recht sowie in Österreich, wo die entsprechende Haftungsgrundlage unter gewissen Voraussetzungen auch im Konzernverhältnis angewendet wird. In einer Vielzahl von Rechtsordnungen wie z.B. in Frankreich, England, den Niederlanden, Kanada sowie in Deutschland wird eine ausservertragliche Haftung von kontrollierenden Unternehmen für kontrollierte Unternehmen auf der Grundlage der allgemeinen Fahrlässigkeitshaftung mindestens unter gewissen Umständen bejaht. Dies ergibt sich teilweise aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift (in Frankreich), teilweise aus der Rechtsprechung (in Deutschland, England und Kanada), teilweise bislang (erst) aus der Lehre (in den Niederlanden und Österreich).
5. Der Begriff der Kontrolle wird beispielsweise in Frankreich weiter gefasst als die Regelung im indirekten Gegenentwurf, da sie auch etablierte Geschäftspartner erfasst. In Deutschland und Österreich wird bei der Haftung im Konzernverhältnis an die Weisungsgebundenheit angeknüpft. Möglicherweise ist das Verständnis einer haftungsbegründende Kontrolle nach englischer Rechtsprechung eher enger als im schweizerischen Gegenentwurf (direkte Leitung der betreffenden Aktivitäten durch die Muttergesellschaft oder eine beratende Tätigkeit hinsichtlich eines Risikos), doch gemäss den Äusserungen eines Richters des Supreme Court im Rahmen eines 2019 gefällten Urteils ist nicht auszuschliessen, dass bereits das Erlassen von Richtlinien für den ganzen Konzern durch die Muttergesellschaft ausreichen könnte.

#### SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler  
*Vizedirektor, Leiter der wissenschaftlichen Abteilung*

England:

John Curran, LL.M.  
*Referent für englisches Recht*

Frankreich:

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler

Kanada:	Karen Topaz Druckman, J.D., LL.M. <i>Referentin für US amerikanisches Recht</i>
Schweden:	Henrik Westermark; LL.M. <i>Referent für skandinavisches Recht</i>
Deutschland	Maximilian Mayr <i>Referendar</i>

## ANHANG: LÄNDERBERICHTE ZU NEUEREN ENTWICKLUNGEN IN DEN EINZELNEN RECHTSORDNUNGEN

### A. Die französische «Loi sur le devoir de vigilance»

#### 1. Grundzüge der Regelung

Am 27. März 2017 wurde in Frankreich ein Gesetz « relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre » verabschiedet. Das Gesetz fügt zwei neue Artikel in den französischen *Code de Commerce* ein: die erste Bestimmung (Art. L 225-102-4) sieht die Schaffung einer **Wachsamkeitspflicht** (*devoir de vigilance*) vor, die zweite Bestimmung (Art. L 225-102-5) die Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung.

Nach Art. L. 225-102-4 des *Code de commerce* müssen Kapitalgesellschaften<sup>67</sup> mit Sitz in Frankreich<sup>68</sup> ab einer gewissen Grösse (5000 Angestellte<sup>69</sup> in Frankreich bzw. 10'000 Angestellte in Frankreich und im Ausland)<sup>70</sup> jährlich einen «Wachsamkeitsplan» (*plan de vigilance*) erstellen und umsetzen. Der Plan muss auch die angemessenen Massnahmen nennen, mit welchen die Risiken identifiziert und schwere Menschenrechtsverletzungen<sup>71</sup> bzw. Umweltbeeinträchtigungen verhindert werden können, die aus der Tätigkeit der Gesellschaft oder aus den Tätigkeiten von mit ihr verbundener Unternehmen verursacht werden. Als verbundene Unternehmen gelten direkt oder indirekt kontrollierte Gesellschaften sowie Subunternehmen und Zulieferer, mit denen eine etablierte Geschäftsbeziehung besteht – wobei bei Subunternehmen und Zulieferern nur die Tätigkeiten zu berücksichtigen sind, die in Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung stehen. Das Gesetz geht nach einhelliger Auffassung<sup>72</sup> davon aus, dass auch im Ausland erfolgte bzw. drohende Verletzungen erfasst werden.

Art. L. 225-102-4 *Code de commerce* schreibt relativ detailliert vor, **welche Arten von Massnahmen** der «Wachsamkeitsplan» beinhalten und erwähnen muss: neben einer Risikoauflistung und – Priorisierung sind die regelmässige Evaluation, die Risikoverminderungsmassnahmen sowie eine Wirksamkeitsprüfung vorgeschrieben. Der Plan muss publiziert werden – bei mehr als dreimonatigem Verzug kann eine Publikation gerichtlich unter Androhung eines Zwangsgeldes angeordnet werden.

Führt eine Verletzung der oben erwähnten Pflichten (also eine ungenügende oder fehlende Überwachung) zu einem entsprechenden Schaden, haftet das Unternehmen zivilrechtlich auf Grundlage der **allgemeinen Haftungsbestimmungen**. Grundsätzlich muss die klagende Partei Pflichtverletzung, Schaden und Kausalzusammenhang beweisen. Zu den in diesem Zusammenhang stehenden Beweis- und Auslegungsfragen hat sich die Lehre verschiedentlich geäussert (s. unten, 2.).

<sup>67</sup> S. zu den Unklarheiten unten, 2.

<sup>68</sup> Das Gesetz erwähnt dieses Kriterium nicht ausdrücklich, aber die Kommentatoren gehen einhellig davon aus, s. z.B. B. Rolland, *Jurisclasseur Commercial*, Fasc. 3250. *Environnement et procédures collectives*, 10.02.2018, N 78 ; S. Schiller, *Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, *Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 15, 13.04.2017, N 3, mit Hinweis auf die ähnliche Auslegung durch den Conseil constitutionnel.

<sup>69</sup> Gezählt werden auch die Angestellten der « filiales directes ou indirectes », womit wohl Tochtergesellschaften und kontrollierte Unternehmen gemeint sind.

<sup>70</sup> S. zu den Unklarheiten:

<sup>71</sup> Das Gesetz spricht hier von Verletzungen der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie der Gesundheit und Sicherheit von Personen («atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes»).

<sup>72</sup> Dies ergibt sich z.B. aus den verschiedenen Beiträgen in S. Schiller (Hrsg.), *Le devoir de vigilance*, Paris 2019.

Das französische Gesetz ist das Resultat eines intensiven politischen Prozesses und wurde im Rahmen der Vorabkontrolle durch den *Conseil constitutionnel* auf die Verfassungsmässigkeit geprüft<sup>73</sup>, wobei die ursprünglich vorgesehenen strafrechtlichen Bestimmungen wegen deren Unbestimmtheit (und damit Verfassungswidrigkeit) aufgehoben wurden. Bei der Haftung hatten frühere Entwürfe verschiedene Arten von Hilfspersonenhaftung (*responsabilité du fait d'autrui*, d.h. Haftung für Fehlverhalten der Tochtergesellschaften bzw. verbundener Unternehmen oder aber eine Haftungsvermutung der Muttergesellschaft mit Befreiungsbeweis vorgesehen.<sup>74</sup> Dies wurde im Rahmen der parlamentarischen Verhandlungen geändert.

Eine Haftung der Muttergesellschaft im Konzernverhältnis sieht das französische Recht im Grundsatz nicht vor.<sup>75</sup> Allerdings hatte der 2005 von einer Arbeitsgruppe erarbeitete Vorentwurf einer Revision des Obligationenrecht (*avant-projet Catala*) als eine Art der Hilfspersonenhaftung (*responsabilité du fait d'autrui*) vorgesehen, dass die Muttergesellschaft für die von ihr abhängige und kontrollierte Tochtergesellschaft haften würde.<sup>76</sup> Der 2017 vom Justizministerium publizierte Entwurf einer Revision des Haftpflichtrechts verzichtet auf eine entsprechende Regelung.<sup>77</sup> 2018 wurde eine Konsultation dieses Entwurfes durchgeführt, und im Juni 2019 wurde ein Bericht einer Arbeitsgruppe der Cour d'appel de Paris mit weiteren Vorschlägen vorgestellt.<sup>78</sup> Eine allgemeine Bestimmung zur Konzernhaftung ist in diesen Vorschlägen jedoch nicht enthalten.

## 2. Reaktionen in der französischen Lehre

Die französische Lehre hat sich verschiedentlich eher gemischt zur *Loi sur le devoir de vigilance* geäußert.<sup>79</sup> Als positiv wird angesehen, dass Frankreich in diesem Bereich entsprechend dem

<sup>73</sup> Conseil constitutionnel n° 2017 – 750 DC, 23.03.2017.

<sup>74</sup> S. z.B. H. Ascencio, Les Principes directeurs rattrapés par le droit ? L'exemple du droit français, in N. Bonucci & C. Kessedjian (Hrsg.), 40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales, Paris 2018, S. 79 ff., S. 86.

<sup>75</sup> So S. Phiedelièvre & C. Broche, La responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, in Lamy – Droit de la responsabilité, Paris 2014, N 240—43, s. auch die Fallgruppen der *responsabilité du fait d'autrui* gemäss P. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, 11. Auflage 2017, S. 965, N 2232.31; für die Fälle der Haftung der Muttergesellschaft, s. den Länderbericht Frankreich in der Studie des SKMR & SIR, Access to Remedy, verfügbar unter [https://www.isdc.ch/media/1637/access-to-remedy\\_english.pdf](https://www.isdc.ch/media/1637/access-to-remedy_english.pdf).

<sup>76</sup> Art. 1360 Abs. 2 des Vorentwurfs Catala, verfügbar unter [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf) :

“De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires. » ; s. dazu und zu verschiedenen Folgevorschlägen : B. Rolland, JurisClasseur Commercial, Fasc. 3250 : Environnement et procédures collectives, 10.02.2018, N 78 in fine.

<sup>77</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile, 13.03.2017, verfügbar unter [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)

<sup>78</sup> Pressemittteilung des französischen Justizministeriums, Droit de la responsabilité civile, La cour d'appel de Paris formule ses propositions, verfügbar unter <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/droit-de-la-responsabilite-civile-32507.html> .

<sup>79</sup> Z.B. S. Schiller, Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 13.04.2017; A. Danis-Fatôme & G. Viney, La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, D 2017, p. 1610 ; Y. Queinnec & F. Feunteun, La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation, Revue Lamy droit des affaires n° 137, 01.05.2018 ; B. Rolland, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 3250. Environnement et procédures collectives, 10.02.2018, N 78 ss ; C. Hannoun, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017,

internationalen *soft law* legiferiert hat und die weitere Entwicklung in Europa prägen könnte.<sup>80</sup> Kritisch wird hingegen darauf hingewiesen, dass der Gesetzestext in vielen Punkten **unklar** ist.<sup>81</sup> Zudem sehen einige Autoren in der allfälligen gerichtlichen Durchsetzung Schwierigkeiten in Beweis und Beurteilung verschiedener Elemente, so dass Zweifel an der Wirksamkeit des Gesetzes geäussert werden.<sup>82</sup> Auf die wichtigsten Punkte wird im Folgenden kurz eingegangen:

Eine ganze Reihe von Autoren hebt hervor, dass die Anwendbarkeit der französischen Bestimmungen im internationalen Verhältnis, also bei im Ausland entstandenen Schäden, unsicher sei.<sup>83</sup> Auf ausservertragliche Haftpflichtansprüche ist das Recht am Ort des Schadenseintritts anwendbar (Art. 4 der Rom II Verordnung<sup>84</sup>). Es werden zwar mit guten Gründen verschiedene Argumentationslinien vorgeschlagen, wie eine Anwendung dennoch erfolgen könne<sup>85</sup>, doch das **Fehlen einer Bestimmung zum anwendbaren Recht** bewirkt beträchtliche Unsicherheit.

Im weiteren bestehen Unklarheiten zum **Anwendungsbereich**, insbesondere bezüglich der Gesellschaftsform (nur Aktiengesellschaften oder alle Kapitalgesellschaften)<sup>86</sup>. Unsicher scheint ebenfalls, ob die Regelung auf eine in Frankreich ansässige Tochtergesellschaft angewendet wird, wenn der Konzern den Grenzwert erfüllt aber die Muttergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat.<sup>87</sup> Auch der (für die Berechnung der Grenzwerte massgebende) Begriff der «filiale» scheint nicht unbestritten.<sup>88</sup> Verschiedene Kommentatoren bedauern schliesslich den nur aufgrund der Zahl Angestellten bestimmten und sehr kleinen Anwendungsbereich.<sup>89</sup>

---

Droit social 2017, p. 806 ; J.-B. Tap, Le devoir de vigilance, un nouvel horizon, Revue de jurisprudence commerciale, 2018, p. 5 ss ; M.-A. Moreau, L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, Droit social 2017, p. 792.

<sup>80</sup> Z.B.: M.-A. Moreau, zit., p. 792 ; O. Boskovic, La Compétence des juridictions des pays source pour connaître des actions intentées à l'encontre des entreprises multinationales, Recueil Dalloz 2018, p. 732 (der die Klärung in Bezug auf den Gerichtsstand begrüsst) ; C. Hanoun, zit.

<sup>81</sup> Z.B. Queinnec & Feunteun, Revue Lamy droit des affaires n° 137 01.05.2018.

<sup>82</sup> Denis-Fâtome & Viney, D. 2017, p. 1610 ; Tap,

<sup>83</sup> Danis-Fâtome & Viney, D. 2017, p. 1610; A-S Epstein, La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, 07.2018, p. 4 ; B. Parance & E. Groulx, Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care, Journal du droit international n° 1, 2018, doctrine 2, N 21 ; É. Pataut, Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé, Droit social 2017, p. 833.

<sup>84</sup> Verordnung EG 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

<sup>85</sup> So z.B. É. Pataut, Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé, Droit social 2017, p. 833 (Anwendung als Loi de police oder Entwicklung einer speziellen Regel für CSR); L. Davout & S. Bollé, Droit du commerce international, D. 2017, 2054 (Qualifikation des Statuts als zu berücksichtigende allgemeine Verhaltensregel gemäss Art. 17 Rom II Verordnung); Parance & Groulx, Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care, Journal du droit international n° 1, 2018, doctrine 2, N 21 (loi de police) ; Epstein, p. 4 (Verweis auf internationale Verhaltensnormen).

<sup>86</sup> In zweiter Hinsicht L. d'Avout, D. 2017, 2054, zit.; C. Hanoun, zit., unter I. B.; s. auch Danis-Fâtome & Viney, zit., Dalloz 2017, p. 1610, mit Hinweisen (Fn 32); die Unsicherheit scheint insbesondere zur Frage zu bestehen, ob Sociétés par actions simplifiées betroffen sind.

<sup>87</sup> J-B Tap, zit., p. 8.

<sup>88</sup> C. Hanoun, zit., unter I.B.

<sup>89</sup> Schiller, zit., N 3; Danis-Fâtome & Viney, I.A; nach Epstein, zit., unter 1.A., sind nur ungefähr 150 Gesellschaften erfasst..

Nach mehreren Lehrmeinungen ist auch der **Gegenstand der Wachsamkeitspflicht** und insbesondere der Inhalt des Plans nicht genügend präzise definiert<sup>90</sup>. Unsicher sei beispielsweise, welche Massnahmen zur Verhinderung von grossen Verletzungen «geeignet» seien,<sup>91</sup> oder wie das Bestehen einer etablierten Geschäftsbeziehung zu beurteilen sei<sup>92</sup>. Immerhin entsprechen verschiedene Elemente denjenigen, die gemäss dem 2016 erlassenen Gesetz «Sapin II»<sup>93</sup> im Bereich der Korruptionsbekämpfung ebenfalls eine Wachsamkeitspflicht vorsieht.

In Bezug auf die **zivilrechtliche Haftung** wird verschiedentlich angemerkt, dass das Gesetz keine eigentliche haftpflichtrechtliche Neuerung beinhalte, da sich die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen richte.<sup>94</sup> Verschiedene Autoren führen auch aus, dass die Durchsetzung eines Haftpflichtanspruchs insbesondere aufgrund des zu erbringenden Kausalitätsbeweises in der Praxis schwierig sein dürfte.<sup>95</sup> Gerade deshalb wird in der Lehre verschiedentlich vertreten, dass die Rechtsprechung allenfalls eine Kausalitätsvermutung anwenden könnte bzw. sollte.<sup>96</sup> Wenn die Gerichte diesem Vorschlag nicht oder nur teilweise folgen, wird bei einer Verletzung der Wachsamkeitspflicht am ehesten eine Haftung für die «perte d'une chance» (Verlust der Möglichkeit, den Schaden nicht zu erleiden) und nicht eine Haftung für den vollen Schaden greifen.<sup>97</sup> Die «perte d'une chance» ist ein im französischen Recht bestehendes Konzept, welche eine Haftung auch bei unsicherem Kausalverlauf ermöglicht.

### 3. Kurzvergleich

Ein Vergleich der Haftungsregelung im schweizerischen Vorschlag mit dem französischen Recht ist insofern heikel, dass sich die beiden Haftungsordnungen in verschiedenen Grundkonzepten wesentlich unterscheiden. Zwar liegt ein wesentlicher Unterschied im hier untersuchten Zusammenhang in den Konzepten (Haftung für Pflichtverletzung in Frankreich und Geschäftsherrenhaftung für die Tochtergesellschaft mit Exkulpationsmöglichkeit in der Schweiz), doch dies lässt sich durchaus auch angesichts der konzeptionellen Verschiedenartigkeit erklären. Im französischen Recht würde eine «responsabilité du fait d'autrui» keine Exkulpation zulassen, so dass ein entsprechendes Haftungskonzept als zu weit gehend verworfen wurde. Zugleich wird die Haftung für Pflichtverletzung wohl deshalb effektiv, weil das Haftpflichtrecht mit dem (von der schweizerischen Rechtsprechung nicht angewandten) Konzept der «perte d'une chance» operiert.<sup>98</sup> So liesse sich der französische Ansatz nicht ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen, da der Schadensbegriff in der Schweiz um einiges strikter verstanden wird. Beiden Regelungen ist gemeinsam, dass die Muttergesellschaft nicht haftet, wenn sie ihre Sorgfaltspflicht erfüllt.

<sup>90</sup> C. Hanoun, zit., I.B; zum letzteren Punkt: Schiller, zit., N 7; s. für eine eingehende Diskussion: M.-C. Caillet, Du devoir de vigilance aux plans de vigilance; quelle mise en oeuvre? Droit social 2017, S. 819.

<sup>91</sup> Schiller, zit., N 7.

<sup>92</sup> Queinnec & Feunteun, zit., unter III. A. und Danis-Fâtome & Viney, I.A.; s. aber Schiller, zit., N 6.

<sup>93</sup> Loi 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique vom 9.12.2016.

<sup>94</sup> So z.B. Ascencio, Les Principes directeurs rattrapés par le droit? zit., S. 86 f., mit Hinweisen auf den Conseil constitutionnel; d'Avout, zit., sieht im Haftungsrisiko allerdings durchaus ein Mechanismus, der die Effektivität der Wachsamkeitspflicht garantiere.

<sup>95</sup> S. Schiller, zit., N 18; Ascencio, zit., S. 87; Danis-Fâtome & Viney, zit., I. C.; J.-B. Tap, zit., S. 15.

<sup>96</sup> Danis-Fâtome & Viney, zit., I. C.; Hanoun, zit., II. A. 2.

<sup>97</sup> J.-B. Tap, zit., S. 15; D'Avout, zit.; Hanoun, zit., II. A. 3.

<sup>98</sup> S. zur Position in der Schweiz und in anderen Rechtsordnungen: C. Müller, Perte d'une chance – Revisited, in: S. Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018.

In einem Punkt ist der schweizerische Vorschlag im Vergleich mit dem französischen Gesetz um einiges klarer: der Vorschlag enthält Bestimmungen zum internationalen Privatrecht, so dass im internationalen Umfeld nicht dieselben Unsicherheiten bestehen würden.

Zudem sei erwähnt, dass eine allgemeine Haftung im Konzernverhältnis im Rahmen der aktuellen Revision des Haftpflichtrechts in Frankreich diskutiert wird.

## B. Die Rechtsprechung im Common Law von Kanada

There is relatively **little Canadian case law** that addresses the liability of a Canadian parent company for human rights violations of one of its foreign subsidiaries. Our research revealed no case law actually holding such a parent company liable – either directly or vicariously – or denying the possibility of such liability. That said, some relatively recent cases have at least indicated that such liability might be possible.

### 1. Hudbay Minerals Litigation

The traditional posture of Canadian courts was to decline to exercise jurisdiction to hear cases against Canadian parent companies for liability arising out of acts of a foreign subsidiary on *forum non conveniens* grounds. In 2013, however, in *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*<sup>99</sup>, the Ontario Superior Court of Justice broke from that tradition, addressed the substantive questions directly and, for the first time in Canada, allowed for the possibility of direct liability for the parent, ruling that the case could proceed.<sup>100</sup> This was, however, a ruling on a motion to strike. Such a motion asks the Court before the actual trial to determine that the other party cannot prevail even if all facts that the other party alleges to be true. The considerations of the court therefore **do not determine the outcome of the case on the merits**.

Three cases filed were filed against *Hudbay Minerals*, the Ontario parent company, for human rights abuses in Guatemala in connection with the security personnel of a mine owned by one of its subsidiaries. The defendant moved to dismiss the claims on the grounds that “the actions disclose[d] no reasonable cause of action in negligence.”<sup>101</sup> The Ontario court held that the plaintiffs had stated an actionable claim and denied the motion on the following grounds:

1. It was not plain and obvious that the claims of the plaintiffs, members of indigenous Mayan Q’eqchi from Guatemala, would fail.
2. The fact that the parent “voluntarily retained considerable direct responsibility and control over key aspects of on-the-ground operations including security policies and personnel.”
3. The parent “continually acknowledged direct responsibility for security practices” including a commitment to adhere to Guatemalan and international law and to the *Voluntary Principles on Security and Human Rights*, as well as to extensive training of security personnel on the mine site.
4. The parent created a high risk of violence by retaining undertrained and inadequately supervised security personnel, equipped with unlicensed and illegal weapons and without authorization from the Guatemalan state.
5. The parent was, itself, **directly negligent** in failing to prevent the harms committed by the security personnel.
6. The test of whether a **novel a duty of care** of the parent to the plaintiffs could be established required proof that:
  - a. The harm complained of be a **reasonably foreseeable consequence** of the alleged breach<sup>102</sup>

<sup>99</sup> *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414.

<sup>100</sup> MARDIROSSIAN, Nora, *Direct Parental Negligence Liability: An Expanding Means to Hold Parent Companies Accountable for the Human Rights Impacts of Their Foreign Subsidiaries* (May 7, 2015), p. 20. Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2607592> (20.08.2018).

<sup>101</sup> *Id. Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414.

<sup>102</sup> The court found that this requirement was met because it is “reasonably foreseeable that requesting the forced eviction of a community using hundreds of security personnel . . . could lead to security

- b. There is **sufficient proximity** between the parties that it would not be unjust or unfair to impose a duty of care on the defendants<sup>103</sup> and
- c. There is **no policy reason that runs *contra*** to that duty.

As indicated above, this was, however, a ruling on a motion to strike, and, although the court refused to dismiss the direct negligence claim on that motion, the merits of the case have not yet been heard by a trial court. Moreover, the case may settle before it is even brought before the trial court. Nonetheless, a door has been opened to this line of argument.

## 2. Recent Indirectly Relevant Cases

Two cases, decided in 2017, merit a brief discussion, even though both are more focused on the *forum non conveniens* analysis and, again, **neither offers a determination of the merits** of the case.

***Garcia v. Tahoe Resources Inc.***<sup>104</sup> also arose from actions of private security personnel employed at a Canadian-owned mine in Guatemala. Members of the security force shot and injured protesters outside the mine. The plaintiffs brought suit against the British Columbia parent company for (1) direct liability for battery, (2) vicarious liability for battery and (3) negligence, claiming that the parent company was directly responsible for the conduct of the security forces. The British Columbia Superior Court initially declined to hear the case on ***forum non conveniens*** grounds<sup>105</sup> and the plaintiffs appealed. The British Columbia Court of Appeal remarked that although it was “far from clear” whether claim against the parent for “**negligence or for vicarious liability by piercing the corporate veil**” could succeed in a Canadian court<sup>106</sup>, the lower court judge did not adequately weigh 3 factors in determining which was the more appropriate forum. 1) limited discovery available in Guatemala, 2) uncertainty concerning whether the limitation period would bar the suit and 3) the “real risk that the appellants will not obtain justice in Guatemala given the context of the dispute and the evidence of endemic corruption in the Guatemalan judiciary.”<sup>107</sup> This case, as well, represents a decision handed down during motion practice, in a particular fact situation, that does not address the substantive liability issues.

***Araya v. Nevsun Resources Ltd.***<sup>108</sup>, although, once again, a decision on a **motion to dismiss**, alludes to a slightly different theory of parent company liability. In yet another suit against the Canadian, parent of a mining company, in this case in Eritrea, plaintiffs claim that they were forced to work at the mine by the Eritrean state and military, acting pursuant to construction agreements with Nevsun and its Eritrean subsidiary. In a series of preliminary applications, Nevsun argued that the plaintiffs’ claims

---

personnel using violence, including raping the plaintiffs” and “it would have been reasonably foreseeable to Hudbay . . . that authorizing the use of force in response to peaceful opposition from the local community could lead to the security personnel committing violent acts.” *Hudbay, op cit.*, at par. 63-65.

<sup>103</sup> Based on the expectations, representations, reliance, and property or other interests involved, the relationship between Hudbay and the plaintiffs was sufficiently close and it would be just and fair to impose a duty of care on Hudbay. (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, par. 70). In particular, Hudbay “made public representations concerning its relationship with local communities and its commitment to respecting human rights, which would have led to expectations on the part of the plaintiffs.” (*Id.* at par. 69).

<sup>104</sup> 2017 BCCA 39.

<sup>105</sup> 2015 BCSC 2045

<sup>106</sup> 2017 BCCA 39 at par. 41.

<sup>107</sup> *Id.* par. 127.

<sup>108</sup> 2017 BCCA 401.

should not proceed because of a variety of reasons.<sup>109</sup> Unlike in *Hudbay* and in *Tahoe*, the plaintiffs' claims were based, not on Canadian tort law, but on alleged **breaches of Customary International Law** ("CIL"). The considerations of the court may well indicate a trend towards extending potential liability.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> 1) Eritrea is the more appropriate forum; 2) the plaintiffs' claims are barred by the act of state doctrine; 3) breaches of customary international law are not justiciable; and 4) the case is not appropriate for a representative proceeding; The Chambers judge rejected the first three applications, but agreed with Nevsun on the fourth. The British Columbia Court of Appeals rejected Nevsun's argument that the CIL claims should have been dismissed because no such claim had ever been recognized in a Canadian court.

<sup>110</sup> 2017 BCCA 401 par. 196-7: "There is no doubt that in pursuing claims under CIL, the plaintiffs face significant legal obstacles, including states' legitimate concerns about comity and equality and the role of the judiciary as opposed to that of the legislature. It is not necessarily the case, however, that the recognition of a CIL norm against torture as the basis for some type of private law remedy in this instance would bring the entire system of international law crashing down. As I have emphasized, no state is a party to this proceeding; Eritrea is fully protected by state immunity; and the prohibition against torture is, as the majority stated in *Kazemi*, "universally accepted." If, as the Court suggested, the development of the law in this area should be gradual, it may be that an incremental first step would be appropriate in this instance.

[...] At the end of the day, I do not believe it can be said the plaintiffs' claims are "bound to fail". We have seen that international law is "in flux" and that transnational law, which regulates "actions or events that transcend national frontiers" is developing, especially in connection with human rights violations that are not effectively addressed by traditional "international mechanisms". Other jurisdictions have been willing to hold corporate actors accountable for violations of *jus cogens*; and over time, the doctrine of act of state has been limited by public policy considerations said to be part of domestic law. Reasonable persons and reasonable experts in international law would seem to hold different views on the effect of the Convention Against Torture on states' domestic laws, and expert opinion evidence would obviously be helpful on the point. In all the circumstances, I am not persuaded the chambers judge erred in ruling that this action, including the claims based on CIL, should proceed in British Columbia as pleaded." *internal citations omitted*.

## C. Die Entwicklungen im englischen Recht

### 1. Recent Case Law on Parent Company Liability for their Subsidiaries

The English law doctrine of separate legal personality has long meant that a UK-domiciled parent company will not be held liable for the tortious acts or omissions of its subsidiary – whether based at home or abroad. However, the 1990 case of *Caparo Industries plc v Dickman*,<sup>111</sup> which set out the **classic** three-part test for establishing a duty of care<sup>112</sup> was relied on in the 2012 case of *Chandler v Cape*<sup>113</sup> to find that in appropriate circumstances, the law may impose on a parent company **responsibility for the health and safety of its subsidiary's employees**. This, the court stressed, was not because the parent company in some way assumed the liability of its subsidiary, but, in accordance with established tort-law principles, the parent company owed a **direct duty of care** instead of (or in addition to) the local subsidiary.<sup>114</sup>

Since 2017, three Court of Appeal cases dealing with jurisdictional issues have reiterated that a parent company may owe a duty of care to those directly affected by its subsidiary. One of these recently reached the Supreme Court, the UK's highest court. Such a duty of care has been acknowledged in these cases as potentially extending to third parties beyond the employees of the subsidiary. However, in showing an arguable case that the three-part test for establishing a duty of care may be satisfied, a claimant would need to demonstrate **particular circumstances which indicate a sufficient level of involvement by the parent company** in the operations of the subsidiary which give rise to the claim.

In April 2019, the Supreme Court upheld the earlier decision of the Court of Appeal in *Lungowe and others v. Vedanta and KCM* ("*Vedanta*"),<sup>115</sup> that 1,826 Zambian villagers could bring a claim in the English courts against UK-based Vedanta Resources plc and its Zambian subsidiary Konkola Copper Mines plc. In the case of *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell plc and another* ("*Okpabi*") in February 2018,<sup>116</sup> the majority of the Court of Appeal found in favour of English-incorporated Royal Dutch Shell plc and its Nigerian operating subsidiary, Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd, refusing residents of the Niger Delta region the ability to bring a claim in the UK against Royal Dutch Shell in relation to oil leaks from pipelines operated by a joint venture owned in part by Shell Petroleum Development Company. In July 2018, in the case of *AAA and others v. Unilever plc and Tea Kenya Limited* ("*Unilever*"),<sup>117</sup> the Court of Appeal similarly rejected claims by residents, employees and former employees of Kenya-based Unilever Tea Kenya Limited that its UK-domiciled parent company,

<sup>111</sup> *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 Law Reports Appeal Cases 605.

<sup>112</sup> Namely that the damage should be foreseeable, "*that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of "proximity" or "neighbourhood" and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other.*" *Ibid*, per Lord Bridge, p. 618.

<sup>113</sup> *David Brian Chandler v Cape plc* [2012] England and Wales Court of Appeal Civil Division 525.

<sup>114</sup> Such principles for determining that a duty of care exists were confirmed in the case of *Caparo Industries plc v Dickman*, *op. cit.*, namely that the damage should be foreseeable, "*that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of "proximity" or "neighbourhood" and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other.*" Per Lord Bridge, p. 618.

<sup>115</sup> *Lungowe and others v. Vedanta and KCM* [2017] England and Wales Court of Appeal Civil Division 1528.

<sup>116</sup> *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell plc and another* [2018] England and Wales Court of Appeal Civil Division 191.

<sup>117</sup> *AAA and others v. Unilever plc and Tea Kenya Limited* [2018] England and Wales Court of Appeal Civil Division 1532.

Unilever plc, owed them a duty of care to take adequate steps to protect them from violence following the 2007 Kenyan presidential election.

In the *Vedanta* case,<sup>118</sup> the parent company argued that it neither owned the mine licence nor controlled the “material operation” of the mine. However, the Court of Appeal ruled that the claimants’ case **that a duty of care existed was arguable** on the basis that Vedanta had taken various steps indicative of a certain level of control of the mine. These included publishing a sustainability report emphasising how the Board to the parent company had oversight of its subsidiaries, the provision of health, safety and environmental training across its group companies, financial support to the subsidiary and the entering into of a management and shareholders agreement under which it was obligated to provide various services to the subsidiary, including employee training. The Supreme Court has subsequently allowed the claimants to pursue their case before the English courts. In doing so, it rejected Vedanta’s suggestion that the claimants’ arguments about parent company liability represented a novel category of common law negligence liability. Instead, it confirmed that a parent company might incur a duty of care to third parties harmed by the activities of its subsidiary if ordinary, general principles of the law of tort concerning the duty of care are satisfied in a particular case.

It should nevertheless be noted that this does not represent a trial on the substantive issues, and the High Court, which will now hear the case, may still find that *Vedanta* did not owe a duty of care to the claimants.

In the *Okpabi* case on the other hand, a majority of the Court of Appeal held that none of the above factors present in the *Vedanta* case were present here and that the **evidence was insufficient to establish a good arguable case of a duty of care** against the parent company, Royal Dutch Shell. In particular, it was of significance that Royal Dutch Shell did not own shares in the subsidiary and was not a member of the joint venture that held the pipeline. It found that the claimants had failed to demonstrate the necessary degree of proximity between themselves and Royal Dutch Shell and that it would not be fair, just and reasonable to impose a duty of care on Royal Dutch Shell.

In the *Unilever* case, the Court of Appeal found that the claimants were, “nowhere near”<sup>119</sup> to showing that Unilever owed the claimants a duty of care. In its decision, the Court of Appeal reiterated principles from recent cases **establishing when a duty of care may be imposed on a UK parent company**:

- (i) where the UK parent has in substance **taken over the management of the relevant activity of the subsidiary** in place of or jointly with the subsidiary’s own management; or
- (ii) where the **parent has given relevant advice to the subsidiary** about how it should manage a particular risk.

Reference was made to commentary from the *Okpabi* case to illustrate how the second type of case might be contrasted with that of the first:

“One can imagine....circumstances where the necessary proximity could be established, even absent the kind of specific facts that existed in *Vedanta* ....Such a case might include the situation, for example, where a parent required its subsidiaries or franchisees to manufacture or fabricate a product in a particular way, and

---

<sup>118</sup> Known in the Supreme Court as *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)* [2019] UK Supreme Court 20, available at <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf> (23.07.2019).

<sup>119</sup> *Ibid*, para. 40, per Lord Justice Sales.

actively enforced that requirement, which turned out to be harmful to health. One might suggest a food product that injured many, but was created according to a prescriptive recipe provided by the parent.”<sup>120</sup>

On the facts, the Court of Appeal found that neither the first nor the second category applied because Unilever was not involved in the management of the subsidiary and nor did the subsidiary receive advice from Unilever on how to manage political risk.

Significantly, one of the Supreme Court judges in the *Vedanta* case went further, expressing reluctance to categorise parent company liability in the way discussed in the *Unilever* case. Lord Briggs stated that, in his view, “*there is no limit to the models of management and control which may be put in place within a multinational group of companies.*”<sup>121</sup> Moreover, he rejected the argument that there was any general limiting principle that a parent company could never incur a duty of care simply by issuing group-wide policies and guidelines and expecting the subsidiary to comply.<sup>122</sup> Although this is likely to lead to more uncertainty as to the types of case in which a parent company might incur a duty of care, it permits flexibility and indicates that the existence of any duty of care is likely to be a question of fact in each case.

It now remains to be seen whether, in light of the *Vedanta* ruling, the other Court of Appeal cases will also be pursued before the Supreme Court.

## 2. Recent Statutory Law

The law surrounding parent company liability for the actions of subsidiaries continues to be developed by court decisions applying principles of tort law, and remains largely untouched by legislation. Nevertheless, there have been some recent statutory amendments which directly or indirectly impact on corporate liability. These are referred to below for the sake of completeness.

The *Criminal Finances Act 2017*<sup>123</sup> creates potential new corporate liability for human rights abuses by **expanding civil asset forfeiture tools** available to UK prosecutors to **seize and recover assets** held by companies that knowingly benefit from, or assist, gross human rights abuses taking place outside the UK. The Act modifies the definition of ‘unlawful conduct’ contained in the *Proceeds of Crime Act 2002* to include conduct that is connected with the commission of a gross human rights abuse or violation.<sup>124</sup>

Significantly, it provides that conduct that “is connected with a gross abuse of human rights” includes, among other things, “profiting from” or “materially assisting” such activities. This could include, for example, companies which provide goods, services or any financial or technological support. With an apparent strict liability standard, companies may be liable even where they have unknowingly benefitted from or assisted in the violations of third parties’ human rights violations.

A further development with potential relevance to corporate liability concerns the duties of directors to report on company activities. **Reporting requirements of companies** were recently extended under

<sup>120</sup> *Ibid*, para. 37, per Lord Justice Sales, referring to *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell plc and another*, *op. cit.*, per Sir Geoffrey Vos C at 196.

<sup>121</sup> *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, *op. cit.*, per Lord Briggs at para. 51.

<sup>122</sup> *Ibid*, para. 52.

<sup>123</sup> *Criminal Finances Act 2017*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/contents/enacted> (29.08.2018), section 13, amending section 241 of the *Proceeds of Crime Act 2002*.

<sup>124</sup> *Ibid*, sections 13(2) and (3). In particular, conduct must occur outside the UK, it must constitute or be connected with a gross human rights abuse or violation and would constitute a crime if it occurred in the UK.

*The Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018*.<sup>125</sup> The new requirements apply to a qualifying company reporting on financial years starting on or after 1<sup>st</sup> January 2019. The Regulations introduce a new requirement on directors of large companies to include in their annual strategic report,<sup>126</sup> a “**section 172(1) statement**” describing how directors have had regard to the matters set out in section 172(1)(a) to (f) of the *Companies Act 2006*.<sup>127</sup> Section 172(1) sets out the duty of a director to promote the success of the company, and in doing so, to have regard to, among others, the interests of the company’s employees and the **impact of the company’s operations on the community and the environment**. Although parent companies may prepare a group strategic report on behalf of all undertakings in the group, the obligation to prepare a section 172(1) statement applies to qualifying subsidiaries, who must separately meet the new reporting requirements.

It may also be noted that section 414CA of the *Companies Act 2006*, inserted by 2016 legislation,<sup>128</sup> requires the strategic report of **traded and certain other companies**<sup>129</sup> to include a **non-financial information statement** containing information relating to the impact of the company’s activity with regard to **environmental matters, employees, social matters, respect for human rights and anti-corruption and anti-bribery matters**.<sup>130</sup> As referred to above, companies have the possibility to make a report on behalf of the group, in which case, the non-financial information statement must be set out in a consolidated statement relating to the undertakings included in the consolidation.<sup>131</sup> Failure to publish a strategic report, or the signing off by directors of a report that does not comply with the requirements of the Act is principally a matter of criminal law, and will amount to a criminal offence.<sup>132</sup>

More generally, the *Sixth Report of the House of Lords and House of Commons Joint Committee on Human Rights (Human Rights and Business 2017: Promoting responsibility and ensuring accountability)* recommended that “the Government should bring forward **legislation to impose a duty on all companies to prevent human rights abuses** (...).”<sup>133</sup> However, in its response, the Government stated that it had “no immediate plans to legislate further in this area.”<sup>134</sup>

<sup>125</sup> *The Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2018/860/contents/made> (29.08.2018).

<sup>126</sup> Section 414A of the *Companies Act 2006* requires the directors of a company to prepare a strategic report for each financial year of the company. Where the company is a parent company and the directors prepare group accounts, the strategic report must be a consolidated report relating to the undertakings included in the consolidation.

<sup>127</sup> *Companies Act 2006*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (30.08.2018).

<sup>128</sup> *The Companies, Partnerships and Groups (Accounts and Reports) Regulations 2016* (Statutory Instrument 2016/1245), available at <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2016/1245/contents/made> (30.08.2018).

<sup>129</sup> Section 414CA of the *Companies Act 2006*, states that the obligation to include a non-financial statement relates to a traded company, a banking company, an authorised insurance company or a company carrying on insurance market activity.

<sup>130</sup> *Companies Act 2006*, section 414CA.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*, sections 414CA and 414C.

<sup>133</sup> Sixth Report of the House of Lords and House of Commons Joint Committee on Human Rights, Human Rights and Business 2017: Promoting responsibility and ensuring accountability, 05.04.2017, available at <https://publications.parliament.uk/pa/jt201617/jtselect/jtrights/443/443.pdf>, N 193, emphasis added.

<sup>134</sup> Government Response to the Committee’s Sixth Report of Session 2016–17, 12.01.2018, available at <https://publications.parliament.uk/pa/jt201719/jtselect/jtrights/686/686.pdf>, p. 15.

### 3. The Possibility of Vicarious Liability of Parent Companies

Vicarious liability under English law is a principle of English tort law and is generally understood as concerning the liability of a legal or natural person for the torts of a natural person. It normally refers to the strict liability imposed on employers for the wrongdoings of employees, but has also been known to apply in the context of partnerships and in 'principal' and 'agent' relationships.

The liability of a parent company for the activities of its subsidiaries has not been characterised by the English courts as vicarious liability, but rather, as one based on an independent duty of care owed directly by the parent company to the victim.<sup>135</sup> That a company may be vicariously liable for another legal person is something which has been discussed in academic circles,<sup>136</sup> but has not, to date, been given any specific recognition in legislation or by the judiciary.

The closest it may be said that a court has come to acknowledging the vicarious liability of a legal person towards another legal person featured in the seminal 1990 case of *Adams v Cape*. Here, counsel put forward an argument that the capacity (or potential capacity) of a subsidiary to render the parent company vicariously liable meant that the parent company could be held to have jurisdictional presence. Although the court did not agree with regard to it being a basis for a finding of jurisdiction, it did acknowledge, "*the existence of such potential liability.*"<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> See, in particular, *Chandler v Cape*, *op. cit.*, and section 1 of this country report, above.

<sup>136</sup> Such as in Phillip Morgan, 'Vicarious liability for group companies: the final frontier of vicarious liability?' (2015) 31(4) *Journal of Professional Negligence* 276 at 288-9.

<sup>137</sup> *Adams v Cape Industries plc* [1990] 2 *Weekly Law Reports* 657.

## D. Entwicklungen in Schweden

In Sweden, the Tort Liability Act (Skadeståndslagen (1972:207) SkL) is the substantive legal basis for liability claims. It specifies different types of liability, including vicarious liability, which would be the most relevant in the context of corporate accountability.<sup>138</sup> The main principle in the Tort Liability Act is the so-called “culpa rule” (“culpapregeln”), which is the general fault-based liability rule. Culpa is a term covering both intent and negligence.<sup>139</sup>

There is **no statutory law in Sweden addressing specifically the liability of a parent company for the tortious acts or omissions by its subsidiary based either at home or abroad**. However, there are different liability theories that may apply in such situation. These have been identified and discussed in the legal literature and will be presented in the following.

The **legal literature** (which essentially is limited to only two commentators) has identified three main liability theories that may potentially allow holding a parent company accountable for the acts of its subsidiary.<sup>140</sup> These are 1) the theory of principal/vicarious liability, included in the Swedish Tort Liability Act, 2) the theory of operator liability in Swedish environmental law, and 3) one or several theories of ‘veil piercing’ associated with Swedish company law.<sup>141</sup>

### 1. Vicarious liability

**Principal or vicarious liability** (*principalansvar*) is regulated in Chapter 3 section 1 SkL. The liability of the employer does not depend on the employers’ implication in the employee’s tortious act. The interpretation of “employee” is wide and does not require a formal contractual relationship. A person is considered as “employee” if he or she is conducts work for another person under conditions that are similar to those in a regular employment relationship – even if no remuneration is provided.<sup>142</sup> It should be mentioned that company organs also account for anonymous acts (acts committed by an identified group, such as the management of a hospital) and for omissions of several staff (accumulated acts) if the individual acts are not sufficient serious to amount to liability.<sup>143</sup>

The **managing director** has a supervisory duty. He or she will primarily be liable for damages caused by the behavior of an employee, whereas the board of directors can be held liable only in extreme circumstances.<sup>144</sup> **Case law recognizes the existence of *de facto* ‘shadow directors’**. This means that a parent company’s Chief Executive Officer that overrules decisions taken by the organs of the subsidiary can be considered as “chief executive officer” of the subsidiary and therefore liability will fall on the subsidiary.<sup>145</sup>

<sup>138</sup> J. Hellner and M. Radetzki, *Skadeståndsrätten. En introduktion*, 3rd ed., Stockholm: Nordstedts Juridik AB 2007. See also R. Klocker Larsen, Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB? (2014, 83(4)), *Nordic Journal of International Law*, 404 *et seq.*, 423.

<sup>139</sup> J. Hellner & M. Radetzki, *op. cit.*, p. 33.

<sup>140</sup> J. Ebbesson, Ansvar i Sverige för miljökadlig verksamhet utomlands, (2006-07) *Juridisk Tidskrift* p. 279 *et seq.*, p. 303 and R. Klocker Larsen, Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB? (2014, 83(4)), *Nordic Journal of International Law*, p. 404, 425.

<sup>141</sup> R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 425.

<sup>142</sup> Tort Liability Act Chapter 6 section 5. See also J. Hellner & M. Radetzki, *op. cit.*, p. 46; J. Hellner & M. Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 10th ed., Stockholm 2018, 152.

<sup>143</sup> J. Hellner & M. Radetzki, *op. cit.*, p. 47.

<sup>144</sup> R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 425.

<sup>145</sup> See R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 425 and sources there cited.

Principal/vicarious liability laid down in Chapter 3 section 1 SkL cannot be applied for any damages caused by an employee of a parent company holding a mandate in a subsidiary company's board of directors in the exercise of that mandate. The reason for this is that he or she is formally involved in the subsidiary, which is a different legal entity than the parent company.<sup>146</sup>

## 2. Operator liability in Swedish environmental law

As regards liability for environmental damages, Swedish laws recognizes the **principle of operator liability (*verksamhetsutövaransvar*)**.<sup>147</sup> According to this principle, the operator is the person or legal entity that legally as well as *de facto* has exerted a decisive influence on the activity in question.<sup>148</sup>

The principle of operator liability, also recognized in EU environmental law, provides a **theory of liability that goes beyond the context of company law**.<sup>149</sup> In the *travaux préparatoires* to the Environmental Code, it has been discussed how the theory of operator liability can complement veil piercing principles and in that regard how it can be further developed without undermining company law principles so that it can include actors with vested interests who knowingly permit the activities.<sup>150</sup>

In a case decided by the Environmental Supreme Court<sup>151</sup>, a **parent company was held jointly liable with its subsidiary for the environmental clean-up of toxic waste**. The Court relied on several principles in determining the liability of the parent company, including that the subsidiary was wholly owned by the parent and that the subsidiary had only been able to continue operations, despite annual deficit over a longer period, because of the financial support from the parent. This is seen to suggest that the parent company had both complete legal control over the subsidiary and had a decisive influence in letting the subsidiary continue its operations.<sup>152</sup>

To our knowledge, there are **no cases where a court has applied the theory of operator liability (*ansvarsgenombrott*) in a cross-border situation**, i.e. a situation where a Swedish parent company is accountable for its foreign subsidiary's activities. However, the rules on operator liability might be applied similarly, regardless of the existence of a cross border element.<sup>153</sup>

The only case in Swedish courts, at least to our knowledge, wherein a plaintiff sought to hold a **Swedish company responsible for environmental damages abroad is the so-called *Arica case*** that was recently decided by the County Court of Skellefteå (first instance).<sup>154</sup> Although the court finally decided to apply Chilean law to the case, it still merits some commentary. The case involved a liability claim against a Swedish company (Boliden) that in the 1980th had sold 20,000 tons of highly toxic mining waste to a Chilean company. The Chilean company had then dumped the waste close to a Chilean village causing health problems for the people living in the area. The plaintiffs argued that Boliden had acted negligently stating that it had a duty of care directly to the victims despite the fact that an independent Chilean contractor undertook the depositing of the waste. The Court, applying Chilean law, did not hold Boliden liable *inter alia* by stating that for several of the victims the causal link between the dumping of the toxic waste and their health problems could not be established. For the victims where

<sup>146</sup> R. Dotevall, Liability of Members of the Board of Directors and the Managing Director – A Scandinavian Perspective, 2003 Vol 37 no 1 The International Lawyer p. 7 *et seq.* p. 18.

<sup>147</sup> The Swedish Environmental Code (*Miljöbalken (1998:808)*) Chapter 10 section 2.

<sup>148</sup> J. Ebbesson, *op. cit.* p. 303.

<sup>149</sup> J. Ebbesson, *op. cit.* p. 304.

<sup>150</sup> See R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 429 and sources there cited.

<sup>151</sup> Svea Hovrätt Mål nr. M 11429-12.

<sup>152</sup> Case commented in See R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 429.

<sup>153</sup> J. Ebbesson, *op. cit.* p. 307.

<sup>154</sup> Mål nr T 1012-13 (*Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB*).

a causal link was established, the court held that Boliden could not foresee the damages given that the areas where the victims lived were not populated at the time of the transfer of the waste. The plaintiff has appealed the case, which is now pending at the Appeal Court.

### 3. Veil piercing theories

There are different views in the doctrine on whether one or several **veil piercing** theories (*ansvarsgenombrott*) exist in Swedish case law.<sup>155</sup> The cases that are generally considered to include examples of veil piercing have concerned shareholders that have been held responsible for corporate **debts of a subsidiary**.<sup>156</sup> The doctrine has identified the following preconditions for veil piercing from the case law: 1) lack of independence of the subsidiary from the parent company, 2) the subsidiary was undercapitalised, 3) some additional implicating factor, such as purposefully seeking to circumvent liability.<sup>157</sup>

The principle of *ansvarsgenombrott* has been applied in a case concerning **environmental damages**. In the Supreme Court Case NJA 1947 s. 647, concerning flooding caused by the construction of a dam, a downstream landowner sued the limited liability company responsible for the flooding. The company, however, lacked capital and was declared bankrupt. The Supreme Court found that the shareholders were liable. A main reason for this finding was that the limited liability company managing the dam was not seen to carry out independent activity but was established and controlled by its owners solely for the dam construction project. The case established that **under certain conditions the person or organization maintaining the control financially and *de facto* can be held liable regardless of corporation structure**. This has also been confirmed in more recent cases.<sup>158</sup>

We are not aware of any cases involving a foreign subsidiary where the theory of veil piercing (*ansvarsgenombrott*) has been applied.

---

<sup>155</sup> R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 427.

<sup>156</sup> The Companies Act (*Aktibolagslagen (2005:551)*) Chapter 25 sections 18-19. See also R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 427.

<sup>157</sup> See R. Klocker Larsen, *op. cit.*, p. 427 and sources there cited.

<sup>158</sup> J. Ebbesson, *op. cit.* p. 305 and cases there cited.

## E. Neuere Entwicklungen in Deutschland

### 1. Die Debatte zur deliktsrechtlichen Verantwortung der Muttergesellschaft

In letzter Zeit wurde in Deutschland verstärkt über die Haftung von Konzernmuttergesellschaften für rechtswidrige Taten ihrer Tochtergesellschaften diskutiert. Einer der Gründe hierfür war vor allem eine Klage vor dem Landgericht Dortmund, in welcher dem Textilunternehmen KiK vorgeworfen wird, für einen Brand in einer pakistanischen Fabrik mitverantwortlich zu sein, in dem 259 Menschen ums Leben gekommen sind.<sup>159</sup> Die Fabrik wurde nicht von einem Tochterunternehmen, sondern von einem Zulieferer von KiK betrieben, der mit der Firma gesellschaftsrechtlich nicht verbunden war. Somit warf dies die Frage auf, ob auch in diesem Fall eine Haftung von KiK besteht.<sup>160</sup>

Ein weiterer Grund für die Debatte resultiert aus dem Europarecht, da der EuGH des öfteren klargemacht hat, dass er eine « funktionelle Sicht auf Unternehmensgruppen oft für zweckdienlicher erachte als einen streng an der juristischen Person ausgerichteten Ansatz ». Beispiele aus dem europäischen Kartellrecht und der Datenschutzgrundverordnung zeigen, dass des Öfteren Bussgelder nicht nur gegen Tochterunternehmen, sondern auch gegen Muttergesellschaften verhängt werden. In diesem Fall stellt sich natürlich neben der Bussgeldhaftung auch die Frage nach einer zivilrechtlichen Haftung auf Schadensersatz.<sup>161</sup>

In Deutschland ist das Kapitalgesellschaftsrecht vom **Trennungsprinzip** geprägt. Dieses bewirkt die wirtschaftliche Eigenständigkeit einzelner Unternehmen und gilt auch innerhalb desselben Konzerns. Es zwingt somit zu einer streng formalen Betrachtung und stellt nicht auf die faktische Eigenständigkeit oder die eigentliche Vermögenszuordnung ab.<sup>162</sup> Wirkung entfaltet dieses Trennungsprinzip vor allem im Verhältnis zu Dritten. Sollte die Tochtergesellschaft als eigentliche deliktische Schuldnerin nicht ihrer Zahlungspflicht nachkommen, so hat ein Gläubiger ein Interesse daran, dieses Trennungsprinzip zu überwinden und gegen einen eigentlichen Nicht-Schuldner in Form der Muttergesellschaft vorzugehen.<sup>163</sup>

Grundsätzlich finden sich die Haftungstatbestände des deutschen Deliktsrechtes in den **§§ 823ff. BGB**, die durch verschiedenste deliktische Haftungstatbestände in einschlägigen **Sondergesetzen** ergänzt werden. Für die Begründung einer Haftung der Muttergesellschaften aus dem deutschen Deliktsrecht sind jedoch mehrere Kategorien zu unterscheiden:

#### 1.1. Täterschaft oder Teilnahme der Muttergesellschaft

Eine Haftung der Muttergesellschaft kann sich zunächst aus ihrer eigenen Täterschaft oder Teilnahme ergeben. In diesem Fall begründet sie eine eigene Verbindlichkeit aufgrund **eigenen Fehlverhaltens**. Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip muss hier also gar nicht überwunden werden. Diese Haftungskategorie gilt sowohl für den Fall in dem die Muttergesellschaft alle Tatbestandsmerkmale der deliktischen Haftungsnorm selbst erfüllt als auch für den Fall, dass ihr die Erfüllung mancher oder aller Tatbestandsmerkmale durch die Tochtergesellschaft **zugerechnet** wird. Als Rechtsfolge wird dann derjenige, der die Voraussetzungen einer Zurechnungsnorm erfüllt, so behandelt wie wenn er selbst den Deliktstatbestand erfüllt hätte.<sup>164</sup>

<sup>159</sup> LG Dortmund – 7 O 95/15.

<sup>160</sup> M.-P. Weller & C. Thomale, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, S. 509ff., S. 512.

<sup>161</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 612f.

<sup>162</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 614.

<sup>163</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 615.

<sup>164</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 628.

### **aa) Eigene Verwirklichung**

Eine Verantwortlichkeit aufgrund eigener Verwirklichung ergibt sich unproblematisch, wenn die Konzernmutter **selbst oder ihre berufenen Vertreter** i. S. v. § 31 BGB die Voraussetzungen einer deliktischen Haftungsnorm erfüllt haben. Eine Zurechnung ist dann nicht nötig. Die deliktische Haftung wegen eigener Verwirklichung setzt jedoch grundsätzlich voraus, dass die Muttergesellschaft auch Haftungsadressatin der jeweiligen Norm ist.<sup>165</sup>

Dies bereitet im Rahmen des allgemeinen Deliktsrechts weniger Probleme, als vielmehr in den deliktischen Haftungstatbeständen des **Sonderdeliktsrechts**:

#### *Produkthaftung*

Nach § 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG<sup>166</sup> ist der **Hersteller** eines Produktes verpflichtet, einem Geschädigten den Schaden zu ersetzen, der durch einen Fehler des Produktes entstanden ist. Adressat der Haftung ist somit nur der Hersteller eines Produktes. Dieser ist gem. § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG derjenige der das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat.<sup>167</sup>

Ausgangspunkt für eine Haftung ist somit das gefahrträchtige Verhalten, was generell zu einem engeren Kreis der Haftungsadressaten führen kann. Die Vorschrift des § 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG ist jedoch richtlinienkonform auszulegen. Der Schutzzweck der hier einschlägigen Produkthaftungsrichtlinie führt dazu, dass der Begriff des Herstellers eher weiter zu verstehen ist. Demnach ist derjenige ein Hersteller, in dessen **Organisationsbereich** das Produkt entstanden ist.<sup>168</sup>

Auf der Grundlage dieser Definition erscheint es jedenfalls möglich, dass die Konzernmutter wegen ihrer Verantwortung für die Organisation des gesamten Konzerns haften muss, obwohl der Fehler im Produktionsprozess eigentlich im Verantwortungsbereich der Tochtergesellschaft liegt. Einschlägige Rechtsprechung existiert allerdings erst zu dem umgekehrten Fall ob eine Tochtergesellschaft Herstellerin eines Produktes sein kann, welches eigentlich von der Muttergesellschaft hergestellt wurde. Der EuGH hat dies allerdings nur bejaht soweit beide Gesellschaften tatsächlich eigenständige Herstellertätigkeiten erbracht haben.<sup>169</sup>

Nach § 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG kann jedoch auch derjenige als Hersteller eines Produkts gelten, der sich durch Anbringung seines Namens, seiner Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt.<sup>170</sup>

#### *Umwelthaftung*

Haftungsadressat des § 1 UmweltHG ist der **Inhaber einer Anlage, von welcher eine schädliche Umwelteinwirkung ausgeht**. Der Anlageninhaber in diesem Sinne ist nach überwiegender Auffassung

<sup>165</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 629.

<sup>166</sup> **§ 1 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG:** « (1) Wird durch den Fehler eines Produkts jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. ».

<sup>167</sup> **§ 4 Abs. 1 S. 1 ProdHaftG:** « (1) Hersteller im Sinne dieses Gesetzes ist, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. ».

<sup>168</sup> Richtlinie des Rates v. 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Abl. EG 1985 L 210/29.

<sup>169</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 633.

<sup>170</sup> **§ 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG:** « Als Hersteller gilt auch jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt. ».

derjenige, der die Anlage auf eigene Rechnung in Betrieb hat und die tatsächliche Verfügungsgewalt darüber ausübt.<sup>171</sup>

Somit wird davon ausgegangen, dass eine Konzernmutter nur als Anlageninhaberin in Betracht kommt, wenn sie selbst auf den technischen Anlagenbetrieb unmittelbar Einfluss nimmt. Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn die Anlage eigenverantwortlich von der Tochtergesellschaft betrieben wird und diese die haftungsbegründende Umweltgefahr beherrscht. Hieran ändert auch eine eventuelle Herrschaftsmacht der Muttergesellschaft über die Tochtergesellschaft nichts.<sup>172</sup>

### **bb) Zurechnung über Mittäterschaft und im Sonderdeliktsrecht**

Eine eigene deliktische Haftung der Muttergesellschaft kommt auch in Betracht, wenn nicht alle Voraussetzungen einer Haftungsnorm erfüllt sind, aber ihr die Tatbeiträge der Tochtergesellschaft zugerechnet werden können. Im allgemeinen Deliktsrecht geschieht dies über die **Zurechnungsnorm des § 830 BGB**. Diese Vorschrift legt fest, dass sowohl Mittäter als auch Anstifter und Gehilfen für den Schaden verantwortlich sind. Sie werden demnach so behandelt als hätten sie alle notwendigen Tatbestandsmerkmale einer Haftungsnorm selbst verwirklicht. Voraussetzung hierfür ist jedoch nicht nur die objektive Mittäterschaft oder Beteiligung sondern auch die subjektive Kenntnis der Tatumstände zumindest in groben Zügen bzw. die Billigung der Vorgänge wenigstens mit **Eventualvorsatz**.<sup>173</sup>

Diese allgemeinen Erwägungen müssen im Lichte der **Konzernverhältnisse** betrachtet werden. Dabei erscheint vor allem **fraglich** inwiefern die subjektiven Voraussetzungen des Eventualvorsatzes bei der Muttergesellschaft vorliegen werden. Sofern diese die unerlaubte Handlung der Tochtergesellschaft lediglich fahrlässig nicht verhindert oder überhaupt nicht bemerkt hat, scheidet ihre Haftung aus. Alleine die Leitungsmacht der Konzernmutter reicht für eine Begründung der Haftung nicht aus.<sup>174</sup>

Auch aus dem **Sonderdeliktsrecht** ergeben sich Zurechnungsnormen für eine Begründung der Haftung. Als am weitesten gehendes Beispiel sei hier das **Kartellrecht** angeführt, in dem die einschlägigen Haftungstatbestände der Art. 101, 102 AEUV an «Unternehmen» gerichtet sind. Der EuGH sieht ein Unternehmen als « jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung ».<sup>175</sup> Dabei werden Mutter- und Tochtergesellschaft als wirtschaftliche Einheit im Sinne dieser Definition verstanden, was zu einer grundsätzlichen Zurechnung etwaiger Tatbestandsmerkmale des Haftungstatbestandes führt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Konzernmutter einen **bestimmenden Einfluss** auf die Tochtergesellschaft ausübt.<sup>176</sup> Dieser wird nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings vermutet, wenn die Muttergesellschaft nahezu alle Anteile an der Tochtergesellschaft hält.<sup>177</sup>

## **1.2. Unternehmensinhaberhaftung**

Die Unternehmensinhaberhaftung betrifft im Gegensatz zum Fall der eigenen Haftung nicht die Zurechnung von Tatbestandsmerkmalen, sondern lediglich die **Zurechnung von Rechtsfolgen**. Eine unerlaubte Handlung einer Tochtergesellschaft führt hier somit nicht zur Täterschaft oder zur Teilnahme der Muttergesellschaft an dem Delikt. Da eine einschlägige Zurechnungsnorm jedoch die Rechtsfolgen des Delikts, also die Einstandspflicht für die unerlaubte Handlung, auf die

<sup>171</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 635.

<sup>172</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 636.

<sup>173</sup> BGH, Urt. v. 3.12.2013 – XI ZR 295/12

<sup>174</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 639.

<sup>175</sup> EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – C-41/90, Slg. 1999, I-1979, Rn. 21 – Höfner und Elser/Macrotron.

<sup>176</sup> EuGH, Urt. v. 26.1.2017 – C-625/13 P, Dgt. Slg., Rn. 146 – Villeroy & Boch.

<sup>177</sup> EuGH, Urt. v. 10.9.2009 – C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn.60 – Akzo Nobel.

Muttergesellschaft erstreckt, **haftet** diese **trotz fehlender eigener Verwirklichung**. Eine derartige Zurechnung von Rechtsfolgen findet sich lediglich<sup>178</sup> in diversen Gebieten des **Sonderdeliktsrechts**:

Die Unternehmensinhaberhaftung wird vor allem im **Markenrecht** relevant. § 14 Abs. 7 MarkenG<sup>179</sup> gewährt einen Schadensersatzanspruch gegen den Inhaber eines Betriebs, wenn eine Verletzungshandlung i. S. v. § 14 Abs. 2-4 MarkenG<sup>180</sup> in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten begangen wird, sofern dieser vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Auf ein Verschulden des Betriebsinhabers hinsichtlich der Verletzungshandlung kommt es nicht an.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> Dem allgemeinen Deliktsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine solche Zurechnung fremd, s. C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, 611 ff., 651 f.

<sup>179</sup> **§ 14 Abs. 7 MarkenG:** « (7) Wird die Verletzungshandlung in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten begangen, so kann der Unterlassungsanspruch und, soweit der Angestellte oder Beauftragte vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, der Schadensersatzanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs geltend gemacht werden. ».

<sup>180</sup> **§ 14 Abs. 2-4 MarkenG:** « (2) Dritten ist es untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen

1. ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt,

2. ein Zeichen zu benutzen, wenn das Zeichen mit einer Marke identisch oder ihr ähnlich ist und für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch oder ihnen ähnlich sind, die von der Marke erfasst werden, und für das Publikum die Gefahr einer Verwechslung besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird, oder

3. ein mit der Marke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn es sich bei der Marke um eine im Inland bekannte Marke handelt und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.

Waren und Dienstleistungen werden nicht schon deswegen als ähnlich angesehen, weil sie in derselben Klasse gemäß dem in der Nizza-Klassifikation festgelegten Klassifikationssystem erscheinen. Waren und Dienstleistungen werden nicht schon deswegen als unähnlich angesehen, weil sie in verschiedenen Klassen der Nizza-Klassifikation erscheinen.

(3) Sind die Voraussetzungen des Absatzes 2 erfüllt, so ist es insbesondere untersagt,

1. das Zeichen auf Waren oder ihrer Aufmachung oder Verpackung anzubringen,

2. unter dem Zeichen Waren anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen,

3. unter dem Zeichen Dienstleistungen anzubieten oder zu erbringen,

4. unter dem Zeichen Waren einzuführen oder auszuführen,

5. das Zeichen als Handelsnamen oder geschäftliche Bezeichnung oder als Teil eines Handelsnamens oder einer geschäftlichen Bezeichnung zu benutzen,

6. das Zeichen in Geschäftspapieren oder in der Werbung zu benutzen,

7. das Zeichen in der vergleichenden Werbung in einer der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 21) zuwiderlaufenden Weise zu benutzen.

(4) Dritten ist es ferner untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr

1. ein mit der Marke identisches Zeichen oder ein ähnliches Zeichen auf Aufmachungen oder Verpackungen oder auf Kennzeichnungsmitteln wie Etiketten, Anhängern, Aufnähern oder dergleichen anzubringen,

2. Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen Zeichen oder einem ähnlichen Zeichen versehen sind, anzubieten, in den Verkehr zu bringen oder zu den genannten Zwecken zu besitzen oder

3. Aufmachungen, Verpackungen oder Kennzeichnungsmittel, die mit einem mit der Marke identischen Zeichen oder einem ähnlichen Zeichen versehen sind, einzuführen oder auszuführen, wenn die Gefahr besteht, daß die Aufmachungen oder Verpackungen zur Aufmachung oder Verpackung oder die Kennzeichnungsmittel zur Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen benutzt werden, hinsichtlich deren Dritten die Benutzung des Zeichens nach den Absätzen 2 und 3 untersagt wäre. ».

<sup>181</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 652.

Die Rechtsprechung legt diese Vorschrift weit aus und erkennt die Möglichkeit an, dass in dem Begriff des «**Beauftragten**» auch ein eigenständiges Unternehmen gesehen werden kann, wenn das beauftragte selbstständige Unternehmen in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass einerseits der Betriebsinhaber auf das beauftragte Unternehmen einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss hat und dass andererseits der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zugutekommt. Der Haftungstatbestand greift demnach auch bei Konzernmutter und Konzerntochter und nicht nur bei Betriebsinhaber und Angestelltem.<sup>182</sup>

Auch im **Datenschutzrecht** findet sich in Art. 83 der Datenschutz-Grundverordnung<sup>183</sup> eine ähnliche Haftungsnorm. Diese lässt die Konzernmutter für das gegen die Tochtergesellschaft verhängte Bussgeld haften ohne als Täterin oder Teilnehmerin qualifiziert zu werden.<sup>184</sup>

**Vergleichbare Regelungen** finden sich noch in den §§ 8 Abs. 2 UWG, 99 UrhG, 44 DesignG, 2 Abs. 1 S. 2 UKlaG.

### 1.3. Geschäftsherrenhaftung gem. § 831 Abs. 1 BGB

§ 831 Abs. 1 S. 1 BGB sieht grundsätzlich eine Einstandspflicht des Geschäftsherrn vor, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat und dieser einem Dritten in Ausführung der Verrichtung einen Schaden zugefügt hat. Wie sich aus der Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt, ist der **Anknüpfungspunkt** für die Einstandspflicht jedoch nicht die unerlaubte Handlung des anderen,

<sup>182</sup> BGH, Urt. v. 7.4.2005 – I ZR 221/02.

<sup>183</sup> Art. 83 Abs. 4-6 DSGVO: « (4) Bei Verstößen gegen die folgenden Bestimmungen werden im Einklang mit Absatz 2 Geldbußen von bis zu 10 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt, je nachdem, welcher der Beträge höher ist:

- a) die Pflichten der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter gemäß den Artikeln 8, 11, 25 bis 39, 42 und 43;
- b) die Pflichten der Zertifizierungsstelle gemäß den Artikeln 42 und 43;
- c) die Pflichten der Überwachungsstelle gemäß Artikel 41 Absatz 4.

(5) Bei Verstößen gegen die folgenden Bestimmungen werden im Einklang mit Absatz 2 Geldbußen von bis zu 20 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt, je nachdem, welcher der Beträge höher ist:

- a) die Grundsätze für die Verarbeitung, einschließlich der Bedingungen für die Einwilligung, gemäß den Artikeln 5, 6, 7 und 9;
- b) die Rechte der betroffenen Person gemäß den Artikeln 12 bis 22;
- c) die Übermittlung personenbezogener Daten an einen Empfänger in einem Drittland oder an eine internationale Organisation gemäß den Artikeln 44 bis 49;
- d) alle Pflichten gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die im Rahmen des Kapitels IX erlassen wurden;
- e) Nichtbefolgung einer Anweisung oder einer vorübergehenden oder endgültigen Beschränkung oder Aussetzung der Datenübermittlung durch die Aufsichtsbehörde gemäß Artikel 58 Absatz 2 oder Nichtgewährung des Zugangs unter Verstoß gegen Artikel 58 Absatz 1.

(6) Bei Nichtbefolgung einer Anweisung der Aufsichtsbehörde gemäß Artikel 58 Absatz 2 werden im Einklang mit Absatz 2 des vorliegenden Artikels Geldbußen von bis zu 20 000 000 EUR oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt, je nachdem, welcher der Beträge höher ist. ».

<sup>184</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 650.

sondern ein etwaiges **Auswahl- oder Überwachungsverschulden bzw. die Schaffung einer Gefahrenquelle hierdurch durch den Geschäftsherren.**<sup>185</sup>

Die Anwendung der Geschäftsherrenhaftung auf Konzernverhältnisse verstösst nicht gegen das gesellschaftliche Trennungsprinzip, da diese gerade das Vorhandensein zweier eigenständiger Rechtssubjekte, wie hier die Mutter- und die Tochtergesellschaft, voraussetzt.<sup>186</sup>

Zusätzliche Voraussetzung der Vorschrift, und in diesem Zusammenhang der Konzernverhältnisse viel entscheidender, ist die Frage, ob eine **Tochtergesellschaft Verrichtungsgehilfin** der Muttergesellschaft als Geschäftsherrin sein kann. Der Begriff des Verrichtungsgehilfen setzt eine **Weisungsgebundenheit** der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft voraus.<sup>187</sup>

Der BGH ging davon aus, dass es selbstständigen Unternehmen **in der Regel an der Weisungsgebundenheit fehlen** würde und zwar « unabhängig davon, ob sie mit dem Unternehmen, für das sie eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen, in einem Konzernverhältnis stehen ». <sup>188</sup> Zur Begründung wurde darauf abgestellt, dass die Aufgabenübertragung auf ein bestimmtes Unternehmen innerhalb des Konzerns regelmässig gerade dem Zweck diene, durch die selbstständige und nicht weisungsgebundene Erledigung der Aufgabe andere Teile des Konzerns zu entlasten.<sup>189</sup>

Diese Begründung des BGH ist allerdings sehr pauschal und kann durch viele **Beispiele in der Praxis widerlegt** werden, in denen die « Konzernleitung durch alle Ebenen hindurch verbindliche Weisungen erteilt ». <sup>190</sup> Darüber hinaus ging es in dem Fall, den der BGH hier konkret zu entscheiden hatte, um das Verhältnis zweier gleichberechtigt nebeneinander stehender Gesellschaften.<sup>191</sup>

In einem anderen Urteil hat der BGH einen Schadensersatzanspruch gegen die Muttergesellschaft aus Geschäftsherrenhaftung jedoch zugelassen, mit der Begründung, dass es « **bei Vorliegen besonderer Umstände** nicht ausgeschlossen sei, dass ein rechtlich selbstständiges Unternehmen, soweit es eine Tätigkeit ausübt, bei der es Weisungen eines anderen Unternehmens unterworfen ist, auch dessen Verrichtungsgehilfe sein kann ». Für das Vorliegen der Weisungsgebundenheit komme es « nicht auf die rechtliche Ausgestaltung der Beziehung zwischen den beiden Unternehmen oder den gesellschaftsrechtlichen Status an, sondern darauf ob nach den tatsächlichen Verhältnissen eine Eingliederung in den Organisationsbereich des Geschäftsherren erfolgt ist und der Handelnde dessen Weisungen unterliegt ». <sup>192</sup>

Für den Begriff des Verrichtungsgehilfen bzw. der Weisungsgebundenheit verlangt der BGH in einem anderen Urteil zudem, dass die Tätigkeit in einer « organisatorisch abhängigen Stellung vorgenommen wird und der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken oder entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann ». <sup>193</sup>

<sup>185</sup> Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, München, § 831, Rn. 11.; C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 661.

<sup>186</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 657.

<sup>187</sup> B. Grunewald, Können Gesellschaften Verrichtungsgehilfen iSv § 831 I 1 BGB sein?, NZG 2018, S. 481ff, S. 481.

<sup>188</sup> BGH, Urt. v. 6.11.2012 – VI ZR 174/11.

<sup>189</sup> BGH, Urt. v. 6.11.2012 – VI ZR 174/11.

<sup>190</sup> L. Kölling, NZG 2000, S. 8f.

<sup>191</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 658.

<sup>192</sup> BGH, Urt. v. 25.4. 2012 – I ZR 105/10.

<sup>193</sup> BGH, Urt. v. 10.12.2013 – VI ZR 534/12.

Legt man diese Definitionen zu Grunde so erscheint eine Haftung der Konzernmutter für eine unerlaubte Handlung der Tochtergesellschaft durchaus möglich, da es im Rahmen des § 831 BGB nicht auf die Konzernstruktur, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse wie die Einbindungen in einen Prozess und das damit verbundene Über-Unterordnungsverhältnis ankommt. Zu bedenken ist allerdings, dass sich die Muttergesellschaft nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB **exkulpieren** kann. Eine etwaige Entlastung wegen **fehlenden Auswahlverschuldens** wird jedoch in den meisten Fällen gelingen: Ein Verschulden der Konzernmutter wird in der Regel nur in Betracht kommen, wenn die Tochtergesellschaft in der Vergangenheit schon mehrfach unerlaubte Handlungen begangen hat und somit erkennbar für die konkrete Verrichtung nicht geeignet war. Entscheidender für die Bejahung einer Haftung wird der Vorwurf einer **Verletzung einer Überwachungspflicht** durch die Konzernmutter sein. Diese trägt die Beweislast, nachzuweisen, dass sie gegenüber der Tochtergesellschaft darauf hingewirkt hat, dass keine unerlaubten Handlungen begangen werden. Ob dieser Entlastungsbeweis in den meisten Fällen gelingen wird, erscheint fraglich.<sup>194</sup>

#### 1.4. Unternehmensorganisationspflichtverletzung gem. § 823 Abs. 1 BGB

Eine Haftung der Muttergesellschaft eines Konzerns ist auch unter dem Gesichtspunkt der **Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht** möglich. Diese Pflicht ist dem Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB zuzuordnen, wobei ihr allgemein der Gedanke zugrunde liegt, dass « derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenquelle schafft, die notwendigen und ihm zumutbaren Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr treffen muss ». <sup>195</sup> Diese zu treffenden Massnahmen beinhalten alles was « ein umsichtiger und verständiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren ». <sup>196</sup>

Für Inhaber von Unternehmen hat die Rechtsprechung eine sog. **Unternehmensorganisationspflicht** entwickelt, wonach « diejenigen Anforderungen zu treffen sind die eine Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten ». <sup>197</sup> Demnach müssen « interne Abläufe eines Unternehmens so strukturiert, organisiert und überwacht werden, dass Rechtsgutsverletzungen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren vermieden werden ». <sup>198</sup>

**Umstritten** ist jedoch die Existenz dieser Organisationspflicht auch **auf Konzernebene**, um eine Muttergesellschaft für eine unerlaubte Handlung der Tochtergesellschaft haftbar machen zu können. **Eine Meinung in der Literatur** wendet als Hauptargument dagegen ein, dass diese konzernweite Organisationspflicht das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip ausheble und bei deren Anerkennung gesellschafts- und konzernrechtliche Vorschriften geändert werden müssten. <sup>199</sup> Zudem seien die Organisationspflichten im Rahmen eines Konzerns inklusive der Rechtsfolgen etwaiger Verstöße bereits abschliessend geregelt. Für eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB bestehe daher kein Raum mehr. Des Weiteren wird vorgebracht, dass es auf Seiten der Muttergesellschaft regelmässig an einer für die Verletzung einer Verkehrspflicht nötigen Gefahrschaffung oder Gefahrerhöhung fehle. <sup>200</sup>

<sup>194</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 665.

<sup>195</sup> M. Habersack & P. Zickgraf, Deliktsrechtliche Verkehrs- und Organisationspflichten im Konzern, ZHR 182 (2018), S. 252ff., S. 267.

<sup>196</sup> BGH, Urt. v. 25.2.2014 – VI ZR 299/13.

<sup>197</sup> BGH, Urt. v. 25.10.1951 – III ZR 95/50.

<sup>198</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 666.

<sup>199</sup> Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, München, § 823, Rn. 100.; C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 667.

<sup>200</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 667.

Eine verbreitete Gegenmeinung geht jedoch davon aus, dass eine Schadensersatzforderung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer Unternehmensorganisationspflicht erfolgreich geltend gemacht werden kann, da es auf das Verhältnis zum Geschädigten, also das Aussenverhältnis ankäme. Das Konzernrecht regelt jedoch lediglich Pflichten im Innenverhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, weshalb diese im vorliegenden Kontext keine Rolle spielen. Entscheidende Voraussetzung für die Bejahung einer Unternehmensorganisationspflichtverletzung bleibt somit nur noch die Frage des Vorliegens einer **(Mit-)Verantwortung der Konzernmutter** für das gefahrträchtige Verhalten.<sup>201</sup>

Hiervon wird in der Regel auszugehen sein, wenn der Konzern **zentral** wie ein Einheitsunternehmen organisiert ist und die Muttergesellschaft ihre Leitungsmacht intensiv ausüben und Weisungen erteilen kann. Sollte der Konzern jedoch **dezentral** organisiert sein und die Tochtergesellschaft in Bezug auf die für die Haftung relevante Tätigkeit in eigener Verantwortung und ohne Einflussnahme gehandelt haben, liegt eine Verantwortlichkeit der Konzernmutter eher fern. Mit viel Begründungsaufwand liesse sich in dieser Situation allenfalls eine Pflichtverletzung durch Einschaltung einer bestimmten Tochtergesellschaft statt einer anderen für die konkrete Tätigkeit konstruieren.<sup>202</sup>

Das Vorliegen einer **Pflichtverletzung** der Konzernmutter ist auch in dem Haftungstatbestand der Organisationspflichtverletzung noch **positiv festzustellen** und kann nicht allein daraus geschlossen werden, dass es durch die Tochtergesellschaft zu Rechtsgutsverletzungen gekommen ist. Für die Feststellung der Verletzung einer Unternehmensorganisationspflicht kann jedoch nicht darauf abgestellt werden, dass sämtliche Gefahrenquellen hätten beseitigt werden müssen. Vielmehr ist eine **Kosten-Nutzen-Betrachtung** vorzunehmen, wonach die innerbetrieblichen Abläufe so organisiert werden mussten, dass Schädigungen Dritter in gebotem Umfang vermieden worden sind.<sup>203</sup>

### 1.5. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

Eine Haftung nach § 826 BGB kommt nur bei **vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung** eines anderen in Betracht. Im Rahmen von Konzernverhältnissen wird dieser Fall somit nur relevant, wenn die Muttergesellschaft in vorwerfbarer Weise die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft herbeigeführt hat und hierdurch einem Gläubiger einen Forderungsausfall bzw. Vermögensschaden beschert hat.<sup>204</sup>

## 2. Der Vorschlag eines Gesetzes zu nachhaltigen Wertschöpfungsketten (NaWKG)

Der im Februar 2019 bekannt gewordene Entwurf eines Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetzes kam nicht überraschend, da das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) nach einer stichprobenartigen Erhebung festgestellt hatte, dass von 1800 befragten Unternehmen mit jeweils über 500 Mitarbeitern nicht einmal die Hälfte den von der Bundesregierung im Koalitionsvertrag festgehaltenen «Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte» kannte. Dieser setzt auf die **freiwillige Selbstverpflichtung** zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen seitens der betroffenen Unternehmen.<sup>205</sup>

Das NaWKG beinhaltet unter anderem die Einführung eines Gesetzes zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz). Zweck des Sorgfaltspflichtengesetzes ist es, den Schutz der international anerkannten

<sup>201</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 668, 670, 671.

<sup>202</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 671, 672.

<sup>203</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 673.

<sup>204</sup> C. König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 2017, S. 611ff., S. 677.

<sup>205</sup> M. Wiedmann, Menschenrechte in der Wertschöpfungskette, CB-Editorial 6/2019.

Menschenrechte<sup>206</sup> und der Umwelt in globalen Wertschöpfungsketten<sup>207</sup> sicherzustellen. Der Schutz erfolgt dabei im öffentlichen Interesse und im Individualinteresse derer die in solchen Wertschöpfungsketten tätig oder von deren Auswirkungen unmittelbar betroffen sind.<sup>208</sup>

Nach § 4 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG ist jedes Unternehmen i. S. v. § 2 Abs. 1<sup>209</sup> zur Beachtung der **besonderen Sorgfalt** nach den §§ 5-11 verpflichtet. Diese enthalten eine Pflicht zur Risikoanalyse, Präventionsmassnahmen, Abhilfemassnahmen, die Einführung eines Beschwerdemechanismus, sowie von Dokumentations- und Hinweispflichten und die Bestellung eines Compliance-Beauftragten, der die Einhaltung der Sorgfaltspflicht überwacht. Bei der jährlichen Risikoanalyse sind nicht nur die Risiken in der Lieferkette zu untersuchen, sondern auch inwieweit die Produkte und Dienstleistungen des jeweiligen Unternehmens zu dem Risiko beitragen. In diesem Rahmen ist eine menschenrechts- und umweltbezogene Geschäfts- und Wertschöpfungskettenpolitik festzulegen und offen gegenüber den Mitarbeitern, Geschäftspartnern und der Öffentlichkeit zu kommunizieren. Die Unternehmen werden zudem verpflichtet Beschwerde- und Hinweisgebersysteme einzurichten und umfassende Dokumentationen und Berichte zu erstellen.<sup>210</sup>

Die §§ 12ff. des Gesetzes regeln die Durchsetzung der Sorgfaltspflichten und ihre Sanktionen. Dies geschieht in Form von **Bussgeldvorschriften und Straftatbeständen**. Hiernach können etwa Compliance-Beauftragte bereits bestraft werden, wenn bewusst falsche Informationen in der Dokumentation der Erfüllung der Sorgfaltspflichten gemacht werden oder es unterlassen wird Abhilfe- und Präventionsmassnahmen zu ergreifen. Dies führt somit zu einer umfassenden Prüfungspflicht von Geschäftspartnern.<sup>211</sup>

Einen eigenen **zivilrechtlichen Haftungstatbestand** enthält das Gesetz jedoch nicht. Vielmehr verweist § 15 darauf, dass die §§ 4- 10 die zwingend zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen regeln, ohne Rücksicht auf das nach internationalem Privatrecht auf das ausservertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht. Für etwaige Haftungstatbestände muss somit auf allgemeine Schadensersatznormen zurückgegriffen werden im Rahmen derer dann die hier einschlägigen Sorgfaltspflichten zu berücksichtigen sind.<sup>212</sup> Sofern etwa eine Haftung aus § 823 BGB in Betracht kommt, so können

<sup>206</sup> Definition im Entwurf des **§ 3 Nr. 1 SorgfaltspflichtenG**: « (...) die Menschenrechte, die sich aus den im Anhang zu diesem Gesetz aufgeführten Abkommen ergeben ».

<sup>207</sup> Definition im Entwurf des **§ 3 Nr. 2 SorgfaltspflichtenG**: « (...) die den gesamten Lebenszyklus eines Produktes oder einer Dienstleistung umfassende Wertschöpfung; d.h. alle Stadien, einschliesslich der durchzuführenden Forschung und Entwicklung, der Produktion, des Handels und der damit verbundenen Bedingungen, des Transports, der Nutzung und Wartung, während der Lebensdauer des Produktes, des Bauwerkes oder der Dienstleistung, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung ».

<sup>208</sup> Entwurf des **§ 1 SorgfaltspflichtenG**: « Zweck dieses Gesetzes ist es, den Schutz der international anerkannten Menschenrechte und der Umwelt in globalen Wertschöpfungsketten sicherzustellen. Der Schutz erfolgt sowohl im öffentlichen Interesse als auch im individuellen Interesse der Menschen, die in globalen Wertschöpfungsketten tätig oder von deren Auswirkungen in sonstiger Weise unmittelbar betroffen sind. ».

<sup>209</sup> Entwurf des **§ 2 Abs. 1 SorgfaltspflichtenG**: « (1) Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle 1. Grossunternehmen und 2. sonstige Unternehmen, die selbst oder durch beherrschte Unternehmen a) in einem Hochrisikosektor oder b) in Konflikt- und Hochrisikogebieten tätig sind, mit satzungsfähigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in Deutschland. Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Kleinunternehmen. ».

<sup>210</sup> M. Wiedmann, Menschenrechte in der Wertschöpfungskette, CB-Editorial 6/2019.

<sup>211</sup> M. Wiedmann, Menschenrechte in der Wertschöpfungskette, CB-Editorial 6/2019.

<sup>212</sup> Entwurf des **§ 15 SorgfaltspflichtenG**: « Im Rahmen ausservertraglicher Haftungsansprüche regeln die Pflichten aus §§ 4-10 die zu beachtenden Sorgfaltsanforderungen zwingend und ohne Rücksicht auf das nach internationalem Privatrecht für das ausservertragliche Schuldverhältnis massgebliche Recht. ».

unter dem Tatbestandsmerkmal des Verschuldens der Rechtsgutsverletzung die Wertungen der §§ 4-10 berücksichtigt werden. Das Verschulden setzt in seiner fahrlässigen Begehungsweise das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese ist jedoch einfacher erreicht, wenn die zu beachtenden Sorgfaltspflichten gesetzlich normiert sind.<sup>213</sup>

Grundsätzlich wird kritisiert, dass die derartig weitgehenden Prüfungspflichten in diesem Gesetzesentwurf dazu führen könnten, dass sich deutsche Unternehmen aus den (Hoch)Risikogebieten für Menschenrechtsverletzungen zurückziehen und durch weniger verantwortungsbewusste Mitbewerber mit einer Hauptverwaltung in einem anderen Land als Deutschland ersetzt werden. Darüber hinaus plädieren Kritiker des Gesetzesentwurfs eher für eine entsprechende Einführung auf EU-Ebene, um den Unternehmen nicht zuzumuten in jedem Mitgliedsstaat unterschiedliche menschenrechtliche Sorgfaltspflichten einhalten zu müssen. Man erhofft sich, dass eine entsprechende Initiative während der deutschen Ratspräsidentschaft in der zweiten Hälfte 2020 vorangetrieben wird.<sup>214</sup>

Das nationale Gesetz könnte frühestens 2020 verabschiedet werden. Der aktuelle Koalitionsvertrag<sup>215</sup> sieht ein gesetzgeberisches Tätigwerden vor, wenn eine Überprüfung des «Nationalen Aktionsplans Wirtschaft und Menschenrechte» 2020 ergibt, dass die festgeschriebenen Ziele mit der bisher vorgesehenen freiwilligen Selbstverpflichtung zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen seitens der betroffenen Unternehmen nicht ausreichend umgesetzt wurden.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> C. Grüneberg in Palandt BGB, § 276, Rn. 15ff.

<sup>214</sup> M. Wiedmann, Menschenrechte in der Wertschöpfungskette, CB-Editorial 6/2019.

<sup>215</sup> Koalitionsvertrag 2018, S. 156, verfügbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906> (25.07.2019).

<sup>216</sup> Handelsblatt, Müller droht der deutschen Wirtschaft mit einem Gesetz für Menschenrechte v. 12.02.2019, verfügbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/entwicklungspolitik-mueller-droht-der-deutschen-wirtschaft-mit-einem-gesetz-fuer-menschenrechte/23979108.html?ticket=ST-6276184-ksOUlz1A0A1n9plSEEnA-ap6> (24.07.2019).