

**Sandro Abegglen**  
PD Dr. iur., Fürsprecher, LL.M.,  
Rechtsanwalt in Zürich und Bern

## **Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen**

Interessenkonflikte und Chinese Walls  
bei Banken und Wertpapierhäusern

Privatrecht und Finanzmarktrecht



---

Stämpfli Verlag AG Bern · 2004

Habilitationsschrift der Universität Bern

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen  
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet  
über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung,  
der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen  
ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form re-  
produziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet,  
vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2004

Gesamtherstellung:  
Stämpfli AG, Publikationen, Bern  
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-9000-5

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag im Wintersemester 2002/2003 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Habilitationsschrift vor. Meine Ernennung zum Privatdozenten erfolgte am 28. Januar 2003.

Ein Stipendium des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung erlaubte mir 1995/1996 einen Forschungsaufenthalt an der University of Texas at Austin School of Law. Dort befasste ich mich u. a. mit Aspekten des Einsatzes von «Chinese Walls» bei Banken und Wertpapierhäusern. Dies gab mir den Anstoss zu vorliegender Bearbeitung des Themas.

Mein erster Dank geht an meinen hochgeschätzten Lehrer Herrn Prof. Dr. Wolfgang Wiegand, Ordinarius für Privat- und Privatrechtsgeschichte sowie für Bank- und Wirtschaftsrecht und Direktor des Zivilistischen Seminars sowie des Instituts für Bankrecht der Universität Bern. Er ermunterte mich mit Nachdruck zum Abfassen der Habilitationsschrift und setzte sich auch für die Gewährung einer Nachwuchsförderungsstelle durch die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie die Zurverfügungstellung einer ausgezeichneten Infrastruktur durch Universität bzw. Kanton Bern ein. Dafür und für seine wertvolle fachliche Förderung und moralische Unterstützung möchte ich ihm ganz herzlich danken.

Der Schweizerischen Eidgenossenschaft danke ich für die grosszügige finanzielle Unterstützung und Kanton und Universität Bern für die Zurverfügungstellung einer ausgezeichneten Infrastruktur. Dem Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung danke ich für das Stipendium.

Weiter danke ich den Herren Prof. Wiegand und Prof. Dr. Roland von Büren, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Ordinarius für Handelsrecht, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht sowie Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Bern, für die zügige Begutachtung meiner Habilitationsschrift und die wertvollen Anregungen zum Manuskript.

Während der Vorbereitung der Niederschrift sowie der Arbeit am Manuskript selbst erhielt ich von einer Vielzahl von Personen wertvolle Anregungen und Hinweise. Dankend nennen möchte ich insbesondere: Meinen Bruder Dr. Christian Abegglen, lic. iur. Urs Bigger, Prof. Dr. Roland von Büren, Dr. Christoph Brunner, Prof. Dr. Eugen Bucher, Prof. Dr. Hanspeter Dietzi, Dr. David Frick, Dr. Richard Gassmann, Prof. Dr. Heinz Hausheer, Prof. Dr. Dr. Dres. h. c. Klaus J. Hopt, Prof. Henry T. C. Hu, Dr. Martin Immenhauser, Prof. Dr. Regina Kiener, Prof. Dr. Thomas Koller, Dr. Peter Kurer, lic. iur. Lorenzo Kyburz, Dr. Monica Mächler-Erne, Dr. Benedikt Maurenbrecher, Prof. Dr. Peter Nobel, Dr. Markus Reber, Prof. Dr. Fridolin M. R. Walther, Prof. Dr. Rolf H. Weber, Fürsprecher Jürg Wichtermann, Prof. Dr. Wolfgang Wiegand, Prof. Dr. Ulrich Zimmerli, Dr. Urs Zulauf.

Ein besonderer Dank geht an Dr. Thomas Müller, Fürsprecher, Thun, sowie lic. iur. Catrina Erb, Uetikon am See/Zürich, welche die grosse Arbeit auf sich nahmen, umfangreiche Teile des Manuskripts zu lesen und mir wertvolle Hinweise gegeben haben.

Stud. iur. Stefan Staffelbach danke ich für die Arbeit am Fussnoten-Apparat und Mithilfe bei der Korrektur des Manuskripts.

Weiter danke ich stud. iur. Ülkü Cibik und meiner Assistentin Martina Müller für umsichtige technische und Korrektoratsarbeiten am Manuskript.

Fürsprecher Stephan Grieb und lic. iur. Thomas Freytag vom Stämpfli Verlag AG, Bern, und dessen Geschäftsleitung danke ich für die angenehme verlegerische Zusammenarbeit.

Mein grösster Dank geht an meine Frau Petra, die mich in allen Phasen der Arbeit in jeder Hinsicht unterstützt und an deren Entstehung intensiv teilgenommen hat. Meiner zweijährigen Tochter Aline danke ich für ihre spontane und sehr effiziente Mitwirkung bei der Auswahl von Farbe und Design des Buchumschlages.

S. A.

Zürich, im Oktober 2003

## Hinweis zur Judikatur

Hinweis bezüglich der schweizerischen Judikatur: Neben den in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts wurden auch die nicht amtlich publizierten, jedoch seit dem Jahr 2000 auf der Homepage des Bundesgerichts<sup>1</sup> unter «Rechtsprechung», «Urteile ab 2000»<sup>2</sup>, veröffentlichten Entscheide berücksichtigt; diese sind zum Erleichtern des raschen Auffindens mit Dossiernummer und Datum zitiert (z. B. «Bger.-Urteil 4C.335/1999 vom 25. 8. 2000»).

<sup>1</sup> <http://www.bger.ch>

<sup>2</sup> <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
a. M.	anderer Meinung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds
AFV	Verordnung über die Anlagefonds
AG	Aktiengesellschaft
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	(Deutsches) Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen)
AktG	(deutsches ) Aktiengesetz
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BaFin	(Deutsche) Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	(Deutsches) Bundesarbeitsgericht
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen
Basler Kommentar	Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel
BAWPH	(Deutsches) Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BBT	Berner Bankrechtstag
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel
Berner Kommentar	Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern
betr.	betreffend
bez.	bezüglich
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Bger.	Bundesgericht
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheid des (Deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BPV	Bundesamt für Privatversicherungen
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heisst
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsche Steuer-Zeitung
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f. (ff.)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. nächstfolgende(r) Artikel
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
gl. M.	gleicher Meinung
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hw.	Hinweis(e)
i. d. R.	in der Regel
i. S.	im Sinne oder in Sachen
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IAS	International Accounting Standards (neu IFRS)
IFRS	International Financial Reporting Standards (früher IAS)
insbes.	insbesondere
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IPO	Initial Public Offering
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KO	Kommentar
Kon TraG	(Deutsches) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KWG	(Deutsches) Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht

lit.	litera
loc. cit.	loco citato
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
m. H.	mit Hinweisen
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
op. cit.	opus citatus
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht
Pra.	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz)
rev.	revidiert
RG	Reichsgericht, auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
RN	Randnummer
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SEC	Securities and Exchange Commission (der Vereinigten Staaten von Amerika)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	so genannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizerische Treuhänder
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
SZW	Schweizerische Zeitschrift für das Wirtschaftsrecht (bis 1989: SAG)
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UK	United Kingdom
v. a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen
VE	Vorentwurf
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung

vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrat
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WpHG	(Deutsches) Gesetz über den Wertpapierhandel
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZK	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, neue Folge

## Literaturverzeichnis

Das Verzeichnis enthält nur die jeweils abgekürzt zitierte Literatur. Das Manuskript wurde zur Hauptsache im Sommer 2002 abgeschlossen, und es wurde grundsätzlich nur bis zu diesem Zeitpunkt erschienene Literatur berücksichtigt. Auf einige danach erschienene Arbeiten wird z. T. noch punktuell eingegangen.

- ABEGGLEN SANDRO, Basler Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999 (zitiert BSK-ABEGGLEN)
- ABEGGLEN SANDRO, Die *Aufklärungspflichten* in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Bern 1995
- ABEGGLEN SANDRO, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen nach schweizerischem Recht, in: *Summum ius, summa iniuria. Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit*, Stuttgart/München/Hannover/u. a. 1995
- ABEGGLEN SANDRO, *Vermögensverwaltung* durch die Bank – konfliktträchtige Bereiche und ihre Bewältigung, unter besonderer Berücksichtigung von Kunden-Direktorders, SZW 2001, 179 ff.
- ABEGGLEN SANDRO, Zur *Liberalisierung* des Fondsvertriebs. Bedeutsame Revision der Anlagefondsverordnung, NZZ Nr. 84 vom 10. April 2001, 33, sowie in Jusletter vom 30. April 2001 (vgl. [www.weblaw/jusletter.ch](http://www.weblaw/jusletter.ch))
- ADLER ANDREE, Wissen und Wissenszurechnung, insbesondere in arbeitsteilig aufgebauten Organisationen, Mainz 1997
- AELLEN MARCEL LIVIO, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Bern 1990
- AESCHIMANN GORDON, La responsabilité du fait de l'organisation: faits et droit, ZSR 121 (2002) II 99 ff.
- AFFOLTER FRIEDRICH, Die Anzeigepflichtverletzung bei Intervention eines Versicherungsagenten – Die deutsche und schweizerische Rechtslage im Vergleich, FS des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz, Metzler/Fuhrer (Hrsg.), Basel/Genf/München 2000, 5 ff.
- AMSTUTZ MARC, Konzernorganisationsrecht, Zürich 1993
- AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE, *Le secret bancaire suisse*, 3. A. Bern 1995
- BANZ OLIVER, Rechtsprobleme der Allfinanz. Unter besonderer Berücksichtigung des Alternativen Risiko Transfers (ART), Zürich 1999
- BAUDENBACHER CARL, Basler Kommentar, OR II, 2. A. Basel 1996 (zitiert BSK-BAUDENBACHER)
- BAUM MARCUS, Die Wissenszurechnung, Berlin 1999
- BAUMANN HORST, Die Kenntnis juristischer Personen des Privatrechts von rechtserheblichen Umständen, ZGR 1973, 284 ff.
- BAUMANN MAX, Zürcher Kommentar, Bd. I, 1 Einleitung (Art. 1–7 ZGB), Gauch/Schmid (Hrsg.), 3. A. Zürich 1998 (zitiert ZK-BAUMANN)
- BECKER HERMANN, Berner Kommentar, Bd. VI, 1 Allg. Bestimmungen, Bern 1945
- BEHRENS PETER, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts: Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986

- BERGER BERNHARD, Die *Informationspflicht des Effektenhändlers* nach der Richtlinie der Schweiz. Bankiervereinigung (SBVg), SZW 2001, 69 ff.
- BERGER BERNHARD, *Outsourcing* vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, recht 2000, 182 ff.
- BERGER BERNHARD, *Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung* dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Bern 2000
- BERICHT der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht (*Bericht Zufferey*), November 2000
- BERTSCHINGER URS, *Arbeitsteilung* und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999
- BERTSCHINGER URS, *Sorgfaltspflichten* der Bank bei Anlageberatung und Vermögensverwaltung, Zürich 1991
- BEUTHIEN VOLKER, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, in Beuthien/Fuchs/Roth u. a., FS Dieter Medicus, Köln 1999, 1 ff.
- BF 2003, Bank- und Finanzmarktrecht 2003, Regulierung und Selbstregulierung der Banken, Börsen, Effektenhändler, Anlagefonds und Finanzmärkte in der Schweiz, Thévenoz/Zulauf (Hrsg.), Zürich 2003
- BÖCKLI PETER, *Konzernrecht*: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern/Stuttgart/Wien 2000, 35 ff.
- BÖCKLI PETER, *Schweizer Aktienrecht*, 2. A. Zürich 1996
- BÖCKLI PETER, *Schweizer Insiderrecht und Banken*. Einfluss der EG-Richtlinie von 1989, AJP 1993, 769 ff.
- BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2000 (bzw. Publikationsjahr der betreffenden Nachlieferung)
- BOHRER MICHAEL, Bemerkungen zu BGH, Urteil vom 8. 12. 1989, DNotZ 1991, 122 ff.
- BORK REINHARD, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237 ff.
- BOTT KRISTOFER, Wissenszurechnung bei Organisationen, Frankfurt am Main 2000
- BRECHBÜHL BEAT, Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern 1998
- BREIDENBACH STEPHAN, Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsabschluss, München 1989
- BRUCK/MÖLLER, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlers, 8. A. Berlin 1961
- BRUNNER CHRISTOPH, Liability of Publicity Held Corporations for a Violation of a Duty to Disclose, in Particular the «Ad Hoc Publicity». Comparative Study of the Relative Law in the United States and Switzerland, Bern 1998
- BUCHER EUGEN, Der *Gegensatz* von Zivil- und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, in: FS A. Meier-Hayoz, Zürich 1972, 1 ff.
- BUCHER EUGEN, Neue Aspekte der Rechtsfähigkeit, besonders bei juristischen Personen, Aarg. Beamtenblatt Nr. 8, 1967, 93 ff.
- BUCHER EUGEN, *Organschaft, Prokura, Stellvertretung*, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von W. F. Bürgi, Zürich 1971, 39 ff.
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 2. A. 1988 (zitiert BUCHER AT)

- BUCHER EUGEN, Was man aus einem Fall von «Putativ-Vertrauenshaftung» lernen kann. BGE 7. 1. 1999 (*Monte-Rosa-Fall*) ist Anlass weder zu Begeisterung noch Empörung ob der sog. Vertrauenshaftung, recht 2001, 65 ff.
- BUCHER/WIEGAND, Übungen im Obligationenrecht, unter Mitarbeit von M. Reber, 3. A. Zürich 2001
- BUCK PETRA, Wissen und juristische Person, Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten, Tübingen 2001
- BUFF HERBERT G., Compliance, Führungskontrolle durch den Verwaltungsrat, Zürich 2000
- BURCKHARDT WALTER, Methode und System des Rechts, Zürich 1936
- BYDLINSKI FRANZ, Fundamentale *Rechtsgrundsätze*. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, Wien 1988
- BYDLINSKI FRANZ, Juristische *Methodenlehre* und Rechtsbegriff, 2. A. Wien/New York 1991
- BYDLINSKI FRANZ, *System* und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York 1996
- CAMENZIND CHRISTIAN A., Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes, Zürich 1989
- CANARIS CLAUD-WILHELM, *Bankvertragsrecht* Erster Teil, 3. A. Berlin 1988
- CANARIS CLAUD-WILHELM, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, 2. A. Berlin 1983
- CANARIS CLAUD-WILHELM, *Die Vertrauenshaftung* im deutschen Privatrecht, München 1971
- CARONI PIO, «Privatrecht»: eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt a.M. 1988
- CHAPPUIS/WINIGER (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung, Zürich 2001, mit Beiträgen u. a. von Thévenoz (La responsabilité fondée sur la confiance dans les services bancaires et financiers), Hirsch (La responsabilité des expert envers les tiers), Brehm (La responsabilité fondée sur la confiance dans le domaine des assurances) und Walter (La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral)
- CHOU HAN-LIN, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Basel/Genf/München 2002
- Conflicts of Interests of CIS Operators, Report of the Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, Mai 2000
- COOTER/ULEN, Law and Economics, Glenview 1988
- DASSER FELIX, Vertragstypenrecht im Wandel, Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zürich 2000
- DE CAPITANI WERNER, *Das Bankgeheimnis im Konzern*. Bemerkungen zum Beitrag von Peter C. Honegger und Thomas A. Frick in SZW 1/96 S. 1, SZW 1997, 76 ff.
- DE CAPITANI WERNER, *Die neue Insiderstrafnorm*: Prävention aus der Sicht einer schweizerischen Grossbank, ST 1989, 287 ff.
- DONLE LUTZ, Zur Frage der rechtserheblichen Kenntnis im Unternehmen, FS für Rainer Klaka, Herbst (Hrsg.), München 1987, 6 ff.
- DREXL JOSEF, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 1997, 491 ff.

- DRUEY JEAN NICOLAS, Das Informationsrecht des *Outsiders*, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium Rolf Bär, Bern 1993, 69 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS, Haftung einer Muttergesellschaft aus Erklärungen, die sie gegenüber Geschäftspartnern ihrer Tochtergesellschaft abgibt. Bemerkungen zu BGE 120 II 331, SZW 1995, 93 ff.
- DRUEY JEAN NICOLAS, *Information* als Gegenstand des Rechts, Entwurf einer Grundlegung, Zürich/Baden-Baden 1995
- DRUEY JEAN NICOLAS, *Leitungsrecht und -pflicht im Konzern*, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern/Stuttgart/Wien 2000, 1 ff.
- DRUEY/VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999
- EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar, Bd. I Einleitung – Das Personenrecht, 2. A. Zürich 1930, Nachdruck 1978 (zitiert ZK-EGGER)
- EIDENMÜLLER HORST, Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse, AcP 197 (1997) 80 ff.
- EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften und Genossenschaft, 4. A. München 1992
- ERTEL KARIN, Die Wissenszurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Zivilrecht, Mannheim 1998
- FASSBENDER CHRISTIAN A., Innerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten, Berlin 1998
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar, Bd. VI,2,4, Bern 1992 (zitiert BK-FELLMANN)
- FIKENTSCHER WOLFGANG, Zur Generalklausel des § 242 BGB als Schlüssel des zivilrechtlichen Vertrauensschutzes: «Sonderverbindung» oder «neue Sachnormen»? – Ein Beitrag zur Rechtsverhaltensforschung, in: Recht und Verhalten, Hof/Kummer/Weingart (Hrsg.), Baden-Baden 1994, 165 ff.
- FLUME WERNER, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 2 Teil Die *juristische Person*, Berlin/Heidelberg 1983
- FLUME WERNER, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das *Rechtsgeschäft*, 3. A. Berlin 1979
- FLUME WERNER, Die *Haftung für Fehler* kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag, AcP 1997, 441 ff.
- FLUME WERNER, *Unternehmen* und juristische Person, FS G. Beitzke zum 70. Geburtstag, Sandrock (Hrsg.), Berlin u. a. 1979, 43 ff.
- FÖGEN MARIE THERES, «Mehr Sein als Schein»? Anmerkungen zur juristischen «Person» in Theorie und Praxis, SJZ 95, 393 ff.
- FÖRSTER FRANZ, Preussisches Privatrecht, Bd. 3, bearb. von Eccius, 7. A. Berlin 1896
- FORSTMOSER PETER, *Haftung im Konzern*, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Charlotte M. Baer (Hrsg.), Bern/Stuttgart/Wien 2000, 89 ff.
- FORSTMOSER PETER, *Insiderstrafrecht*, SAG 1988, 122 ff.
- FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- FUHRER STEPHAN, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001 (zitiert BSK-FUHRER)
- GASSER URS, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, St. Gallen 2001
- GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 4. A. Zürich 1996
- GAUCH/SCHLUBF/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 7. A. Zürich 1998
- GAUTSCHI GEORG, Berner Kommentar, Bd. VI,2,4. Der einfache Auftrag, Bern 1971 (zitiert BK-GAUTSCHI)
- GLANZ STEPHAN, Prinzipien der Konzernrechnungslegung, Chur/Zürich 1997
- GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, ZSR 119 (2000) II 135 ff.
- GOLDSCHMIDT CHRISTOF-ULRICH, Die Wissenszurechnung. Ein Problem der jeweiligen Wissensnorm, entwickelt am Beispiel des § 463 S. 2 BGB, Berlin 2001
- GROSS WOLFGANG, *Kapitalmarktrecht*. Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung, zum Verkaufsprospektgesetz und zur Verkaufsprospektgesetz-Verordnung, München 2000
- GRUBER MICHAEL, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Heinrich Honsell (Hrsg.), Berlin/Heidelberg/New York 1999
- GRUNDMANN STEFAN, Münchener-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rebmann/Säcker/Rixacker (Hrsg.), 4. A. München 2001 (zitiert Münchener Komm-GRUNDMANN)
- GRUNEWALD BARBARA, Wissenszurechnung bei juristischen Personen, FS K. Beusch zum 68. Geburtstag, Beise (Hrsg.), Berlin u. a. 1993, 301 ff.
- GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. A. Zürich 2000
- HAGEN HORST, Wissenszurechnung bei Körperschaften und Personengesellschaften als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, DRiZ, 1997, 157 ff.
- HANDSCHIN LUKAS, *Der Konzern* im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994
- HANDSCHIN LUKAS, Zur *Unabhängigkeit der Revisionsstelle*: Beratung und Buchhaltungsarbeiten durch die Revisionsstelle für die revidierte Gesellschaft, SJZ 90, 344 ff.
- HASSOLD GERHARD, Die Lehre vom Organisationsverschulden, JuS 1982, 583 ff.
- HAURI KURT, Der Einfluss des öffentlichen Rechts auf das private Bankrecht, in: Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Wiegand (Hrsg.), BBT Bd. 6, Bern 1999, 1 ff.
- HAUSHEER/JAUN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bger. im Jahre 2000, ZBJV 2001, 913 ff.
- HEIDRICH CARSTEN, Das Wissen der Bank. Untersuchung dessen, was privatrechtlich das Wissen einer Bank-Aktiengesellschaft ist (Wissenszurechnung): was sie wissen will, wissen darf und warum sie zur Organisation des Wissens verpflichtet ist (Wissensorganisationspflicht), Berlin 2001
- HEINRICH HELMUT, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. A., München 2003 (zitiert PALANDT-HEINRICH)
- HIRNI MARTIN, Netzwerk-Organisationen und Informationsmanagement bei Banken. Analyse am Beispiel der Zürcher Kantonalbank, Zürich 2000
- HIRSCH ALAIN, La surveillance des groupes bancaires, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, Druey (Hrsg.), Bern 1988, 209 ff.

- HIRSCH WERNER Z., Law and Economics, 2. A. Boston 1988
- HOF HAGEN, Rechtsethologie. Recht im Kontext von Verhalten und ausserrechtlicher Verhaltensregelung, Heidelberg 1996
- HOF/KUMMER/WEINGART in Zusammenarbeit mit Maasen S. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen, Baden-Baden 1994
- HOFSTETTER BRIGITTE, Das *Compliance*-Konzept zur Verhinderung von Interessenkonflikten innerhalb von Universalbanken, AJP 2002, 27 ff.
- HOFSTETTER BRIGITTE, Interessenkonflikte im Universalbankensystem. Eine Systematisierung innerhalb und ausserhalb des Wertpapiermarktes, unter Einschluss der Insiderproblematik, Bern 1999
- HOMBURGER ERIC, Zürcher Kommentar, Teilband V/5b, Zürich 1997 (zitiert ZK-HOMBURGER)
- HOMMELHOFF PETER, Konzernleitungspflicht – Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln/Berlin/Bonn/München 1982
- HOMMELHOFF/HOPT/LUTTER, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München, Wien und Bern 2001
- Honegger/Frick, Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen, SZW 1996, 1 ff.
- HONSELL HEINRICH, Basler Kommentar, ZGB I, 2. A. Basel 2002 (zitiert BSK-HONSELL)
- HOPT KLAUS J., Der *Kapitalanlegerschutz* im Recht der Banken, München 1975
- HOPT KLAUS J., *Konzernrecht und Kapitalmarktrecht* in Deutschland, in: Hommelhoff/Hopt/Lutter, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München, Wien und Bern 2001
- HSU PETER CH., Ad-hoc Publizität. Bekanntgabe von kursrelevanten Tatsachen – ein Mindeststandard kapitalmarktgerechter Unternehmenspublizität, Zürich 2000
- HÜFFLER UWE, Aktiengesetz, 4. A. München 1999
- HÜTTE KLAUS, Fragen rund um die Haftung der Revisionsstelle aus nicht erkannten Veruntreuungen [Bemerkungen zu BGE vom 3. März 1998], SZW 1998, 207 ff.
- HUWILER BRUNO, Privatrecht und Methode, recht 1999 (Sonderheft)
- JÄGGI PETER, Berner Kommentar, Bd. I Einleitung, Bern 1962, Nachdruck 1966 (zitiert BK-JÄGGI)
- KÄCH SIMON, Die Rechtsstellung des Vertreters einer juristischen Person im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Zürich 2002
- KARLSRUHER FORUM 1994, Möglichkeiten der Wissenszurechnung, Sonderheft VersR
- KELSEN HANS, Reine Rechtslehre, Wien 2000
- KISS-PETER CHRISTINA, Guter Glaube und Verschulden bei mehrgliedrigen Organen, BJM 1990, 281 ff.
- KLEINDIEK DETLEF, Deliktshaftung und juristische Person, Tübingen 1997
- KLEINER/LUTZ, Das Eigenkapital im Bankkonzern, SZW 1991, 140 ff.
- KOENIG WILLY, SPR VII/2, Basel/Stuttgart 1979, 479 ff.
- KOLLER ALFRED, *Der gute und der böse Glaube* im allgemeinen Schuldrecht. Auslegung und systematische Erfassung der Gutgläubensvorschriften im allgemeinen Teil des OR, Freiburg 1985
- KOLLER ALFRED, *Verletzung der Anzeigepflicht* durch den Versicherungsnehmer; Unbeachtlichkeit der Pflichtverletzung nach Art. 8 Ziff. 2 und 3 VVG, recht 1987, 60 ff.
- KOLLER INGO, Wissenszurechnung, Kosten und Risiken, JZ 1998, 75 ff.
- KOLLER THOMAS, *Privatrecht und Steuerrecht*. Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993
- KOLLER THOMAS, Schleichende *Einschränkung* des Haftungsprivilegs durch schleichende Ausweitung des Organbegriffs nach Art. 55 Abs. 2 ZGB, recht 2002, 122 ff.
- KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene *Nebenpflichten* im Privatrecht, ZSR 112 (1993) I 157 ff.
- KOLLER/KISSLING, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, in: Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Wiegand (Hrsg.), BBT Bd. 7, Bern 2000, 23 ff.
- KOLLHOSSER HELMUT, Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar zu VVG und EGVVG, Prölts/Martin (Hrsg.), 26. A. München 1998 (zitiert PRÖLLS/MARTIN-KOLLHOSSER)
- KOPPENSTEINER HANS-GEORG, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, Zöllner (Hrsg.) Köln/Berlin/Bonn/München 1985
- KÖTZ/SCHÄFER, *Judex, calcula!*, JZ 1992, 355 ff.
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Bd. VI, 1, 1 Art. 1–18, Bern 1986 (zitiert BK-KRAMER)
- KUHN MORITZ, Grundzüge des Schweizerischen Privatversicherungsrechts, Zürich 1989
- KÜMPEL SIEGFRIED, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. A. Köln 2000
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht. Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001
- KUZMIC KRISTINA, Haftung aus Konzernvertrauen, Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht, Zürich 1998
- LANZ RAPHAEL, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Bern 2000
- LARENZ/CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A. Berlin/Heidelberg 1995
- LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. A. München 1997
- LEHMANN CHRISTOPH, Wissenszurechnung in Vertragsverhältnissen: Bestandsaufnahme unter Berücksichtigung der Privatisierungsverträge der Treuhandanstalt, DStR 1995, 1027 ff.
- LEPTIEN ULRICH, Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 2, Siebert/Bauer u. a. (Hrsg.), 13. A. Stuttgart 1999 (zitiert SOERGEL-LEPTIEN)
- LIVER PETER, Berner Kommentar, Bd. I, Einleitung, Bern 1962, Nachdruck 1966 (zitiert BK-LIVER)
- LOBINGER THOMAS, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, Tübingen 1999
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, Zürich/Basel/Genf 2002

- LORENZ STEPHAN, Mala fides superveniens im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Wissenszurechnung von Hilfspersonen, JZ 1994, 549 ff.
- LOSS/SELIGMAN, Fundamentals of Securities Regulation, 4. A. New York 2000
- LUHMANN NIKLAS, *Ausdifferenzierung* des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1999
- LUHMANN NIKLAS, *Rechtssoziologie*, 3. A. Opladen 1987
- LUHMANN NIKLAS, *Vertrauen*. Ein Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität, Stuttgart 2. A. 1973
- LUTTER MARCUS, Haftung aus Konzernvertrauen?, in: Schön, W. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift 1997*, 229 ff.
- MARGIOTTA ADRIANO, Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzern-internen Informationsflusses? Zürich 2002
- MATUSCHE-BECKMANN ANNEMARIE, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001
- MAURENBRECHER BENEDIKT, Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, AJP 1998, 1327 ff.
- MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1995
- MCVEA HARRY, Financial Conglomerates and the Chinese Wall, *Regulating Conflicts of Interest*, Oxford 1993
- MEDICUS DIETER, Probleme der Wissenszurechnung, in: *Karlsruher Forum 1994*, Möglichkeiten der Wissenszurechnung, *VersR Sonderheft*, 4 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Berner Kommentar*, Bd. I Einleitung, Bern 1962, Nachdruck 1966 (zitiert BK-MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Das *Vertrauensprinzip* beim Vertragsabschluss, Zürich 1948
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel*, Hertig/Meier-Schatz/Roth u. a. (Hrsg.), Zürich 2000
- MERTENS HANS-JOACHIM, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 1, Zöllner (Hrsg.) Köln/Berlin/Bonn/München 1985 (zitiert *Kölner Komm-MERTENS*)
- MERZ HANS, *Berner Kommentar*, Bd. I Einleitung, Bern 1962, Nachdruck 1966 (zitiert BK-MERZ)
- MESSERLI BEAT, Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, *SJZ* 93, 17 ff.
- MEYER-REIM UTZ MARTIN, Wissenszurechnung im Versicherungsunternehmen, *Versicherungsrecht* 1994, 1137 ff.
- MOSER MARTIN, *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten*. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Bern 1998
- MOSER/BERGER, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft – zur Haftungsgrundlage und zu den Grenzen von Aufklärungspflichten. Zugleich eine Besprechung des BGE 4C. 410/1997 vom 23. 6. 1998, *AJP* 1999, 541 ff.
- MÜLLER-FREIENFELS WOLFRAM, *Die Vertretung im Rechtsgeschäft*, Tübingen 1955
- NEF URS CH., *Basler Kommentar zum VVG*, Basel 2001 (zitiert BSK-NEF)
- NOBEL PETER, Schweizerisches *Finanzmarktrecht*. Einführung und Überblick, Bern 1997
- NOBEL PETER, *Swiss Finance Law and International Standards*, Bern und Den Haag/London/Boston 2002
- OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. A. Zürich 1995
- OLDENBOURG HANS, Die Wissenszurechnung. Die Lehre vom Wissensgehilfen, zugleich ein Beitrag zur sogenannten Empfangsvertretung, Mannheim u. a. 1934
- OSER/SCHÖNBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V, 1 Allg. Bestimmungen, 2. A. Zürich 1926 (zitiert ZK-OSER/SCHÖNBERGER)
- OTT/SCHÄFER, *Allokationseffizienz* in der Rechtsordnung. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin/Heidelberg/New York u. a. 1989
- PALM HEINZ, *Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Westermann (Hrsg.), 10. A. Köln 2000 (zitiert ERMAN-PALM)
- PETER/BIRCHLER, Les groupes des sociétés sont des sociétés simples, *SZW* 1998, 113 ff.
- PFUND PETER, Allfinanz aus versicherungsrechtlicher Sicht, in: *Rechtsprobleme der Allfinanz*, Zobl (Hrsg.), Zürich 1997, 67 ff.
- PLÜSS ADRIAN, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Zürich 1990
- POSNER RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, 3. A. Boston/Toronto 1986
- PUCHTA GEORG FRIEDRICH, *Pandekten*, 11. A. Leipzig 1872
- RADBRUCH GUSTAV, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. A. Stuttgart 1969
- RASCHLE LUKAS G., Problemstellungen und Interessenkonflikte der Schweizer Banken bei der Sanierung von Kapitalmarktgesellschaften, Bern/Stuttgart/Wien 1998
- REHBINDER MANFRED, *Rechtssoziologie*, 4. A. München 2000
- REICHWEIN HEINZ, Wie weit ist der Aktiengesellschaft und andern juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog. Wissensvertretung)?, *SJZ* 1970, 1 ff.
- REINKING/KIPPELS, Arglisthaftung und Organisationsverschulden, *ZIP* 1988, 892 ff.
- RHINOW/BAYERDÖRFER, Rechtsfragen der schweizerischen Bankaufsicht. Die Aufsichtsbefugnisse der Bankkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel/Frankfurt a. M. 1990
- RICHARDI REINHARD, Die Wissensvertretung, *AcP* 1969, 385 ff.
- RIEMER HANS MICHAEL, *Berner Kommentar*, Bd. I, 3, 1, Bern 1993 (zitiert BK-RIEMER)
- RIEMER HANS MICHAEL, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, *SJZ* 95, 468 ff.
- ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1997
- ROBERTO/MATHYS, Verantwortlichkeit der Bank bei der Veräusserung von anlässlich einer Sanierung erworbenen Aktien. Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung, *AJP* 2000, 749 ff.
- ROELLI/KELLER, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Bd. 1 Zürich 1968
- ROHDE ANNETTE, Die Wissenszurechnung bei rechtsgeschäftlicher Tätigkeit einer juristischen Person, Bielefeld 1999
- RÖMMER-COLLMANN, Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen, Frankfurt a. M. u. a. 1998
- ROTH URS P., *Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und Effektenhandel*, Hertig/Meier-Schatz/Roth u. a. (Hrsg.), Zürich 2000
- RUEPP RONALD U., Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft, Zürich 1994
- RUFFNER MARKUS, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der *Publikumsgesellschaft*, Zürich 2000

- RUFFNER MARKUS, *Sorgfalts- und Treuepflichten* und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse, ZSR 119 (2000) II 195 ff.
- RUPPMANN EVELYN, *Der konzerninterne Austausch personenbezogener Daten, Risiken und Chancen für den Datenschutz*, Baden-Baden 2000
- SCHÄFER HANS-BERND, *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Ergebnisse des Travemünder Symposiums zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Berlin/Heidelberg 1989
- SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 2. A. Berlin/Heidelberg/New York u. a. 1995
- SCHARPF MARCUS ALEXANDER, *Corporate Governance, Compliance und Chinese Walls*, Regensburg 2000
- SCHENK GERALD, *Konzernbildung, Interessenkonflikte und ökonomische Effizienz*, Frankfurt am Main 1997
- SCHILKEN EBERHARD, *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 1. Buch Allgemeiner Teil, Neubearbeitung Berlin 2001 (zitiert STAUDINGER-SCHILKEN)
- SCHILKEN EBERHARD, *Wissenszurechnung im Zivilrecht*, Bielefeld 1983
- SCHILTKNECHT RETO, *Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften. Ein Beitrag zur Rechtstellung und zivilrechtlichen Haftung des Arbeitnehmer-Verwaltungsrates*, Bern 1997
- SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, Hrsg., *Bankrechts-Handbuch*, München 1997 (jeweils zusammen mit Namen des Bearbeiters zitiert)
- SCHLECHTRIEM PETER, *Organisationsverschulden als zentrale Zurechnungskategorie*, in FS Wolfgang Heiermann, Wiesbaden/Berlin 1995
- SCHMIDLIN BRUNO, *Berner Kommentar*, Bd. VI,1,2,1b, Bern 1995 (zitiert BK-SCHMIDLIN)
- SCHMIDT KARSTEN, *Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht. Aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von von Gierkes Genossenschaftstheorie*, Hamburg 1987
- SCHMIDTCHEN DIETER, *Ökonomik des Vertrauens*, in: *Recht und Verhalten: Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen*, Hof/Kummer/Weingart (Hrsg.), Baden-Baden 1994, 129 ff.
- SCHNYDER ANTON K., *Basler Kommentar OR I*, 2. A., Basel 1996 (zitiert BSK-SCHNYDER)
- SCHNYDER ANTON K., *Der Konzern*, in: von Büren/Stoffel/Schnyder/Christen-Westenberg, *Aktienrecht*, Zürich 2000, 252 ff.
- SCHOLZ FRANZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Bd.1, 8. A. Köln 1993, Bd.2, 8. A. Köln 1995 (zitiert SCHOLZ-[Autor])
- SCHRAMM KARL-HEINZ, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), 4. A. München 2001 (zitiert Münchener Komm-SCHRAMM)
- SCHÜLER WOLFGANG, *Die Wissenszurechnung im Konzern*, Berlin 2000
- SCHULTZ MICHAEL, *Zur Vertretung im Wissen* NJW 1990, 477 ff.
- SCHWARTZKOPF WOLFGANG DIETER, *Holdingsstrukturen im Bankbereich*, Bern 1993
- SCHWENZER INGEBORG H., *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. A. Bern 2000
- SCHWENZER INGEBORG, *Basler Kommentar OR I*, 2. A., Basel 1996 (zitiert BSK-SCHWENZER)
- SCHWINTOWSKI/SCHÄFER, *Bankrecht. Commercial Banking – Investment Banking*, Köln u. a. 1997
- SIEGER KURT, *Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung*, Zürich 1978
- SINGER REINHARD, *Rezension von Marcus Baum, Die Wissenszurechnung*, ZHR 2000, 67 ff.
- SPIRO KARL, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Bern 1984
- STOFFEL LEO, *Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht*, Freiburg 1963
- STOLL HANS, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, Heidelberg 1993
- STREYL ANNEDORE, *Zur konzernrechtlichen Problematik von Vorstands-Doppelmandaten*, Heidelberg 1992
- SWOBODA PETER, *Ökonomische Aspekte der Rechtssicherheit*, FS W. Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, 387 ff.
- TAUPITZ JOCHEN, *Anmerkung zu BGH*, Urteil vom 2.2.1996, JZ 1996, 731 ff.
- TAUPITZ JOCHEN, *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz*, AcP 196 (1996) 114 ff.
- TAUPITZ JOCHEN, *Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht*, in: *Karlsruher Forum* 1994, Möglichkeiten der Wissenszurechnung, VersR Sonderheft, 16 ff.
- THALMANN CHRISTIAN A., *Interessenkonflikte im Bank- und Börsenrecht*, nicht publiziertes Vortragsmanuskript der Antrittsvorlesung Zürich, 1999
- THEISEN MANUEL RENÉ, *Der Konzern. Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung*, 2. A. Stuttgart 2000
- THOMAS HEINZ, *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 62. A. München 2003 (zitiert PALANDT-THOMAS)
- THORMANN PH., *Das Recht der juristischen Personen im Vorentwurf*, ZBJV 1900, 489 ff.
- TINTELNOT ALBRECHT, *Gläubigeranfechtung kraft Wissenszurechnung – insbesondere zu Lasten Minderjähriger* JZ 1987, 795 ff.
- TUOR/SCHNYDER/SCHMID, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. A. Zürich 1995
- VISCHER MARKUS, *Due Diligence bei Unternehmenskäufen*, SJZ 96, 232 ff.
- VOGEL ALEXANDER, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze*, Bern/Stuttgart/Wien 1997
- VOIT WOLFGANG, *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Heinrich Honsell (Hrsg.), Berlin/Heidelberg/New York 1999
- VON BAR CHRISTIAN, *Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht*, Köln 1980
- VON BAR CHRISTIAN, *Zur Struktur der Deliktshaftung von juristischen Personen, ihren Organen und ihren Verrichtungsgehilfen*, in: Leser/Isomura (Hrsg.) *FS Zentaro Kitagawa*, Berlin 1992, 279 ff.

- VON BÜREN ROLAND, *Organe der AG*, in: von Büren, Stoffel, Schnyder, Christen-Westenberg, Aktienrecht, Zürich 2000
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, FS für Rolf Bär, Bern 1993, 47 ff.
- VON BÜREN ROLAND, Der Konzern. Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR VIII/6, Basel/Frankfurt a. M. 1997
- VON BÜREN ROLAND, *Haftungsgrundlagen* im Konzern: BGE 124 III 297 ff. i. S. Musilvertrieb AG gegen Motor-Columbus AG, SZW 1999, 54 ff.
- VON BÜREN/BÄHLER, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 4/96, 391 ff.
- VON BÜREN/BRECHBÜHL, Verkennung der Führungsmechanismen im Konzern oder: In dubio pro fisco: zu BGE vom 9.5.1995 (StE 95 B 72.11 Nr.3), ZBJV 1996, 542 ff.
- VON BÜREN/HUBER, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 1998, 213 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, *Interessenkonflikte* im Aktienrecht, SZW 1994, 1 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, *Rahmenverträge*: Vertragsrecht-Systemtheorie-Ökonomie, Zürich 1993
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und *Reputation* in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 119 (2000) II 235 ff.
- VON DER CRONE/WALTER, Konzernerkklärung und Konzernverantwortung, SZW 2001, 53 ff.
- VON FISCHER MARIE, Die Ad hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement, Bern 1999
- VON GIERKE OTTO, *Deutsches Privatrecht*, 1. Bd., 1895, Nachdruck von 1936, Leipzig
- VON GIERKE OTTO, *Die Genossenschaftstheorie* und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
- VON ROHR ALEXANDER, Evolutionsbiologische Grundlagen des Rechts. Zum Einfluss neurogenetischer Information auf das Recht. Ein Beitrag zur Rechtsethologie unter besonderer Berücksichtigung des Vertrauens im Recht, Berlin 2000
- VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, *Das Obligationenrecht* als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. II, Berlin 1853
- VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, *System des heutigen römischen Rechts*, 2. Bd., Berlin 1840
- VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II, 3. A. Zürich 1974
- VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, I, 3. A. Zürich 1979
- VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband und Zweiter Halbband, 2. A. Zürich 1942 bzw. 1944
- WALTER HANS PETER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts? ZSR 120 (2001) I 83 ff.
- WALTERMANN RAIMUND, Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, NJW 1993, 889 ff.
- WALTERMANN RAIMUND, Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Person des privaten und öffentlichen Rechts, AcP 1992, 181 ff.
- WATTER ROLF H., Basler Kommentar, OR I, 2. A. Basel 1996 (zitiert BSK-WATTER)
- WATTER ROLF H., *Chinese Walls* bei Universalbanken?, SJZ 1991, 109 ff.
- WATTER ROLF H., Die *Verpflichtung der AG* durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985
- WATTER ROLF H., Prospekt(haft)pflicht heute und morgen, AJP 1992, 48 ff.
- WATTER ROLF H., Über das *Wissen und den Willen* einer Bank, in: Banken und Bankrecht im Wandel, FS für Beat Kleiner, Zürich 1993, 125 ff.
- WEBER ROLF H., Basler Kommentar, OR I, 2. A. Basel 1996 (zitiert BSK-WEBER Art. [ ] OR)
- WEBER ROLF H., Basler Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel 1999 (zitiert BSK-WEBER Art. [ ] BEHG)
- WEBER ROLF H., *SPR II/4*, Einleitung und Personenrecht. Teilband 4: Juristische Personen, Pierre Tercier (Hrsg.), Basel 1998
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt am Main 1983
- WENNINGER RENATE, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Zürich 1983
- WETTENSCHWILER SUZANNE, Basler Kommentar, OR I, 2. A. Basel 1996 (zitiert BSK-WETTENSCHWILER)
- WIEGAND WOLFGANG, *Ad hoc-Publizität* und Schadenersatz, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, FS für Jean-Paul Chappuis, Zürich 1998, 143 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar OR I, 2. A. Basel 1996 (zitiert BSK-WIEGAND)
- WIEGAND WOLFGANG, Die *Amerikanisierung des Rechts*, insbesondere des Bank- und Wirtschaftsrechts, in: Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Baums u. a. (Hrsg.), Kluwer Law International 2000, 601 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Verhaltenspflichten – Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in *FS Gagnér*, München 1991, 547 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, *Rechtsschein und Vertrauen*, in: Recht und Verhalten, Verhaltensgrundlagen des Rechts – zum Beispiel Vertrauen, Hof u. a. (Hrsg.), Baden-Baden 1994, 183 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, *Treuhand und Vertrauen*, in: FS Fikentscher, Grossfeld u. a. (Hrsg.), Tübingen 1998, 329 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Zur Haftung für Dienstleistungen, *recht* 1990, 134 ff.
- WIEGAND/BERGER, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 1999, 713 ff.
- WIEGAND/KOLLER, Obligationenrecht I, Vorlesungsunterlagen für das Wintersemester 2000/01 und für das Sommersemester 2001, Bern 2000
- WIEGAND/WICHTERMANN, Der *Einfluss des Privatrechts* auf das öffentliche Bankrecht, in: Die Banken im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Wiegand (Hrsg.), BBT Bd. 6, Bern 1999
- WIEGAND/WICHTERMANN, Die *Standesregeln* der Banken als «blosse» Auslegungshilfe – zur (Un-)Verbindlichkeit von Selbstregulierungen, *recht* 2000, 28 ff.
- WILBURG WALTER, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Graz 1950
- WILHELM JAN, Kenntniszurechnung kraft Kontovollmacht, AcP 1983, 1 ff.

- WINDSCHEID BERNHARD, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 8.A., Frankfurt a.M. 1900
- WYSS/VON DER CRONE, Haftung für Auskunft [Bemerkungen zum Bger.-Entscheid 4C.193/2000 vom 26.9.2001], SZW 2002, 112 ff.
- ZÄCH ROGER, Berner Kommentar, Bd. VI,1,2,2, Bern 1990 (zitiert BK-ZÄCH)
- ZOBL DIETER, *Interessenkonflikte von Banken bei der Finanzierung von Übernahmeferten*. Im Hinblick auf die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 3 BankG, in: Kolloquium Erwerb von Beteiligungen am Beispiel der öffentlichen Übernahmeangebote, Lausanne 1990, 438 ff.
- ZUBERBÜHLER DANIEL, Allfinanz aus bankaufsichtsrechtlicher Sicht, in: Rechtsprobleme der Allfinanz, Dieter Zobl (Hrsg.), Zürich 1997, 37 ff.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Banque ou négociant?*, in: Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998, 193 ff.
- ZULAUF URS, *Bankgeheimnis und bankhistorische Forschung*, ZSR 113 (1994) I 105 ff.
- ZULAUF URS, *Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz*, ZSR 113 (1994) II 359 ff.

## Inhaltsübersicht

Hinweis zur Judikatur .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XI
Literaturverzeichnis .....	XV
Inhaltsverzeichnis .....	XXXI
<b>1. Kapitel Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2. Kapitel Das Wissen in arbeitsteiligen Verhältnissen</b>	<b>9</b>
§ 1 Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht .....	9
§ 2 Einsatz von Hilfspersonen und Wissenszurechnung .....	28
§ 3 Das Wissen der juristischen Person .....	39
§ 4 Exkurs: Versicherungsvertragsrecht .....	89
<b>3. Kapitel Vorschlag zur Bestimmung der Wissenszurechnung</b>	<b>111</b>
§ 1 Vorbemerkung: Vorliegen einer Gesetzeslücke .....	111
§ 2 Wissenszurechnung gestützt auf allgemeine Grundwertungen der Privatrechtsordnung .....	117
§ 3 Ordnungsgemässe Organisation als Leitmotiv und die Organisationsobliegenheit als positiv-rechtliche Grundlage der Wissenszurechnung .....	157
§ 4 Konkretisierung der ordnungsgemässen Wissensorganisation	181
§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse des 3. Kapitels .....	226
<b>4. Kapitel Wissenszurechnung im Konzern</b>	<b>229</b>
§ 1 Vom späten Erkennen eines Problems – Wissenszurechnung über die Grenze der juristischen Person hinweg? .....	229
§ 2 Voraussetzungen der Wissenszurechnung im Konzern .....	234
§ 3 Funktionaler Ansatz .....	237
§ 4 Das konzernrechtliche Spannungsfeld zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten .....	289
§ 5 Die Wissenszurechnung im Konzern – Verhältnis zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen und Zusammenfassung ...	296
§ 6 Hinweis: Wissenszurechnung im Bankkonzern .....	298
<b>5. Kapitel Wissenszurechnung und wissensbasierte Interessenkonflikte bei Banken</b>	<b>301</b>
§ 1 Einleitung .....	301
§ 2 Wissenszurechnung bei Banken und Bankkonzernen – Modifikation durch regulatorische «Informationsflussnormen» ...	308
§ 3 Beitrag zur Lösung von wissensbasierten Interessenkonflikten bei Banken und Finanzdienstleistungskonzernen .....	342
Stichwortverzeichnis .....	393

# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kapitel</b>	<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2. Kapitel</b>	<b>Das Wissen in arbeitsteiligen Verhältnissen</b>	<b>9</b>
§ 1	Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht .....	9
	I. Einleitung .....	9
	II. Schweiz .....	11
	1. Prinzip .....	11
	2. Ausnahmsweises Unterbleiben der Zurechnung .....	14
	3. Passive Vertretung und Abgrenzung zum Empfangsboten .....	15
	4. Mehrere Vertreter .....	16
	5. Handelsrechtliche Stellvertretung und Wissenszurechnung .....	17
	III. Deutschland .....	19
	1. Die Normierung der Wissenszurechnung in § 166 BGB ..	19
	2. Wissen und Wissenmüssen des Vertreters (Abs.1) .....	20
	3. Wissen und Wissenmüssen des Vertretenen (Abs.2) .....	23
	4. Rechtspolitische Rechtfertigung von § 166 Abs.1 und 2 BGB .....	24
	IV. Zusammenfassung und Fazit .....	25
§ 2	Einsatz von Hilfspersonen und Wissenszurechnung .....	28
	I. Spärliche Aussagen in Lehre und Judikatur .....	28
	II. Zulässigkeit von Rückschlüssen aus den Regeln über die Hilfspersonenhaftung? .....	35
	1. Art. 101 und 55 OR .....	35
	2. Beschränkung auf verhaltensabhängige Wissenszurechnung? .....	36
	3. Exkurs: Hilfsperson verfügt über bessere Kenntnisse ....	38
§ 3	Das Wissen der juristischen Person .....	39
	I. Relevanz der Theorien über die Natur der juristischen Person für die Wissenszurechnung .....	40
	1. Aussagen zur Wissenszurechnung? .....	40
	2. Die Stellung der schweizerischen Legislative und Judikative zum Theorienstreit .....	44

II. Das Wissen der juristischen Person nach der Rechtsprechung	46
1. Schweiz	46
a) BBC-Entscheid (BGE 109 II 338 ff.)	47
b) BGE 112 II 503 ff.	50
c) Lausanne-Entscheid (BGE 124 III 418 ff.)	51
d) Bger.-Urteile vom 3. 3. 1998 und vom 13. 11. 2002	52
e) Bger.-Urteil 4C.335/1999 vom 25. 8. 2000	53
f) Hinweis: Bger.-Urteil 4C.26/2000 vom 6. 9. 2000	56
g) Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001	56
2. Deutschland	57
III. Die Lehrmeinungen zum Wissen der juristischen Person	62
1. Schweiz	62
a) Lehrbücher und Kommentare	62
b) Monographien und Aufsätze	65
aa) Reichwein	65
bb) Sieger	67
cc) Watter	68
dd) Kiss-Peter	72
ee) Druey	74
2. Deutschland	75
a) Römmer-Collmann	75
b) Baumann	77
c) Schilken	77
d) Baum	78
e) Buck	81
f) Goldschmidt	84
g) Fassbender	84
h) Hinweis: Monographien von Adler, Bott, Ertel, Heidrich	87
i) Hinweis: Beiträge von Taupitz, Medicus, Canaris, Hausheer, Grunewald; Koller, Waltermann, Flume, Bohrer	87
IV. Zusammenfassung und Fazit	87
§ 4 Exkurs: Versicherungsvertragsrecht	89
I. Bedeutung der Wissenszurechnung im Versicherungsgeschäft	89
II. Die Funktion der Wissenszurechnung und ihre Einbettung im versicherungsrechtlichen Normenkomplex	92
III. Das Wissen des Versicherers	94
1. Weiss die Versicherung, was ihr Agent weiss?	94
a) Deutschland	94
b) Schweiz	96

2. Zurechnung anderen Wissens oder Wissenmüssens als dasjenige von Agenten	98
a) Schweiz	98
aa) Intern vorhandenes Wissen und externe Datenbanken	98
bb) Wissen im Konzern und Schlussfolgerungen für die Wissenszurechnung bei der juristischen Person	101
cc) Outsourcing	102
b) Deutschland	104
IV. Fazit	107
1. Agentenwissen	107
2. Andere Fälle	109
<b>3. Kapitel Vorschlag zur Bestimmung der Wissenszurechnung</b>	<b>111</b>
§ 1 Vorbemerkung: Vorliegen einer Gesetzeslücke	111
I. Vorbemerkung	111
II. Unentbehrlichkeit der Bestimmung des Wissens von arbeitsteiligen Organisationen	112
III. Keine Normierung von Wissen und Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen – Feststellung der Lücke	114
1. (Wissens-)Normen enthalten keine Angaben zur Zuordnung von Wissen	114
2. Beschränkte Zulässigkeit von Analogieschlüssen und Notwendigkeit der Rechtsfortbildung extra legem	116
§ 2 Wissenszurechnung gestützt auf allgemeine Grundwertungen der Privatrechtsordnung	117
I. Prinzip der Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen	117
1. Bedeutung und Problematik	117
2. Vorfrageweise Prüfung der gesetzgeberischen Bewertung arbeitsteiliger im Verhältnis zu «Einmann»-Aktivitäten	119
a) Zulässigkeit eines Vergleichs der Wertungen	119
b) Analyse der Wertungen und deren heutige Relevanz	120
3. Dem Personenbegriff zu entnehmende Aufschlüsse über Gleich- oder Ungleichbehandlung von juristischer und natürlicher Person	123
4. Kernaussagen des Gleichbehandlungsprinzips	124
5. Materielle Prüfung	125
a) Ansatzpunkt – Vergleichsbasis	125
b) Das Wissen natürlicher Personen	126
aa) Tatsächliche Kenntnis	126
bb) Wissenmüssen	128

cc) Fazit .....	129
dd) Übertragung auf die juristische Person .....	130
ee) Methodischer Hinweis .....	132
c) Anwendung der Kriterien bei der juristischen Person ..	132
aa) Wissenmüssen .....	132
bb) Wissen .....	132
(1) Kenntnis einer oder mehrerer Personen .....	132
(2) Wissen ist nur (noch) gespeichert bzw. hätte gespeichert werden sollen .....	134
(3) Beispiel: Wissende Person ist ausgeschieden .....	136
6. Fazit .....	137
<b>III. Effizienz als Wertungselement der Bestimmung der Wissenszurechnung .....</b>	<b>138</b>
1. Vorbemerkungen .....	138
2. Die Auswirkung der Wissenszurechnung auf die Informa- tionskosten der Organisation .....	142
a) Normalfall: Kostenneutralität der Wissenszurech- nung .....	142
aa) Trennung von Wissens- und Entscheidungsträgern .....	142
bb) Delegation von Wissens- und Entscheidungsmanagement .....	143
b) Ausnahme: Ausgestaltung der Wissenszurechnung ist nicht kostenneutral für die Organisation .....	144
c) Fazit .....	146
3. Wissenszurechnungs- im Verhältnis zu den Informa- tionsbeschaffungskosten .....	148
a) Ausgangslage .....	148
b) Effiziente Lösung .....	150
c) Fazit .....	151
<b>IV. Weitere bei der Bestimmung der Wissenszurechnung zu beachtende «Leitsterne» – Rechts- und Verkehrssicher- heit, Vertrauensschutz .....</b>	<b>152</b>
1. Bezug zum Effizienzgedanken .....	152
2. Insbesondere Rechtssicherheit und Erwartungsschutz – Verhältnis zur Anpassung an die arbeitsteilige Persönlichkeitserweiterung .....	153
<b>V. Zusammenfassung .....</b>	<b>155</b>
<b>§ 3 Ordnungsgemäße Organisation als Leitmotiv und die Organisationsobliegenheit als positiv-rechtliche Grundlage der Wissenszurechnung .....</b>	<b>157</b>
I. Überblick .....	157
II. Ordnungsgemäße Organisation und Wissenszurechnung ...	158

<b>III. Tragfähigkeit «ordnungsgemäßer Organisation» als Leitmotiv der Wissenszurechnung .....</b>	<b>162</b>
1. Eignung einer Haftungsnorm für die Beantwortung einer Zurechnungsfrage? .....	162
2. Das Problem der Rechtswidrigkeit – zugleich zur positiv- rechtlichen Abstützung der Wissenszurechnung .....	165
3. Modifikation des Kenntnisbegriffs durch Wissens- zurechnung gestützt auf ordnungsgemäße Organisation? ..	168
4. Zur angeblich fehlenden Operabilität der Wissens- zurechnung gestützt auf ordnungsgemäße Organisation .	170
a) Exkurs: Organisationsverschulden, Organisations- pflichten im Allgemeinen .....	170
b) Genügende Bestimmtheit der ordnungsgemäßen Organisation zur Anknüpfung von Rechtsfolgen? ....	175
c) Fazit .....	178
<b>IV. Fazit: Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der und gestützt auf die Obliegenheit zur ordnungsgemäßen Organisation .....</b>	<b>178</b>
<b>§ 4 Konkretisierung der ordnungsgemäßen Wissensorganisation</b>	<b>181</b>
I. Einführendes .....	181
II. Kriterien ordnungsgemäßer Informationsorganisation .....	183
1. Wahrscheinliche Bedeutung der Information .....	183
2. Funktion des Informationsträgers .....	188
3. Steuerbarkeit (Beherrschbarkeit) des Informationsflusses	195
4. Vertrauenstatbestand – erwarteter Kommunikations- ablauf .....	201
<b>III. Illustration/Anwendung anhand von Spezialproblemen ....</b>	<b>206</b>
1. Privates Wissen .....	206
2. Wissen von ausgetretenen Personen .....	209
3. Wissenszusammenrechnung .....	212
4. Anwendbarkeit der Kriterien auch ausserhalb rechtsgeschäftlicher Kontakte? .....	222
<b>IV. Zusammenfassung .....</b>	<b>224</b>
<b>§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse des 3. Kapitels .....</b>	<b>226</b>
<b>4. Kapitel Wissenszurechnung im Konzern</b>	<b>229</b>
§ 1 Vom späten Erkennen eines Problems – Wissenszurechnung über die Grenze der juristischen Person hinweg? .....	229
§ 2 Voraussetzungen der Wissenszurechnung im Konzern .....	234
I. Problemstellung .....	234

II. Abzulehnender, formaler Ansatz der Wissenszurechnung ... 235

§ 3 Funktionaler Ansatz ..... 237

I. Grundmerkmale und Erscheinungsformen des Konzerns ... 238

1. Grundmerkmale ..... 238

2. Erscheinungsformen ..... 242

II. Allgemeine Zurechnungsprinzipien im Konzernrecht und die zugrunde liegenden Wertungen ..... 243

1. Pflicht zur Konzernrechnung ..... 244

2. Verbot des Erwerbs von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft (Art. 659b OR) ..... 246

3. Haftung im Konzern ..... 247

a) Durchgriff ..... 247

b) Haftung aus Konzernvertrauen ..... 249

4. Exkurs: der Konzern als einfache Gesellschaft? ..... 251

5. Kapitalmarktrechtliche Transparenzpflichten – Beispiel Offenlegungspflicht ..... 252

6. Zusammenfassung ..... 256

III. Anwendung der vorgefundenen Zurechnungsgründe auf die Wissenszurechnung im Konzern ..... 257

1. Vorbemerkung: Konzernierung als solche kein Zurechnungsgrund ..... 257

2. Wissenszurechnung aufgrund einer Konzernleitungspflicht? ..... 258

a) Zusammenhang zwischen Konzernleitung(spflicht) und Wissenszurechnung ..... 258

b) Gibt es eine Konzernleitungspflicht? ..... 259

3. Tatsächliche Einflussnahme als Grund der Wissenszurechnung im Konzern ..... 263

a) Besondere Qualität der «tatsächlichen Einflussnahme» – ihre Legitimation als Zurechnungsgrund ... 263

b) Die tatsächliche Einflussnahme im Konzern als Grund der Wissenszurechnung im Konzern ..... 266

c) Fazit ..... 268

4. Arbeitsteiliges Zusammenwirken im Konzern als Wissenszurechnungsgrund ..... 269

a) Ausschluss nicht konzernspezifischer Arbeitsteilung als Grund der Wissenszurechnung ..... 270

b) Konzernspezifische Zurechnung bei Arbeitsteilung ... 270

c) Typologie der Aufgabenausgliederung ..... 273

aa) Allgemeines ..... 273

bb) Art. 68 OR als Erkenntnisquelle ..... 276

d) Fazit ..... 277

5. Personelle Verflechtungen im Konzern als Wissenszurechnungsgrund? ..... 278

a) Überblick ..... 278

aa) Aktuelle Kenntnis des Doppelmandatsträgers ... 279

bb) Keine aktuelle Kenntnis des Doppelmandatsträgers ..... 280

cc) Weitere Fragen ..... 281

b) Keine aktuelle Kenntnis des Doppelmandatsträgers .. 281

aa) Untaugliche Ansätze ..... 281

bb) Personelle Verflechtung als möglicher Fall der Zurechnung fiktiven Wissens von Doppelmandatsträgern aufgrund eines Vertrauens- tatbestands? ..... 284

cc) Begrenzung der Wissenszurechnung bei Doppelmandatsträgern aufgrund von Geheimnisschutznormen? ..... 287

6. Weitere vertrauensbasierte Wissenszurechnungsmöglichkeiten ..... 287

§ 4 Das konzernrechtliche Spannungsfeld zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten ..... 289

I. Einleitung ..... 289

II. Wissen delegierter Verwaltungsräte – insbesondere Wissensfluss von einer Konzerngesellschaft an die Obergesellschaft . 290

III. Analoge Anwendung dieser Prinzipien auf andere Personen als Verwaltungsräte ..... 292

IV. Wissensfluss von der Obergesellschaft an eine Konzerngesellschaft ..... 293

V. Fazit: Verschwiegenheitspflichten hindern richtig definierte Wissenszurechnung nicht ..... 295

§ 5 Die Wissenszurechnung im Konzern – Verhältnis zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen und Zusammenfassung ..... 296

§ 6 Hinweis: Wissenszurechnung im Bankkonzern ..... 298

**5. Kapitel Wissenszurechnung und wissensbasierte Interessenkonflikte bei Banken** ..... 301

§ 1 Einleitung ..... 301

I. Überblick ..... 301

II. Beschränkung des Untersuchungsbereichs auf prudentiell beaufsichtigte Finanzdienstleistungserbringer ..... 302

III. Die prudentiell regulierten Finanzdienstleistungserbringer nach schweizerischem Recht ..... 303

1. Übersicht ..... 303

2. Banken .....	304
3. Effekthändler .....	305
4. Anlagefonds .....	305
5. Hinweis: Allfinanzunternehmen .....	306
§ 2 Wissenszurechnung bei Banken und Bankkonzernen – Modifikation durch regulatorische «Informationsflussnormen» ...	308
I. Besondere Bedeutung von Information bei regulierten Finanzdienstleistungserbringern .....	308
1. Besondere Bedeutung von «Information» im Finanz- dienstleistungsgeschäft in privatrechtlicher Hinsicht .....	310
a) Information als dem Kunden oder anderen Dritten geschuldete Leistung .....	310
b) Information als (faktische) Voraussetzung der richti- gen Ausführung von Bankgeschäften .....	313
aa) Zahlungsverkehr .....	313
bb) Emissionsgeschäft (Beispiel Prospekthaftung) ...	316
cc) Vermögensverwaltung .....	319
2. Besondere Bedeutung von «Information» bei Finanz- dienstleistungserbringern in regulatorischer Hinsicht .....	320
II. Regulatorische Anforderungen an die Informationsorganisa- tion und deren Bedeutung für die Wissenszurechnung .....	320
1. Informationspflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde ..	321
2. Organisation von Information bei der Bank und im Bank- konzern .....	323
3. Bedeutung für die Wissenszurechnung .....	324
a) Bei der in Form einer juristischen Person konstituierten Bank .....	325
b) Beim Bankkonzern .....	326
aa) Vom Gesellschaftsrecht abweichender Konsoli- dierungsbegriff des Bankrechts .....	326
bb) Bedeutung für die Wissenszurechnung im pruden- tiell regulierten Finanzkonzern .....	329
III. Regulatorische «Informationstransferbeschränkungen» .....	330
1. Überblick – Relevanz nur für konzernweite Wissenszu- rechnung .....	330
2. Auswirkung des Bankgeheimnisses auf den Informations- fluss im Bank-Konzern und seine Begrenzung durch den Grundsatz der konsolidierten Überwachung .....	333
3. Bedeutung für die Wissenszurechnung im Bankkonzern – zweite Modifikationsstufe – und Fazit .....	338
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse des § 2 .....	340
§ 3 Beitrag zur Lösung von wissensbasierten Interessenkonflikten bei Banken und Finanzdienstleistungskonzernen .....	342

I. Einordnung – Zusammenhang zwischen Wissenszurechnung und Interessenkonflikten .....	342
II. Interessenkonflikte im Allgemeinen und bei Finanzdienst- leistungserbringern im Speziellen .....	344
1. Begriff und rechtliche Voraussetzungen des Bestehens von Interessenkonflikten .....	344
2. Interessenkonflikte als wichtiges Phänomen im Finanz- dienstleistungsbereich .....	346
3. Interessenkonflikte mit und ohne Bezug zur Wissenszu- rechnung .....	350
a) Nicht «wissensbasierte» Interessenkonflikte .....	350
b) «Wissensbasierte» Interessenkonflikte .....	353
III. Regulatorisches Grundschema zur Bewältigung von Interessenkonflikten .....	354
IV. «Chinese Walls» .....	357
1. Praktische Ausgestaltung .....	357
2. Aufsichtsrechtliche Anerkennung von «Chinese Walls» ..	359
a) Aufsichtsrechtliche Herkunft und Entwicklung der «Chinese Walls» – USA, UK .....	359
b) Deutschland .....	362
c) Schweiz .....	364
aa) Bankrecht .....	364
bb) Börsenrecht .....	365
cc) Fazit und Verhältnis zwischen bank- und börsen- rechtlichen Anforderungen .....	367
3. Erstmalige aufsichtsrechtliche Befassung mit «Chinese Walls» in der Schweiz im Fall Biber .....	369
a) Sachverhalt .....	369
b) Urteil des Bundesgerichts .....	371
aa) Erfordernis einer konfliktbewältigenden (Wis- sens-)Organisation auch ausserhalb des BEHG ..	371
bb) Relevanz des bei Dritten, nach «aussen» hin erweckten Vertrauens für die Wissenszurechnung ..	372
cc) Stillschweigende Zustimmung zur Auffassung der EBK zu «Chinese Walls»? .....	373
dd) Rückschlüsse aus dem von der EBK verlangten Umgang mit Effekten im Eigenbestand aus Sanierungen .....	375
ee) Grosse Relevanz von «Chinese Walls» für die Wissenszurechnung auch ausserhalb des Insider- strafbereichs .....	377
c) Fazit .....	379
V. Verhältnis aufsichtsrechtlicher zu privatrechtlicher Bewälti- gung von Interessenkonflikten und damit verbundener Wis- senszurechnungsprobleme – zugleich Fazit zu § 3 .....	382

1. Überblick .....	382
2. Verhältnis zwischen aufsichtsrechtlicher Konfliktlösung und zivilrechtlicher Bewältigung von wissensbasierten Interessenkonflikten .....	383
a) Das Problem auf den Punkt gebracht: It is one thing...	383
b) Schweizerisches Recht .....	384
aa) Ausgangslage .....	384
bb) Funktionaler Ansatz der Wissenszurechnung erlaubt Berücksichtigung von «Chinese Walls» ..	387
cc) Schranken .....	389
3. Fazit .....	390

## 1. Kapitel Einleitung

Was weiss eine *juristische Person*? Gibt es eine Wissenszurechnung im *Konzern*? Wenn ja, wie bestimmt sich diese? Die Beantwortung dieser vom Gesetz nicht geregelten Fragen ist für die Anwendung der zahlreichen Wissensnormen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts unabdingbar. Unter besonderer Berücksichtigung *bank- und finanzmarktrechtlicher* Aspekte der Wissenszurechnung geht die vorliegende Arbeit diesen Fragestellungen nach. Denn diese sind bis heute nicht zufrieden stellend gelöst bzw., was die Wissenszurechnung im Konzern anbelangt, für das schweizerische Recht noch nie eingehend untersucht worden.

Basierend auf einem induktiven Ansatz werden nach der Analyse der Judikatur (die in neuesten Entscheiden z.T. sehr fortschrittliche Lösungen vertritt) und Literatur zur Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht, anderen arbeitsteiligen Verhältnissen, im Versicherungsrecht sowie bei der juristischen Person erste relevante Leitlinien erarbeitet (Kapitel 2). Anschliessend werden im Hinblick auf die notwendige Lückenfüllung und zur Sicherstellung von Wertungskongruenz innerhalb des Privatrechts bei der Lösung des Problems vorrangig zu beachtende Prinzipien untersucht (Kapitel 3, 1. Teil). Auf dieser Grundlage und unter Berücksichtigung von neuen Ansätzen in Judikatur und Literatur wird ein «offenes» Modell zur Bestimmung der Wissenszurechnung bei juristischen Personen entworfen (Kapitel 3, Teil 2). Im folgenden 4. Kapitel geht die Arbeit auf die Frage ein, ob es auch eine Wissenszurechnung im Konzern gibt, was eine Zurechnung über die Grenzen der Rechtspersönlichkeit der einzelnen Gruppengesellschaften hinweg voraussetzen würde. Wiederum mit einem induktiven Ansatz und unter Einbezug des für die Wissenszurechnung bei juristischen Personen entwickelten Modells wird ein offenes System zur Bestimmung der Wissenszurechnung im Konzern entwickelt.

Das letzte, 5. Kapitel ist – auch im Sinne einer Anwendungsillustration der im 3. und 4. Kapitel entwickelten Ansätze – *bank- und*

*finanzmarktrechtlichen Aspekten* der Wissenszurechnung gewidmet. Zum einen wird untersucht, inwiefern die vorgefundenen privatrechtlichen Erkenntnisse bei Banken wegen finanzmarktrechtlicher Vorschriften und der Praxis der EBK und des Bundesgerichts zu modifizieren sind. Zum andern wird gezeigt, wie dank angemessener Ausgestaltung aufsichtsrechtlicher Instrumente und einer richtig konzipierten Regelung der Wissenszurechnung *wissensbasierte Interessenkonflikte* von Banken und Wertpapierhäu- sern bewältigt werden können, ohne dass dadurch unüberwindbare Widersprüche zwischen privat- und aufsichtsrechtlichen Vorschriften entstehen.

Die Arbeit behandelt die Wissenszurechnung nach schweizerischem Recht, jedoch unter Auseinandersetzung mit dem deutschen Recht. Dies ist aufgrund dessen enger Verwandtschaft in dogmatischer und wertungsmässiger Sicht<sup>1</sup> mit dem schweizerischen Recht sinnvoll. Der aufsichtsrechtliche Teil (Kapitel 5) berücksichtigt zudem aufgrund deren grossen praktischen Bedeutung für alle international tätigen Finanzdienstleister punktuell auch die US-amerikanische<sup>2</sup> und englische Literatur und Praxis.

Der Anstoss zu dieser Schrift gab ein Forschungsaufenthalt des Autors an der University of Texas at Austin School of Law in den Jahren 1995/96. Ein damals verfasstes «paper»<sup>3</sup> beschäftigte sich insbesondere mit bankaufsichtsrechtlichen Aspekten von «Chinese Walls». Es erschien dem Verfasser damals als grosser Mangel, dass die zahlreichen Stellungnahmen zu «Chinese Walls» in Literatur sowie Gerichts- und Aufsichtspraxis kaum auf das – für eine Erörterung von Informationssperren doch prioritär zu lösende – Problem eingingen, wie sich das Wissen einer Bank überhaupt bestimmt. Damit war das Hauptthema dieser Arbeit, die Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, gegeben.

<sup>1</sup> Zur Frage der Vergleichbarkeit siehe ABEGGLEN Summum ius 110ff. sowie die dort genannten Werke.

<sup>2</sup> Vgl. allgemein zur Rezeption des US-Rechts die bekannten Abhandlungen von WIEGAND, zuletzt WIEGAND Amerikanisierung des Rechts.

<sup>3</sup> ABEGGLEN Duty of Disclosure.

Das Thema der Wissenszurechnung hat in jüngster Zeit stark an Aktualität gewonnen.<sup>4</sup> Dies, nachdem es jahrzehntelang kaum bearbeitet wurde, obwohl das Problem, das heute unter Schlagworten wie «Wissenszurechnung» oder «Wissensverantwortung» diskutiert wird, insbesondere im Stellvertretungsrecht seit jeher bekannt ist<sup>5</sup>.

Die intensivierete wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Wissenszurechnung setzte in Deutschland gleichsam «sprunghaft» mit dem Jahre 1998 – nach der Planung der vorliegenden Arbeit – ein, als praktisch zeitgleich die Monographien von FASSBENDER (1998), RÖMMER-COLLMANN (1998), LESCHEKE (1998), ROHDE (1999), ERTEL (1999) und BAUM (1999) erschienen. Im Laufe dieser Arbeit bzw. erst bei Abschluss des Manuskripts folgten dann noch ebenfalls praktisch gleichzeitig BOTT (2000), SCHÜLER (2000), HEIDRICH (2001), GOLDSCHMIDT (2001), BUCK (2001) sowie SCHULENBURG (2002) und als einzige neue schweizerische Monographie CHOU (2002)<sup>6</sup>.

Den genannten Monographien zur Wissenszurechnung ging eine starke Zunahme an Aufsatzliteratur voran<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Als Beleg sei hier nur darauf hingewiesen, dass die Wissenszurechnung eines der Generalthemen des Bankrechtstags 2002 der (deutschen) Bankrechtlichen Vereinigung war.

<sup>5</sup> So regelt das BGB das Wissen in Stellvertretungsverhältnissen seit jeher in seinem § 166; siehe auch die Ausführungen zu Wissenszurechnungsvorschriften im ALR (!) sowie im ABGB, hinten S.236 Fn.1050 und S.73 Fn.350.

<sup>6</sup> Ebenfalls im Jahre 2002 erschien die Dissertation von MARGIOTTA, die sich auch recht ausführlich mit der Wissenszurechnung auseinandersetzt (op. cit. 260 ff.). In Planung ist auch eine Dissertation zum Thema «Wissensvertretung» von MARIA WALTER (siehe [www.rwi.unizh.ch/vdc/@Dissertation](http://www.rwi.unizh.ch/vdc/@Dissertation)).

<sup>7</sup> Vgl. in chronologischer Reihenfolge INGO KOLLER (1998); DREXL (1997); FLUME Haftung für Fehler (1997); HAGEN (1997); TAUPITZ Anmerkung zu BGH (1996); LEHMANN 1027 ff.; LORENZ (1994); Beiträge von (u. a.) MEDICUS, TAUPITZ, CANARIS, GRUNEWALD und HAUSHEER anlässlich des Karlsruher Forums 1994 zum Thema «Möglichkeiten der Wissenszurechnung»; GRUNEWALD (1993); RAIMUND WALTERMANN Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften NJW 1993 889 ff.; WALTERMANN (1992); BOHRER; KISS-PETER (1990); MICHAEL SCHULTZ Zur Vertretung im Wissen NJW 1990 477 ff.; WATTER Wissen und Willen (1993); hier genannt werden soll auch die Monographie von WATTER Verpflichtung der AG (1985), welche sich auch mit der Wissenszurechnung befasst; KURT REINKING/GEORG KIPPELS Arglisthaftung und Organisationsverschul-

Anlass für die intensivierte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Wissenszurechnung in *Deutschland* dürfte die *Rechtsprechung* des BGH sein. Diese hat sich der Wissenszurechnung ab 1989 in richterlicher Rechtsfortbildung in bemerkenswert undogmatischer Weise angenommen<sup>8</sup> und damit – bewusst –<sup>9</sup> Befürworter<sup>10</sup> und Kritiker<sup>11</sup> aus der Lehre auf den Plan gerufen. Aber auch die *schweizerische Judikatur* ist, nachdem sie bereits im berühmten BBC-Entscheid gleichsam den Boden für eine neuartige Beurteilung der Wissenszurechnung vorgetestet hatte, mit einem bislang kaum beachteten Urteil vom 21. August 2001 zur konzernweiten Wissenszurechnung von überkommenen «Dogmen» abgerückt und hat Neuland beschritten.<sup>12</sup>

Welches sind die Gründe, welche die Wissenszurechnung im Vergleich zu früher als aktueller erscheinen lassen? Starke Entwicklung des quartären Sektors,<sup>13</sup> Information als Produktionsfaktor, EDV, Informationsmanagement,<sup>14</sup> zunehmender Grad hoch-

den ZIP 1988 892 ff.; TINTELNOT 795 ff.; WILHELM 1 ff.; BAUMANN; RICHARDI (1969).

<sup>8</sup> Zur Entwicklung der Judikatur vgl. hinten S. 59 f. sowie sehr lesenswert, da aus der Sicht eines an dieser Rechtsprechung wesentlich beteiligten Richters geschrieben, HAGEN 158 ff. mit aufschlussreichen Darlegungen zum «praktischen Vorgehen [des BGH] bei richterlicher Rechtsfortbildung» op. cit. 157 f.

<sup>9</sup> So HAGEN 162: «auf eine weitergehende dogmatische Begründung hat der VII. Senat bewusst verzichtet, um eine wissenschaftliche Diskussion anzuregen.»

<sup>10</sup> Statt vieler etwa TAUPITZ Anmerkung zu BGH.

<sup>11</sup> Vgl. nur FLUME Haftung für Fehler 453, der sich zu einem Aufsatz des Vorsitzenden Richters (ARNO LANG, Die Gewährleistung bei Organisationsmängeln des Bauunternehmers, in Böttcher/Hueck u. a. (Hrsg.), FS Walter Odersky, Berlin 1996 583 ff.) des – an der betreffenden Rechtsprechung ebenfalls beteiligten – VII. Zivilsenats über die Entwicklung der Wissenszurechnungsrechtsprechung wie folgt äussert: «Lang wagt dann sogar zu sagen: «Dass eine solche Rechtsfortbildung legitime Aufgabe höchstrichterlicher Rechtsprechung ist, sollte keiner weiteren Begründung bedürfen.» ... Die Erklärung von Lang ist wie das Urteil [BGHZ 117, 318 ff.] selbst paradigmatisch dafür, wie die so genannte «höchstrichterliche Rechtsfortbildung» für angebliche «Regelungslücken» betrieben wird.»

<sup>12</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001.

<sup>13</sup> Vgl. dazu die aufschlussreichen quantitativen Angaben bei HIRNI 54 f.

<sup>14</sup> HIRNI 4: «Eine entscheidende Rolle bei der Wahl einer Organisationsform spielen neben vielen anderen Faktoren auch Informationen respektive das Informationsmanagement.» Bezeichnend für die Interaktion zwischen Recht und Informations- und Organisationslehren ist, dass die betriebswirtschaftswissenschaftli-

arbeitsteiliger Zusammenarbeit, Outsourcing etc. sind – naturgemäss nur als Vermutungen – aus *sozio-ökonomischer und betriebswirtschaftlicher Sicht* zu nennen. In *rechtlicher und regulatorischer Sicht* ist zunächst das vermehrte Abstützen auf Transparenz als Regelungsprinzip zu erwähnen<sup>15</sup>. Dieses Prinzip hat eine wichtige Ausprägung in den die gesamte Rechtsordnung vom Kapitalmarkt bis hin zum Arztrecht ergreifenden Aufklärungspflichten – in welcher Form sie auch immer ausgestaltet sein mögen. Den Informationspflichten ist nun aber, wie bereits früher an anderem Ort für das Bankrecht festgestellt, das «bislang nicht gelöste, äusserst komplexe Problem der Wissenszurechnung ... vorgelagert[]»<sup>16</sup>. Zudem führt die generelle Zunahme von (aufsichtsrechtlichen) Pflichten, die oftmals informationsbasiert sind, zwangsweise zur Befassung mit der Wissenszurechnung; dies gilt in besonderem Masse für die bankregulatorische Bewältigung von Interessenkonflikten mit Informationsfluss-Sperren<sup>17</sup>.

Dass die Frage nach der Wissenszurechnung auch in *Konzernverhältnissen* zu stellen ist, folgt aus dem Zusammentreffen der soeben genannten allgemeinen informationsbezogenen Faktoren mit der grossen praktischen Bedeutung konzernierter Unternehmungen<sup>18</sup>. Man bedenke, wie sich das an anderer Stelle erwähnte Denkproblem Ciceros – moderne Kommunikationsmittel hinweggedacht – bezogen auf einen weltweit tätigen Konzern stellen würde!<sup>19</sup>

che Arbeit von HIRNI über das Informationsmanagement bei Banken den betriebswirtschaftlichen Überlegungen Erörterungen über die rechtlichen Vorgaben für den Informationsfluss in Banken voranstellt, HIRNI 17 ff.

<sup>15</sup> BYDLINSKI System 749 f. und 777 führt den «Informationsgrundsatz im geschäftlichen Kontakt» auf seiner Liste wichtiger Prinzipien des Privatrechts. Vgl. zum Transparenzgedanken für die Schweiz VON DER CRONE Rahmenverträge 126 ff., 314 ff., 342 ff.

<sup>16</sup> ABEGGLEN Aufklärungspflichten 17 Fn. 78.

<sup>17</sup> Dazu grundlegend WATTER Chinese Walls; HOFSTETTER Interessenkonflikte.

<sup>18</sup> Aufschlussreich zu den Gründen der Konzernbildung VON BÜREN Konzern 32 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu ABEGGLEN Aufklärungspflichten 1. In der von Cicero gestellten Frage zur «Grenze zwischen gebotem Reden und erlaubtem Schweigen» (ABEGGLEN Aufklärungspflichten 1) ging es darum, ob ein Kaufmann, der mit einer grossen Ladung Getreide von Alexandria nach Rhodos segelte, wo aufgrund einer Misserte die Höchstpreise gezahlt werden, die Kaufinteressenten darüber informieren

Abgesehen von diesen Entwicklungen ist die Frage, welches Wissen einem Rechtssubjekt zukommt, bereits aus traditionellen, positiv-rechtlichen Gründen von grosser Bedeutung. Eine sehr grosse Anzahl von Gesetzesnormen z. B. des OR und ZGB sowie des BGB und HGB (aber auch des Prozessrechts oder des Versicherungsvertragsrechts) machen Rechtsfolgen – in welcher Form auch immer – vom Wissen oder Wissenmüssen abhängig, indem sie direkt auf die Bewusstseinslage oder zumindest auf die von dieser abhängige Willenslage eines Rechtssubjekts abstellen. Auf eine Aufzählung dieser Normen kann hier verzichtet werden. Sie sind jedem Juristen geläufig und von verschiedenen Autoren zusammengestellt worden.<sup>20</sup> Sie erstrecken sich, um willkürlich einige Bereiche zu nennen, vom Gutgläubensschutz über das Recht der Willensmängel, der unerlaubten Handlung (Verschulden), den Gewährleistungsregeln, familien- und erbrechtlichen Bestimmungen<sup>21</sup> über versicherungsvertragsrechtliche Probleme<sup>22</sup> bis hin zum Prozessrecht. Allen Wissensnormen ist nun aber eigen – und dies begründet die Notwendigkeit der Wissenszurechnung – dass sie, vom Prototyp der natürlichen Person als Normadressatin ausgehend, sich nicht zur Frage äussern, wann eine juristische Person oder gar ein Konzern etwas weiss oder wissen müsste. Hinzu kommt, dass das Gesetzesrecht eine – an sich denkbare – allgemeine Regelung der Wissenszurechnung nicht enthält.

muss, dass kurz nach ihm weitere Schiffe mit Getreideladungen in See gestochen sind und bald in Rhodos eintreffen werden. Voraussetzung einer allfälligen Aufklärungspflicht ist die Kenntnis des Kaufmanns darüber. Denkt man sich den von Cicero als «vir bonus» qualifizierten Kaufmann als einen Konzern, würde sich die Frage dahin gehend stellen, ob der verkaufenden Tochtergesellschaft A, welche angenommen keine Kenntnisse von den anderen Lieferungen habe, das diesbezügliche Wissen des Konzernhauptsitzes oder einer anderen Konzerngesellschaft zuzurechnen wäre.

<sup>20</sup> Vgl. etwa die Aufzählungen dieser so genannten Wissensnormen bei SIEGER 15 ff. sowie die tabellarische Übersicht über Vorschriften, die an den guten Glauben anknüpfen, bei ZK-BAUMANN Art. 3 ZGB N 19. Für das deutsche Recht siehe statt vieler BUCK 20 ff.

<sup>21</sup> Zu denken ist etwa an Art. 256c ZGB und Art. 533 ZGB.

<sup>22</sup> Angesprochen ist die praktisch bedeutsame Frage der Anzeigepflichtverletzung und der sich daraus ergebenden Rechtsfolgen, dazu ausführlich hinten S. 92 f.

Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, können überkommene dogmatische Lösungen, wie etwa die Gleichsetzung des Organwissens mit dem Wissen der juristischen Person sowie des Vertreterwissens mit dem Wissen des Vertretenen, in Anbetracht der heutigen Verhältnisse und ihrer Komplexität nicht zur Bewältigung der Problematik dienen.<sup>23</sup> Zudem äussern sich diese Lösungen nicht zur Zurechnung des Wissens von unterhalb der Organstufe stehenden bzw. nicht Vertreterereignis aufweisenden (Hilfs-) Personen.

<sup>23</sup> Dies geht aus der hinten S. 46 ff. zu besprechenden Judikatur hervor.

## 2. Kapitel Das Wissen in arbeitsteiligen Verhältnissen

### § 1 Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht

#### I. Einleitung

Die Wissenszurechnung bei der *juristischen Person* und im *Konzern* ist das zentrale privatrechtliche Thema dieses Buches. Trotzdem steht am Ausgangspunkt das Stellvertretungsrecht.<sup>24</sup> Dies aus folgenden Gründen: Mit Ausnahme des Versicherungsvertragsrechts<sup>25</sup> kennt im deutschen und schweizerischen Privatrecht nur die Stellvertretung *eine explizite gesetzliche Regelung der Wissenszurechnung*, nämlich in § 166 BGB. Diese Norm ist in Anbetracht ihrer praktisch modifikationslosen Rezeption durch schweizerische Lehre und Praxis<sup>26</sup> nicht nur für das deutsche Recht von grosser Bedeutung. Zudem kann das Verhältnis zwischen Prinzipal und

<sup>24</sup> Ebenfalls *direkt* auf die Wissenszurechnung bei der juristischen Person anwendbar sind die nachfolgend dargelegten Prinzipien, soweit eine juristische Person, z. B. eine Aktiengesellschaft, sich der bürgerlichen Stellvertretung bedient, vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 30 N 88f. Welche Konsequenzen sich für die Wissenszurechnung aufgrund der Unterschiede zwischen der bürgerlichen und der handelsrechtlichen Stellvertretung – in Anbetracht der «methodischen Besonderheiten von Zivilrecht einerseits, Handelsrecht andererseits» (BUCHER Gegensatz 3) – allenfalls ergeben mögen, wird hinten (II.5.) erörtert. Überdies stellen sich Abgrenzungsfragen zur organschaftlichen «Vertretung» (es handelt sich bei richtiger Betrachtung nicht um eine Vertretungshandlung), wenn einem Organ einer juristischen Person für ein konkretes Geschäft eine bürgerliche Stellvertretungsbefugnis eingeräumt wird, was im Geschäftsleben «nicht selten» der Fall ist, vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 30 N 90.

<sup>25</sup> Es ist ebenfalls das *deutsche* Versicherungsvertragsrecht, das auf Gesetzesstufe, nämlich in § 44 dVVG, eine explizite Aussage zur Zurechnung des Wissens von Agenten auf den Versicherer macht; dazu ausführlich hinten S. 94f. Art. 5 VVG enthält Aussagen zur Wissenszurechnung auf Seiten des Versicherten, vgl. ALFRED KOLLER Der gute und der böse Glaube 4, dazu hinten im versicherungsrechtlichen Teil, S. 93 Fn. 458.

<sup>26</sup> Dazu hinten S. 11 ff.

Vertreter als Prototyp kooperativen Verhaltens im rechtsgeschäftlichen<sup>27</sup> Bereich aufgefasst werden, so dass es sich aufdrängt, aus den Regeln über die Wissenszurechnung im Stellvertretungsverhältnis Rückschlüsse für die Wissenszurechnung in anderen arbeitsteiligen Beziehungen zu ziehen. Dabei wird jedoch immer im Auge zu behalten sein, dass sich die Regelung der Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht naturgemäss nur auf Wissen bezieht, das im Zusammenhang mit rechtsgeschäftlichem oder rechtsgeschäftsähnlichem Verhalten<sup>28</sup> steht. Der Umkehrschluss, ausserhalb dieser rechtsgeschäftlichen Verhaltensbereiche<sup>29</sup> gebe es keine Wissenszurechnung<sup>30</sup>, wäre deshalb falsch.

Wenngleich die Wissenszurechnung in Stellvertretungsverhältnissen demnach für den Untersuchungsgegenstand von besonderer Bedeutung ist, widmet sich das neuere Schrifttum weniger dieser als vermehrt der Wissenszurechnung bei juristischen Personen oder Organisationen allgemein<sup>31</sup>. Dies gilt auch für die vorliegende Arbeit. Denn die wichtigen Linien der Wissenszurechnung im

<sup>27</sup> Stellvertretungsweise Handeln kann neben rechtsgeschäftlichem und rechtsgeschäftsähnlichem auch bei faktischem Verhalten vorliegen, das rechtsgeschäftliche Wirkungen hat, soweit eine «intentionale Komponente des Handelns» vorliegt (BUCHER AT 600), nicht dagegen bei blossen Tathandlungen, die «nicht auf dem Wissen des Handelnden beruhen», so z. B. bei Verarbeitung durch einen Fabrikangestellten (VON TUHR/PETER 352).

<sup>28</sup> Im Gegensatz zu Tathandlungen (vgl. dazu BK-KRAMER Art. 1 OR N 67; BK-ZÄCH Vorbem. zu Art. 32–40 OR N 114), jedoch auch im Zusammenhang mit faktischem Verhalten mit rechtsgeschäftlichen Wirkungen (BUCHER AT 600); zur Bedeutung des Stellvertretungsrechts im Besitzesrecht, insbesondere beim Besitzerwerb, vgl. BK-ZÄCH Vorbem. zu Art. 32–40 N 55 ff., 113 f.

<sup>29</sup> Abgesehen von der Zurechnung von Wissen der Organe auf die juristische Person, die weiter hinten (S. 39 ff.) erörtert wird.

<sup>30</sup> Die Tatsache, dass sich das Stellvertretungsrecht zur Wissenszurechnung im Zusammenhang mit einem Verhalten äussert, wird von Bedeutung sein, wenn mittels Analogieschlüssen Wissenszurechnungsfragen in anderen Bereichen einer Lösung zuzuführen versucht werden; so wird sich etwa die Frage stellen, ob solche Analogieschlüsse nur in Bereichen erlaubt sind, wo es ebenfalls um die Zurechnung von Wissen im Zusammenhang mit einem (nicht rechtsgeschäftlichen) Verhalten geht. Dazu hinten S. 36 f.

<sup>31</sup> Vgl. etwa STEGER; GOLDSCHMIDT; BOTT; ROHDE; SCHÜLER; BAUM; SCHILKEN; ERTEL; BUCK; CHOU. Sie alle behandeln auch die Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht, aber immer nur in wesentlich geringerem Umfange als die anderen Bereiche arbeitsteiligen Zusammenwirkens. Bei WATTER Verpflichtung der AG,

Stellvertretungsrecht beruhen auf gefestigten Ansichten. Umgekehrt führt die Betrachtung der Wissenszurechnung ausserhalb des Stellvertretungsrechts sehr rasch in *interessantere*, da nicht bereits fertig «kartographierte» Gefilde des Privat- und Handelsrechts.

## II. Schweiz

### 1. Prinzip

Bei der bürgerlichen Stellvertretung<sup>32</sup> gemäss Art. 32 ff. OR besteht *Einigkeit über die Zurechnung des Wissens des Stellvertreters auf den Vertretenen*. Umstritten ist dagegen die Frage nach der Zurechnung des Wissens des Vertretenen auf den Vertreter, genauer ausgedrückt das Problem, ob das Prinzipalwissen zur Kenntnis oder dem Kennenmüssen<sup>33</sup> des Vertreters<sup>34</sup> zu addieren sei.

Die Konzeption der (bürgerlichen) Stellvertretung des schweizerischen und des deutschen Rechts basiert auf der *Repräsentationstheorie*.<sup>35</sup> Danach erfolgt die Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Vertreter, derweil (bloss) die Wirkungen des Geschäfts beim Vertretenen eintreten. Sie steht im Gegensatz zur romanistischen *Geschäftsherrentheorie*, wonach der Vertreter nicht seinen eigenen Willen, sondern bloss jenen des Vertretenen erklärt.<sup>36</sup> Entsprechend der Repräsentationstheorie, nach welcher der Stellvertreter selbst die Willenserklärung abgibt, wird das Wissen bzw.

nimmt die Untersuchung des Stellvertretungsrechts dagegen breiten Raum ein (wobei sich dessen Werk jedoch nicht in erster Priorität mit der Frage der Wissenszurechnung befasst, zu dieser vgl. WATTER Verpflichtung der AG 203 ff.).

<sup>32</sup> Es handelt sich dabei um die auch Stellvertretung im engeren Sinne genannte Vertretung, wie sie in Art. 32–39 OR geregelt ist, im Gegensatz zu den üblicherweise handelsrechtliche Stellvertretung genannten Arten der Repräsentation, welche in Art. 40 OR vorbehalten sind und im Sinne einer *lex specialis* besonderen Vorschriften unterliegen.

<sup>33</sup> Je nach in Frage stehender Wissensnorm, vgl. dazu vorne S. 6.

<sup>34</sup> Wissenszusammenrechnung; vgl. nachfolgend S. 13 f.

<sup>35</sup> Statt aller vgl. VON TUHR/PETER 385 f. insbes. Fn. 1a; BUCHER AT 595 Fn. 3.

<sup>36</sup> Zur Unterscheidung aus dem neueren Schrifttum siehe etwa BUCHER AT 595, insbes. Fn. 3, m. w. H. Zum Streit zwischen den beiden Theorien siehe neuerdings BEUTHIEN 2 ff.

Nichtwissen des Stellvertreters dem Vertretenen voll zugerechnet.<sup>37, 38</sup> Dieser Vorgang wird üblicherweise als *Wissensvertretung* bezeichnet. Das bedeutet, dass es etwa für die Fragen, ob Vertragskonsens vorliegt,<sup>39</sup> ob ein Rechtsgeschäft infolge eines Willensmangels anfechtbar ist, wie Willenserklärungen der Gegenseite auszulegen sind<sup>40</sup> und ob sich eine Partei auf den guten Glauben berufen kann, stets auf das Wissen des Vertreters ankommt.<sup>41</sup> EUGEN BUCHER drückt diesen Befund so aus: «Ganz allgemein ist, wenn das Wissen oder Nichtwissen rechtlich bedeutsam wird, auf die Person des Vertreters, nicht des Vertretenen abzustellen.»<sup>42</sup> Während der erste Teil dieser Aussage – unter Vorbehalt der nachfolgend erwähnten Spezialsituation der Vertretung unter Interessenkonflikten<sup>43</sup> – die h.L. und Praxis wiedergibt, ist der zweite Teil («nicht des Vertretenen») genau genommen ein Hinweis auf ein

kontrovers diskutiertes Problem: das *Verhältnis von Vertreterwissen zum Wissen des Vertretenen*. Mit anderen Worten wird gefragt, ob nicht auch – im Sinne einer *Wissenszusammenrechnung* – das Wissen des Vertretenen zu jenem des Vertreters addiert werden müsste.

Nach einer *früher* generell vertretenen Auffassung<sup>44</sup> ist das *Wissen des Vertretenen* – in der Regel – *nicht* von Bedeutung<sup>45</sup>. Nach *heute* wohl h.L. wird es dagegen entgegen BUCHERS Ansicht nicht nur ausnahmsweise berücksichtigt, so dass das Wissen des Vertretenen in der Regel zu demjenigen des Vertreters hinzugezählt wird<sup>46</sup>. Dies folgt insbesondere aus den Stellungnahmen zur Frage der Gutgläubigkeit.<sup>47</sup> Danach soll sich der Vertretene nur auf die Gutgläubigkeit des Vertreters berufen können, «wenn er selber gutgläubig ist», was nichts anderes heisst, als dass das Wissen des Vertretenen mit demjenigen des Vertreters zusammengefügt wird. Folglich wird trotz Gutgläubigkeit des Vertreters gutgläubiger Erwerb verhindert, wenn der Vertretene selbst bösgläubig ist<sup>48</sup>.

<sup>37</sup> Dies ist eine insbesondere in den Standardwerken (BSK-WATTER Art. 32 OR N 5, 25; BK-ZÄCH Art. 32 N 134 und 144; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I N 1444) mit oder ohne nähere Begründung noch oft vertretene Auffassung. Indessen ist es unzweifelhaft, dass die Tatsache, dass die Stellvertretung sowohl des BGB als auch des OR der Repräsentationstheorie folgt, «nicht zu der Annahme zwingt, es müsse auch hinsichtlich des Wissen(müssen)s auf die Person der [recte: des] Vertreters, nicht die des Vertretenen ankommen – mag der Gesetzgeber des BGB dies, wie damals die Vertreter der Repräsentationstheorie, auch angenommen haben.» WALTERMANN AcP 197. Dies dürfte heute wenn nicht die herrschende, so doch eine sehr wichtige Auffassung sein; sie dürfte auf MÜLLER-FREIENFELS 392 zurückgehen (so WALTERMANN AcP 197 selbst). Zur Annahme des historischen deutschen Gesetzgebers siehe Motive I 226; VON TUHR § 84 IV 351.

<sup>38</sup> So jüngst etwa Bger.-Urteil 4C.16/2000 vom 24.1.2001 Erw. 3.b bb) 2. Absatz: «Steht ... eine Vereinbarung in Frage, welche von einem Stellvertreter abgeschlossen worden sein soll, ist das Wissen dieses Vertreters im Sinne der sog. Wissensvertretung dem Vertretenen zuzurechnen.»

<sup>39</sup> Vgl. dazu der in der vorangehenden Fn. zitierte Bger.-Entscheid.

<sup>40</sup> Nach dem Vertrauensprinzip kommt es hier, wenn nicht ein natürlicher Konsens vorliegt, darauf an, wie der Empfänger die Willenserklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste, entsprechend stellt sich die Frage nach dem Wissen des Empfängers der Willenserklärung; vgl. zum Vertrauensprinzip BGE 122 III 109 und 429; 123 III 22, 168; vgl. aus der Literatur nur BK-KRAMER Art. 1 OR N 37 ff. und grundlegend MEIER-HAYOZ Vertrauensprinzip.

<sup>41</sup> So die beispielhafte Aufzählung bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I N 1445 ff.

<sup>42</sup> Beispielhaft BUCHER AT 630f. Gl.M. BGE Semjud 118 1996 560; BK-JÄGGI N 136ff. zu Art. 3 ZGB; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER N 30 ff. zu Art. 32 OR.

<sup>43</sup> Dazu nachfolgend hinten S. 14.

<sup>44</sup> So etwa noch in der 1. und 2. Auflage von VON TUHR/PETER, siehe dazu VON TUHR/PETER 393 zweiter Absatz und Fn. 38a.

<sup>45</sup> BUCHER AT 631; z. B. erwähnen VON TUHR/SIEGWART II 307 sowie VON TUHR/PETER 351 mit keinem Wort die Möglichkeit einer Zurechnung des Wissens des Vertretenen auf den Vertreter.

<sup>46</sup> BUCHER a. a. O. hat insofern Recht mit seiner Formulierung, als die Zurechnung des Wissens des Vertretenen auf den Vertreter eine Ausnahme vom Repräsentationsprinzip darstellt. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 156 scheint das Wissen des Vertretenen nur für den Fall der Bösgläubigkeit des Vertretenen, der einen gutgläubigen Stellvertreter vorschickt, «um den Folgen seiner Bösgläubigkeit zu entgehen», für relevant zu halten, unter Hinweis auf Art. 5 VVG.

<sup>47</sup> Deutlich VON TUHR/PETER 393: «Eine ältere Auffassung verneint grundsätzlich die Frage, ob auch das Wissen des Vertretenen von Bedeutung ist, ob also z. B. sein böser Glauben den Erwerb des Eigentums nach Art. 714 II ZGB ... trotz guten Glaubens des handelnden Vertreters ausschliesst. ... Eine neuere, heute allgemein von der schweizerischen Literatur vertretene Auffassung berücksichtigt dagegen auch das Kennen oder Kennenmüssen des Vertretenen, so dass z. B. sein böser Glauben den gutgläubigen Erwerb verhindert. ... [D]iese zweite Auffassung [verdient] den Vorzug.»

<sup>48</sup> VON TUHR/PETER 393; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER Art. 32 OR N 30 ff.; BK-BECKER Art. 32 OR N 14 ff.; auch BK-ZÄCH Art. 32 OR N 144, äussert sich indirekt so, indem er unter dem Titel Wissensmängel bei der Person des Vertretenen festhält, böser Glaube des Vertretenen verhindere das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts selbst dann, wenn der Vertreter gutgläubig sei.

BUCHER will das Wissen des Vertretenen dagegen nur berücksichtigt wissen, wenn eine Vertretungshandlung gestützt auf eine *Spezialvollmacht*<sup>49</sup>, die sich auf ein genau bestimmtes Geschäft bezieht, vorliegt.<sup>50</sup> Da bei der bürgerlichen Stellvertretung jedoch, wie BUCHER selbst einräumt, eine Vertretung gestützt auf Spezialvollmacht «im Vordergrund» steht,<sup>51</sup> wird es demnach in der Regel zu einer Addition des Wissens des Vertretenen mit demjenigen des Vertreters kommen, selbst wenn man BUCHERS Auffassung folgte.

## 2. Ausnahmsweises Unterbleiben der Zurechnung

Nur ausnahmsweise *unterbleibt* die *Zurechnung des Wissens des Vertreters auf den Vertretenen*: Wenn der bösgläubige Vertreter mit dem täuschenden Vertragspartner identisch ist<sup>52</sup>. Begründet wird dies einerseits damit, es würde zu einem «stossenden Ergebnis» führen, da im Falle einer Wissenszurechnung dem Vertretenen gleichsam unterstellt würde, «in den ihm gegenüber begangenen Betrug eingewilligt» zu haben.<sup>53</sup> Andererseits basiert diese – sehr spezifische – Ausnahme vom Prinzip der Wissenszurechnung in Stellvertretungsverhältnissen<sup>54</sup> auf dem Argument, aufgrund des bei Interessenkollisionen bestehenden *Verbots der Doppelvertretung* dürfe auch keine Wissenszurechnung erfolgen<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Da der Vertretene in diesem Fall «Umriss und Hintergründe» des konkreten Geschäfts kennt, BUCHER AT 631.

<sup>50</sup> BUCHER AT 631, wohl in Anlehnung an § 166 Abs. 2 BGB, dazu hinten S. 23 f. Es handelt sich dabei letztlich um eine abgeschwächte Form der Auffassung, wonach das Wissen des Vertretenen generell relevant sei, ist doch ihre zugrunde liegende Idee die, dass im Falle von Spezialvollmachten dem Vollmachtgeber die Gegebenheiten des Geschäfts bekannt sind. So auch von TUHR/PETER 394, welcher die beiden Meinungen nicht als «unversöhnlich, wie man auf den erste Blick annehmen könnte», bezeichnet.

<sup>51</sup> BUCHER AT 631.

<sup>52</sup> BGE 112 II 503.

<sup>53</sup> BGE 112 II 505.

<sup>54</sup> Die ihren Grund ausserhalb des Bevollmächtungsverhältnisses zwischen Vertreter und Vertretenem hat.

<sup>55</sup> BGE 112 II 506.

## 3. Passive Vertretung und Abgrenzung zum Empfangsboten

Die vorne skizzierten Grundsätze gelten auch für die im schweizerischen im Gegensatz zum deutschen Recht (vgl. § 164 Abs. 3 BGB) nicht speziell geregelte *passive Vertretung*, wo der so genannte Empfangsvertreter eine Willenserklärung entgegennimmt, und zeitgleich damit die daraus resultierenden Rechtsfolgen beim Vertretenen eintreten<sup>56</sup>. Für die vorliegende Arbeit ist die Abgrenzung der *passiven* oder *Empfangsvertretung* von der Entgegennahme durch den *Empfangsboten* wichtig: bei Letzterer führt erst die Weitergabe der Information an den Prinzipal zum *Wissen* des Prinzipals<sup>57</sup>. Dieser Befund steht nicht etwa im Widerspruch zur Empfangstheorie von Willenserklärungen, die in Form der so genannt abgeschwächten Vernehmungstheorie des OR besagt, dass Willenserklärungen dann wirksam werden, wenn sie im Herrschaftsbereich des Empfängers eingetroffen sind<sup>58</sup>, egal ob und wann eine tatsächliche Kenntnisnahme erfolgt. Denn hier geht es nicht um die

<sup>56</sup> SCHILKEN 79; die schweizerische Lehre behandelt die Wissenszurechnung bei der Passivvertretung nicht separat.

<sup>57</sup> Dies ergibt sich indirekt aus Art. 27 OR, wonach bei einem durch einen Boten verursachten Übermittlungsfehler «die Vorschriften über den Irrtum entsprechende Anwendung» finden, was bedeutet, dass das Wissen des Boten dem Prinzipal nicht zugerechnet wird, weshalb der Prinzipal die «unrichtig übermittelte Erklärung in gleicher Weise wie eine von ihm selbst unmittelbar abgegebene Erklärung anfechten» kann, BK-SCHMIDLIN Art. 27 OR N 19; gl. M. BK-BECKER Art. 27 OR N 3; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER Art. 27 OR N 4. Die Anwendung von Art. 27 OR wird vom Bundesgericht (BGE 34 II 523, 527 ff.) sowie einem Teil der Lehre (vgl. die Hinweise bei BK-SCHMIDLIN Art. 27 OR N 16) jedoch ausgeschlossen, wenn der Bote bewusst eine falsche Erklärung übermittelte, da der Bote dann «nicht mehr in der Funktion eines Willenswerkzeuges, sondern selbständig» handle, BK-SCHMIDLIN Art. 27 OR N 16. Die gegenteilige Auffassung wird mit dem Risikoprinzip begründet (Zurechnung des absichtlichen Fehlverhaltens des Boten auf den Prinzipal, da dieser den Boten ausgewählt hat), BK-SCHMIDLIN Art. 27 OR N 17.

<sup>58</sup> Vgl. nur GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 115. Bei Abgabe der Willenserklärung gegenüber einem Empfangsboten bedeutet dies, dass die Willenserklärung zugegangen ist, wenn der Bote sie vernommen hat, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I N 203.

*Wirksamkeit von (mittelbaren)*<sup>59</sup> Willenserklärungen, die völlig unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahme bereits beim *Zugang* derselben eintritt<sup>60</sup>, sondern darum, welche Wissenslage, etwa der gute Glaube, oder die Kenntnis von Sachmängeln etc.<sup>61</sup>, einer Person zugerechnet wird. Bedeutsam ist jedoch die hinter der Empfangstheorie stehende Wertung: Der Prinzipal als potentieller Empfänger von Willenserklärungen hat sich in seinem Machtbereich so zu organisieren<sup>62</sup>, dass in diesen gelangte Willenserklärungen ihm auch tatsächlich zukommen.

#### 4. Mehrere Vertreter

Im Falle von mehreren Vertretern mit *Solidarvollmacht*<sup>63</sup> beurteilt sich das Wissen des Vertretenen gemäss h.L. nach dem Wissen des ein Geschäft tatsächlich abschliessenden Vertreters.<sup>64</sup> Liegt dagegen eine *Kollektivvertretung*<sup>65</sup> vor, führt das Wissen auch nur eines Vertreters zum Wissen des Vertretenen<sup>66</sup>. In der Literatur finden sich soweit ersichtlich keine Aussagen zur Frage, ob dies dogmatisch aufgrund einer direkten Zurechnung des Wissens vom einen auf den anderen Kollektivvertreter erfolgt oder ob das Wissen des ersten Vertreters zuerst dem Prinzipal und danach von diesem dem nichtwissenden Vertreter zugerechnet wird.

<sup>59</sup> Bei unmittelbaren Erklärungen, wo Erklärungsabgabe und -kenntnisnahme zusammenfallen, stellt sich das Problem nicht.

<sup>60</sup> Vgl. nur GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I N 196.

<sup>61</sup> So auch BUCHER AT 140 Fn. 87.

<sup>62</sup> Es handelt sich dabei um eine Obliegenheit, nicht um eine Pflicht; ungenau GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY I N 202, wonach es «Pflicht» des Emailbenutzers sei, seinen elektronischen Briefkasten regelmässig zu leeren.

<sup>63</sup> Zum Begriff siehe statt aller VON TUHR/PETER 375.

<sup>64</sup> BK-SCHMIDLIN Art. 28 OR N 116.

<sup>65</sup> Zum Begriff vgl. statt aller VON TUHR/PETER 375.

<sup>66</sup> BK-SCHMIDLIN Art. 28 OR N 116.

#### 5. Handelsrechtliche Stellvertretung und Wissenszurechnung

Es ist das Verdienst BUCHERS, in besonderem Masse auf den wichtigen Unterschied<sup>67</sup> zwischen der *bürgerlichen* und der *handelsrechtlichen* Stellvertretung aufmerksam gemacht zu haben.<sup>68</sup> Während im ersten Fall die Ernennung des Vertreters durch «sachliche Umschreibung des oder der zu tätigenen Geschäfte» erfolgt, konstituiert sich das Vertretungsverhältnis im zweiten Fall durch «personenbezogene Ernennung des Vertreters zu einem bestimmten Vertretertypus mit von Rechts wegen umschriebenem Inhalt der Vertretungsmacht ... auf welche der zu Vertretende keinen Einfluss nehmen kann.»<sup>69</sup> Bedarf es nach

<sup>67</sup> Vgl. BUCHER Organschaft, Prokura, Stellvertretung 39 ff., 69; zu den handelsrechtlichen Vertretungsbefugnissen und ihren Unterschieden zur zivilrechtlichen Stellvertretung siehe auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 9 N 3 ff. Dagegen spricht WATTER Verpflichtung der AG 45 bloss von graduellen Unterschieden zwischen der kaufmännischen und der bürgerlichen Stellvertretung.

<sup>68</sup> Die Behandlung dieser Fragestellung entspricht BUCHERS Interesse am Verhältnis zwischen Zivil- und Handelsrecht und seiner stets geäusserten Überzeugung, dass «in der wissenschaftlichen Bearbeitung wie der praktischen Anwendung des Handelsrechts das Verständnis der Selbständigkeit dieses Rechtsbereichs und dessen Andersartigkeit gegenüber dem Zivilrecht bewahrt werden muss», wobei BUCHER die Besonderheiten der beiden Gebiete gerade anhand des Stellvertretungsrechts «illustriert» (BUCHER Gegensatz 12, 14).

<sup>69</sup> BUCHER in BUCHER/WIEGAND 207 ff. (Fall 13 Opalring) in einer grundlegenden und kritischen Auseinandersetzung mit BGE 105 II 23 ff. BUCHERS (op. cit. 208) Unterscheidung der beiden Vertretungsarten ist aufschlussreich: «Die bürgerliche Stellvertretung folgt dem Modell der sachlich umschriebenen Vertretung: Der Stellvertreter kann deshalb handeln, weil er vom zu Vertretenden zum fraglichen rechtlichen Tun ermächtigt wurde, wobei diese Ermächtigung sowohl das zu tätige Geschäft bezeichnen, wie auch die Art dessen Abwicklung inhaltlich umschreiben soll (z. B. Kauf oder Verkauf eines bestimmten Objektes zu einem bestimmten Preis). Demgegenüber haben die organschaftliche Vertretung der juristischen Personen, die Prokura und Handlungsvollmachten gemeinsam, dass die Vertretungsmacht personenbezogen ist, d. h., durch Ernennung einer bestimmten Person zum Organ, zum Prokuristen etc. verliehen wird, dies mit der Wirkung, dass der Ernannte sämtliche im fraglichen Sachbereich vorkommenden Geschäfte mit Wirkung für den Vertretenen tätigen kann und dabei (mit Bezug auf die Wirkungen im Aussenverhältnis) keinerlei inhaltliche Vorgaben des Vertretenen beobachten muss, sondern in eigener Verantwortung und auf eigene Entschliessung hin handelt.»

dem vorne Gesagten<sup>70</sup>, damit dem Vertreter Wissen des Vertretenen zugerechnet wird, spezieller Weisungen des Prinzipals, so stellt sich bei der handelsrechtlichen Stellvertretung, wo solche speziellen Weisungen typusgemäss gerade fehlen, die Frage, welches hier, wo die Vertretungsbestellung nicht geschäfts-, sondern eben rein personenbezogen erfolgt, das Kriterium für eine Wissenszurechnung auf den Vertreter ist, bzw. ob in diesem Fall eine Zurechnung mangels sachbezogener Weisungen zu unterbleiben hat. Diese Frage wird von BUCHER nicht explizit beantwortet. Immerhin ist davon auszugehen, dass er eine Zurechnung grundsätzlich ablehnen dürfte, da er betont, dass der handelsrechtliche Vertreter «in eigener Verantwortung und auf eigene Entschliessung hin handelt»<sup>71</sup>.

Noch wahrscheinlicher wird die Annahme, dass BUCHER gegen die Wissenszusammenrechnung bei der handelsrechtlichen Stellvertretung ist, wenn man seine illustrativen Erläuterungen zum Ursprung der handelsrechtlichen Stellvertretung in den oberitalienischen Städten Anfang der Neuzeit liest:

«Die Notwendigkeit der Schaffung der Prokuristen-Stellung ist ursprünglich nicht (wie heute überwiegend) durch die Grösse der Betriebe bedingt, sondern durch die Notwendigkeit, in einer anderen Stadt einen abschlussberechtigten Vertreter zu bestellen; wer mit diesem kontrahierte, war sich im klaren, dass der Prokurist seine eigene Entscheidung traf und [mangels entsprechender Kommunikationsmittel zu dieser Zeit!] nicht den Willen des Geschäftsherrn vollzog, der von der Sache *keine Kenntnis haben konnte.*»<sup>72</sup>

Allerdings erscheint gerade die so begründete Ablehnung der Wissenszusammenrechnung bei Fehlen von speziellen Weisungen als problematisch, da heute ein Prinzipal dank modernen Kommunikations- und Datenverarbeitungsmitteln eben von den intendierten Geschäften seiner (vielen) Vertreter *Kenntnis haben kann*. Dies bedeutet aber zugleich, dass sich ein Kontrahent des Vertreters, anders als in BUCHERS Zitat, gerade nicht «im klaren» sein

muss, dass der Vertreter völlig unabhängig von Wissen und Willen des Prinzipals oder, wenn man so will, des jederzeit und leicht erreichbaren, mit der Filiale elektronisch vernetzten Hauptsitzes agiert.

Abstrakt ausgedrückt: Ist im handelsrechtlichen Bereich in historischer Perspektive eine Addition des Vertretenenwissens mit dem Vertreterwissen mit der Begründung fehlender Kommunikationsmöglichkeit abzulehnen, ist sie heute aufgrund der durchaus gegebenen Kenntnis- und Einflussnahmemöglichkeit bei einer funktionalen Betrachtung zu bejahen. Dies umso mehr, als auch die diesbezüglichen Erwartungen Dritter<sup>73</sup> heute von einer Kenntnis- und Einflussnahme(-möglichkeit) ausgehen. Ohne die hier aufgeworfene Frage abschliessend zu beantworten, ist folgendes von Bedeutung und zu merken: Topoi wie «*Möglichkeit der Kenntnis- und Einflussnahme*» sowie «*Erwartungen*» an diese Möglichkeit waren (und sind) auch für die vordergründig auf dogmatischen Prinzipien beruhenden Aussagen des Stellvertretungsrechts zur Wissenszurechnung von Relevanz.

### III. Deutschland

#### 1. Die Normierung der Wissenszurechnung in § 166 BGB

Auch die Normierung der Stellvertretung im deutschen Recht steht auf der Basis der *Repräsentationstheorie*<sup>74</sup>. Für das vom Stellvertreter abgeschlossene Geschäft ist deshalb dessen Person massgebend, und nur die *Wirkungen* des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Handelns werden auf den Vertretenen «bezogen»<sup>75</sup>. Entsprechend hat sich der Vertretene das *Wissen des*

<sup>73</sup> Vgl. BUCHER AT 626 Fn. 94. (Kursivdruck eingefügt), vorne S. 18 vollständig wiedergegeben.

<sup>74</sup> Statt aller STAUDINGER-SCHILKEN Vorbem. zu §§ 164 ff. N 15; PALANDT-HEINRICHS Einf. § 164 N 2. Gegenstück der Repräsentationstheorie ist die Geschäftsherrentheorie, wie sie durch VON SAVIGNY Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts 57 ff. vertreten wurde; danach war der Vertretene der «juristisch Alleinhandelnde[.]», RICHARDI 396.

<sup>75</sup> STAUDINGER-SCHILKEN Vorbem. zu §§ 164 ff. N 32.

<sup>70</sup> Jedenfalls nach einer wichtigen Minderheitsauffassung; dazu vorne S. 14.

<sup>71</sup> BUCHER in BUCHER/WIEGAND 208 (Fall 13 Opalring).

<sup>72</sup> BUCHER AT 626 Fn. 94. (Kursivdruck eingefügt).

Vertreters anrechnen zu lassen.<sup>76</sup> Anders als das schweizerische Recht<sup>77</sup> enthält das BGB in seinem § 166 eine explizite Regelung der Wissenszurechnung:

§ 166 BGB

Abs. 1: «Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch ... die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.»

Abs. 2: «Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.»

## 2. Wissen und Wissenmüssen des Vertreters (Abs. 1)

§ 166 Abs. 1 BGB, wonach Kenntnis und Kennenmüssen *des Vertreters dem Vertretenen* zugerechnet werden, findet nach h.L. und Praxis auf alle Arten von Vertretern (gesetzliche, rechtsgeschäftlich bestellte, Organe von juristischen Personen) Anwendung.<sup>78</sup> Während der Wortlaut des Gesetzes den Anwendungsbereich von § 166 BGB an das Vorliegen einer Stellvertretung anknüpft, ist von der herrschenden Lehre<sup>79</sup> und Praxis anerkannt, dass § 166 Abs. 1 BGB auch – allerdings bloss entsprechend<sup>80</sup> oder dem Grundsatz nach – anwendbar ist, «wenn der Geschäftsherr *weder selbst handelt noch einem Stellvertreter* die Prüfung der Verlässlichkeit der massgeblichen Umstände überträgt ..., *wohl aber eine andere Person mit eigenverantwortlicher Prüfungs- und Entscheidungskompe-*

*tenz im Bereich dieses rechtsgeschäftlichen Vorteilsschutzes einsetzt*»<sup>81</sup>. Abs. 1 ist also auf den «Tatbestand der Wissenszurechnung entsprechend anwendbar», auch wenn *kein Vertretungsverhältnis im eigentlichen Sinne* vorliegt<sup>82</sup>. Es ist das Konstrukt des Wissensvertreters, mit dem der Anwendungsbereich von § 166 BGB über die eigentlichen Stellvertreter hinaus ausgedehnt wird und das zugleich die *Abgrenzung* gegenüber solchen «völlig untergeordnete[n]» *Hilfspersonen*<sup>83</sup> erlaubt, deren Wissen auch in bloss analoger Anwendung dieses Paragraphen dem Vertreter nicht mehr zugerechnet werden kann.<sup>84</sup> Wissensvertreter ist dabei jeder, «der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant *bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen* und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzugeben»<sup>85</sup>.

Gleich wie im Ergebnis auch nach schweizerischem Recht wird das Wissen von Boten dem Prinzipal nicht zugerechnet. Es handelt sich bei ihnen um Hilfspersonen, die aufgrund ihrer völlig fehlenden Selbständigkeit nach ganz h.L. nicht als Wissensvertreter qualifizieren<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 5 (Kursivdruck eingefügt); ähnlich Münchener Komm-SCHRAMM § 166 BGB N 23.

<sup>82</sup> PALANDT-HEINRICHS § 166 N 6; so schon BGB-ERMAN § 166 N 5.

<sup>83</sup> Die Abgrenzung verläuft allerdings nicht ausschliesslich entlang der Grenze zwischen völlig untergeordneten und anderen Hilfspersonen; so wird z. B. derjenige, der den Prinzipal bei einer Transaktion bloss «intern beraten» hat, nicht als Wissensvertreter betrachtet, PALANDT-HEINRICHS § 166 N 6 f. mit zahlreichen Beispielen aus der Judikatur.

<sup>84</sup> GOLDSCHMIDT 37, der kritisiert, dass es «in dem weiten Bereich», der zwischen Stellvertreter und «völlig untergeordneter Hilfsperson bestehe, nicht gelinge, «eine klare Grenze für die Wissenszurechnung zu ziehen. Mit dieser Kritik hat GOLDSCHMIDT Recht; sie belegt zugleich, dass sich die Frage der Wissenszurechnung begriffsjuristisch nicht lösen lässt.

<sup>85</sup> PALANDT-HEINRICHS § 166 N 6; so auch STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 6; Münchener Komm-SCHRAMM § 166 N 23; für weitere Hw. siehe die Aufzählung bei GOLDSCHMIDT 37 Fn. 31.

<sup>86</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 4. Richtigerweise lässt sich dies jedoch nicht so pauschal beurteilen; sofern bestimmtes Wissen in engem Zusammenhang mit der Tätigkeit des Boten steht, ist durchaus denkbar, dass seine Wahrnehmung dem Prinzipal zugerechnet wird.

<sup>76</sup> Genauso wenig, wie aus der Geschäftsherrentheorie das Gegenteil geschlossen werden könnte.

<sup>77</sup> Mit Ausnahme von Art. 5 VVG, der Aussagen zur Wissenszurechnung enthält, vgl. dazu hinten im versicherungsvertragsrechtlichen Teil S. 93 Fn. 458.

<sup>78</sup> Vgl. etwa PALANDT-HEINRICHS § 166 N 2; STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 3.

<sup>79</sup> So etwa auch WALTERMANN AcP 190; Münchener Komm-SCHRAMM § 166 N 35; FLUME Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts § 52 6 Fn. 42.

<sup>80</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 5.

Insbesondere RICHARDI<sup>87</sup> hat sich als einer der ersten Autoren ausführlich in einer über begriffsjuristisches Argumentieren hinausgehenden Weise mit der Figur der *Wissensvertretung* auseinandergesetzt<sup>88</sup>. Er sieht in ihr ein «selbständiges Zurechnungsprinzip», das «auf dem in § 166 BGB normierten Rechtsgedanken» basiert.<sup>89</sup> Aus RICHARDIS Betrachtungen ergeben sich zwei wesentliche Merkmale oder Elemente der Wissenszurechnung. Erstens: es genügt, dass die betreffende Person «mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn die rechtserhebliche Kenntnis haben und erlangen kann».<sup>90</sup> Somit hängt der Status eines Wissensvertreters nicht davon ab, ob er vom Vertretenen zu einem solchen bestellt wurde. Die Wissenszurechnung erfolgt vielmehr unabhängig vom diesbezüglichen Willen des Prinzipals immer dann, «wenn der Geschäftsherr sich arbeitsteilig am Rechtsverkehr beteiligt.»<sup>91</sup> Zweitens: Voraussetzung der Qualifikation einer Person als Wissensvertreter und damit der Bejahung der Wissenszurechnung ist eine gewisse selbständige Stellung des Wissensträgers.<sup>92</sup>

In grundsätzlicher Übereinstimmung mit RICHARDIS Wertungen nennt WALTERMANN gleichsam auf einer höheren Abstraktionsebene als weitere, § 166 zugrunde liegende Wertung die «Zuweisung eines Risikos ... das der Vertretene durch die Einschaltung der Hilfskraft (u. U. durch die Duldung ihres Tätigwerdens) geschaffen hat», wobei er es als für diese Wertung «wesentlich» erachtet, «dass der Vertretene sich die Vorteile einer Arbeitsteilung in seinem Interesse nutzbar macht.»<sup>93</sup> WALTERMANN sieht dabei den letzten Grund für die Zurechnung wohl – zu Recht – *in der Kombination des bewussten Aufgebens der eigenen Kenntnisnahmemöglichkeit durch den Vertretenen in Verbindung mit der Möglichkeit zur Beherrschung der daraus entstehenden Risiken*. Damit langt er bei den

<sup>87</sup> RICHARDI 385 ff.

<sup>88</sup> Neben RICHARDI ist insbesondere auch die Arbeit von WALTERMANN AcP 181 ff., insbes. 196 ff., zu nennen.

<sup>89</sup> RICHARDI 403.

<sup>90</sup> RICHARDI 403.

<sup>91</sup> RICHARDI 403.

<sup>92</sup> RICHARDI 403; er verlangt (loc. cit.) eine «ähnlich selbständige Stellung», wie sie ein rechtsgeschäftlicher Vertreter hat.

<sup>93</sup> WALTERMANN AcP 197.

von CANARIS für eine zivilrechtliche Risikozuteilung herausgearbeiteten Topoi «Herrschaft» und «Interesse» an, auf die weiter hinten zurückzukommen sein wird.<sup>94</sup>

Im Falle der vorne<sup>95</sup> für das schweizerische Recht angesprochenen *Doppelvertretung* wird die Kenntnis des Vertreters grundsätzlich beiden vertretenen Seiten zugerechnet<sup>96</sup>.

### 3. Wissen und Wissenmüssen des Vertretenen (Abs. 2)

Abs. 2 des § 166 BGB legt fest, dass bei einem «nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers» handelnden Vertreter nebst dessen eigenem Wissen das Wissen oder Wissenmüssen des Vertretenen zu berücksichtigen ist<sup>97</sup>. D.h., es kommt zur Addition des Wissens von Vertreter und Vertretenem. Deshalb wird bei Abs. 2 auch von *Wissenszusammenrechnung* gesprochen<sup>98</sup>. Abgestellt wird dabei nicht nur auf das im Moment der Vollmachterteilung vorhandene Wissen, sondern auch auf das zu einem späteren Zeitpunkt präesente Wissen oder Wissenmüssen. Dies allerdings nur, wenn der Vertretene «zu diesem Zeitpunkt noch durch zumutbare Massnahmen Einfluss auf den weisungsgebundenen Vertreter hätte nehmen können»<sup>99</sup>.

Der für die Anwendung von § 166 Abs. 2 BGB entscheidende Begriff der «bestimmten Weisungen» ist *weit* auszulegen<sup>100</sup>. So muss sich die Weisung nicht auf ein bestimmtes Geschäft beziehen<sup>101</sup>. Weisungen für einzelne Arten von Rechtsgeschäften bzw. eine lenkende Veranlassung zum Geschäft<sup>102</sup> reichen aus<sup>103</sup>, *nicht*

<sup>94</sup> Siehe CANARIS Vertrauenshaftung 479 ff. Dazu hinten S. 183 ff.

<sup>95</sup> Vorne S. 14.

<sup>96</sup> PALANDT-HEINRICHS § 166 N 4.

<sup>97</sup> Zur Interpretation des Begriffs «nach bestimmten Weisungen» sogleich hinten.

<sup>98</sup> So etwa BAUM 43: «Wissen» und «Wissenmüssen» werden addiert.»

<sup>99</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 26.

<sup>100</sup> So statt aller m. Hw. auf die Rechtsprechung BGB-PALANDT § 166 N 11.

<sup>101</sup> ERMAN-PALM § 166 N 16.

<sup>102</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 33.

<sup>103</sup> Z. B. SOERGEL-LEPTIEN § 166 N 29, der betont, dass beim Begriff «bestimmte Weisungen» eine «tunlichst weite Auslegung geboten» sei.

dagegen *Generalvollmachten*<sup>104</sup>. Im Sinne einer analogen Anwendung von Abs. 2 liegt eine «bestimmte[] Weisung» allerdings auch vor, wenn der Vertretene bei Kenntnis vom Geschäft «trotz *zumutbarer Möglichkeit*» dazu *nicht korrigierend* eingreift.<sup>105</sup>

#### 4. Rechtspolitische Rechtfertigung von § 166 Abs. 1 und 2 BGB

Die Zurechnung des Vertreterwissens auf den Vertretenen wird damit begründet, es sei «Sache des Vertretenen ..., sich einen zuverlässigen Vertreter auszusuchen, ihn richtig einzuweisen und zu kontrollieren.»<sup>106</sup> Der Sinn von Abs. 2, der vor dem Hintergrund des vom Repräsentationsprinzip geprägten Stellvertretungsrechts als «nicht unbeträchtliche Ausnahme»<sup>107</sup> aufgefasst wird, liegt insbesondere darin, Missbräuche zu verhindern.<sup>108</sup> Dies etwa beim Rechtsscheinerwerb, um auszuschließen, dass der bösgläubige Prinzipal einen gutgläubigen Vertreter «vorschickt»<sup>109</sup>. Diesen Gedanken auf einer hohen Abstraktionsstufe verallgemeinernd ist der Grundgedanke von Abs. 2 letztlich darin zu erblicken, *dass der «arbeitsteilig Wirtschaftende» gegenüber der Einmannunternehmung nicht bevorzugt wird.*<sup>110</sup>

<sup>104</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 34, was zum vorne diskutierten Problem bei der handelsrechtlichen Stellvertretung führt.

<sup>105</sup> PALANDT-HEINRICHS § 166 N 11 (Kursivdruck eingefügt); so auch STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 33.

<sup>106</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 2. Im Falle der gesetzlichen Vertretung wird zur Begründung des Prinzips angeführt, «die mangelnde Fähigkeit zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung [begründe] die Massgeblichkeit der Person des Vertretenen», *ders.*, loc. cit.

<sup>107</sup> STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 1; interessant ist dabei der Hinweis, dass umgekehrt Abs. 1 vom Gesetzgeber als gleichsam «logische Folgerung» betrachtet wurde, *ders.*, loc. cit. m.w.H. zu den Materialien.

<sup>108</sup> PALANDT-HEINRICHS § 166 N 1.

<sup>109</sup> BEUTHIEN 13.

<sup>110</sup> Gleichstellungsargument, siehe etwa BEUTHIEN 13.

#### IV. Zusammenfassung und Fazit<sup>111</sup>

Die von der juristischen Stellvertretungslehre entwickelten Wissenszurechnungsregeln begründen eine Zurechnung des Wissens eines Dritten auf eine andere Person, wenn dieser Dritte im Namen und mit Wirkung für diese Person rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich, d. h. als Vertreter, handelt<sup>112</sup>. Die Regeln finden keine Anwendung auf das Wissen von (anderen) gewöhnlichen Hilfspersonen, wie etwa von Boten, denn diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie «nicht einen eigenen Willen formulieren, sondern fremden Willen übermitteln»<sup>113</sup>. Nach deutschem Recht wird der Anwendungsbereich der Wissenszurechnungsregeln in Stellvertretungsverhältnissen in analoger Subsumption von § 166 Abs. 1 BGB auch auf so genannte blosse «Wissensvertreter», d. h. Personen, die «bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls weiterzugeben» haben, erstreckt.<sup>114</sup>

Die schwierige Grenzziehung zwischen Hilfspersonen, deren Wissen nicht zugerechnet wird, und Personen, die als «Wissensvertreter» zu qualifizieren sind, ist in Deutschland ausführlich diskutiert worden, ohne dass sich dabei griffige Abgrenzungsmerkmale ergeben hätten: Mit der Konstruktion der Figur des Wissensvertreters «wird die Wissenszurechnung zu einem von einer konkreten Vorschrift losgelösten Begrifflichkeitsproblem.»<sup>115</sup>

<sup>111</sup> Wo nachfolgend nicht anders angegeben, grundsätzlich bezogen auf Stellvertretungsrecht nach *schweizerischem* Recht.

<sup>112</sup> Rechtsgeschäft wie üblich definiert als Willenserklärung, die auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist, siehe etwa BUCHER AT 40. Wie gesehen bedarf es dagegen nach deutscher Lehre nicht einer eigentlichen Vertreterereignis, sondern bloss der Berufung zu selbständigem Handeln, siehe vorne S. 20f.

<sup>113</sup> BUCHER AT 598.

<sup>114</sup> PALANDT-HEINRICHS § 166 N 6; STAUDINGER-SCHILKEN § 166 N 6; Münchener Komm-SCHRAMM § 166 N 23; für weitere Hw. siehe die Aufzählung bei GOLDSCHMIDT 37 Fn. 31.

<sup>115</sup> Treffend die Kritik von GOLDSCHMIDT 48. Er setzt sich mit den verschiedenen, sich oft nur in Nuancen unterscheidenden Lehrmeinungen zum Wissensvertreter ausführlich auseinander (GOLDSCHMIDT 38 ff.).

Erkennt man in der Wissensvertretung mit RICHARDI dagegen ein selbständiges Zurechnungsprinzip, so lassen sich zwei wichtige Zurechnungstopoi daraus ableiten: *Wissenszurechnung aufgrund arbeitsteiliger Teilnahme am Rechtsverkehr; Wissenszurechnung setzt bestimmte Selbständigkeit, anders ausgedrückt, Funktion, des Wissensträgers, voraus.*<sup>116</sup>

Dem *Vertretenen* wird das gesamte Wissen des Vertreters zugerechnet.<sup>117</sup> Umgekehrt beschlägt das Wissen des Vertretenen, z. B. seine Bösgläubigkeit, generell die Rechtsfolgen der vom Vertreter abgegebenen Willenserklärungen, es findet also eine *Addition* des Wissens von Vertreter und Vertretenem statt.<sup>118</sup> Nach herrschender Auffassung gilt diese Lösung wohl unabhängig davon, ob die Vertretung auf einer Spezialvollmacht beruht oder nicht. Ein Teil der schweizerischen Lehre, insbesondere BUCHER, will das Wissen des Prinzipals in Anlehnung an das deutsche Recht dagegen nur dann zu demjenigen des Vertreters addieren, wenn dieser aufgrund einer Weisung des Vertretenen handelt, oder der Prinzipal doch zumindest Kenntnis vom konkreten Geschäft hat, was ihm die Möglichkeit der Einflussnahme eröffnet.<sup>119</sup> Neben diesem Gedanken der *Steuerung (smöglichkeit) oder Beherrschung* erwies sich als weiteres, für die Frage der Zurechnung entscheidendes Element, die *Erwartung, die Dritte an die Kenntnis- und Einflussnahmemöglichkeiten* des Prinzipals haben.<sup>120</sup> Dementsprechend erfolgt keine Zurechnung des Wissens des Vertreters auf den Vertretenen, wenn das Vertretungsverhältnis an sich an einem Mangel (z. B. infolge einer virulenten Interessenkollision) leidet, der dazu führt, dass keine pflichtgemässe Vertretung des Prinzipals vorliegt *und dies der Gegenpartei bekannt ist bzw. bekannt sein musste.*<sup>121</sup>

Die Begründung der vorne skizzierten Regeln zur Wissenszurechnung durch die traditionelle Lehre erfolgt argumentativ im

<sup>116</sup> Dazu vorne S. 20 f.

<sup>117</sup> Vorne S. 11.

<sup>118</sup> Vorne S. 13 f.

<sup>119</sup> Vorne S. 18.

<sup>120</sup> Vorne S. 18.

<sup>121</sup> So nach schweizerischer Gerichtspraxis für den Fall einer unerlaubten Doppelvertretung, vgl. vorne S. 14.

wesentlichen formal-dogmatisch bzw. begriffsjuristisch<sup>122</sup>: Die Stellvertretung basiert auf der Repräsentationstheorie; gemäss dieser handelt der Vertreter rechtsgeschäftlich (bloss die Wirkungen des Rechtsgeschäfts treten beim Vertretenen ein), es kommt also auf den Willen und ergo auch das Wissen des Vertreters an. Die Berücksichtigung des Wissens – in der Praxis geht es meist nur um den bösen Glauben – des Vertretenen, insbesondere bei dessen Kenntnis vom Geschäft, muss dabei als Ausnahme qualifiziert werden.<sup>123</sup> Die Problematik solch dogmatischer Begründungen und scheinbar logischer Schlussfolgerungen liegt darin, dass sie die für die Beantwortung der Wissenszurechnung letztlich notwendigen Wertungen – die wie gesehen auch den tradierten Auffassungen ursprünglich zugrunde lagen –<sup>124</sup> verdecken und zu falschen Resultaten führen können. So wäre es, würde man die begriffliche Argumentation durchhalten, z. B. nicht möglich, in arbeitsteiligen Unternehmen Wissen, das aus Gründen der rationalen Geschäftsbewusst auf verschiedene Mitarbeiter (ohne Vertreterstatus) aufgeteilt wird, zusammenzurechnen.<sup>125</sup>

<sup>122</sup> So etwa WATTER Verpflichtung der AG 206: «Da in den Art. 32 ff. OR das «Repräsentationsprinzip» zugrundeliegt, wird in der Schweiz die Geltung einer § 166 I BGB entsprechenden Norm angenommen. Für die Frage des Kennens und des Kennenmüssens von Tatsachen ... ist demnach grundsätzlich von der Person des Vertreters auszugehen.» (Kursivdruck eingefügt.) Zu den anderen Auffassungen (z. B. RICHARDI und WALTERMANN), die stark die hinter § 166 BGB stehenden Wertungen in den Vordergrund rücken, siehe vorne S. 22 f.

<sup>123</sup> Vorne S. 23 f.

<sup>124</sup> Man denke hier an die Überlegungen vorne S. 18 zur handelsrechtlichen Stellvertretung, wo anhand der Auffassung BUCHERS gezeigt wird, welche sozio-ökonomischen Verhältnisse eine bestimmte Regelung früher geradezu als die einzig vernünftige erscheinen lassen, die heute als nicht mehr sachgerecht aufgefasst werden kann.

<sup>125</sup> So aber BGH NJW 1995, 2159 sowie die wohl h.L., vgl. dazu LARENZ/WOLF § 46 N 110 ff. m. w. H., mit der einfachen Begründung, eine arbeitsteilige Organisation dürfe aus der Arbeitsteilung «keine Vorteile ziehen [...] im Vergleich zu einer einzelnen Person, die alles selbst erledigt.» Ders., loc. cit., mit einem illustrativen Beispiel aus dem Gebrauchtwagenhandel, wo die Einkaufsabteilung von der Unfallereignis eines angekauften Wagens wusste, nicht aber die diesen Wagen später wieder veräussernde Verkaufsabteilung.

## § 2 Einsatz von Hilfspersonen und Wissenszurechnung

### I. Spärliche Aussagen in Lehre und Judikatur

Vorne wurde gezeigt, dass die im Stellvertretungsrecht entwickelten bzw. – für Deutschland – aus § 166 BGB abgeleiteten Regeln über die Wissenszurechnung bei Vertretern auch für Personen gelten, die zumindest eine dem Vertreter vergleichbar selbständige Position haben.<sup>126</sup> Liegt keine Stellvertretung bzw. – für das deutsche Recht – auch nicht eine der Stellvertretung vergleichbare Situation vor, da es sich beim Wissensträger um eine «völlig untergeordnete [...] Hilfsperson» handelt,<sup>127</sup> kann die Wissenszurechnung nicht mehr direkt oder analog auf stellvertretungsrechtliche Prinzipien abgestützt werden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Wissen von (für Deutschland: völlig untergeordneten) Hilfspersonen dem Geschäftsherrn dennoch zugerechnet werden kann. Dies drängt sich einerseits auf, da Art. 101 OR, wie WIEGAND festgestellt hat, eine Zurechnungsnorm ist<sup>128</sup>. Andererseits fragt sich, ob nicht mit STOFFEL gelte: «Wer nicht Vertreter im Willen ist, der soll auch nicht Vertreter im Wissen sein können.»<sup>129</sup>

Die *Literatur*<sup>130</sup> in der *Schweiz* äussert sich eher spärlich zur Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen, die nicht zugleich Stell-

<sup>126</sup> Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs der stellvertretungsrechtlichen Zurechnungsregeln entspricht in Deutschland der wohl h.L. und wird auf eine analoge Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB abgestützt; vgl. dazu ausführlich vorne S. 20 f.

<sup>127</sup> GOLDSCHMIDT 37.

<sup>128</sup> BSK-WIEGAND Art. 101 OR N 2; ihm folgend etwa SCHWENZER 122.

<sup>129</sup> STOFFEL 41.

<sup>130</sup> So geht etwa SPIRO in seinem grundlegenden Werk zur Haftung für Hilfspersonen nur knapp auf Fragen der Wissenszurechnung ein, so beim Unterlassen einer Mängelanzeige durch den Gehilfen, wo sich der Schuldner nicht auf die strengen Verwirkungs- und Verjährungsfristen soll berufen können, wenn dieses Unterlassen arglistig erfolgte (SPIRO 257) sowie im Zusammenhang mit versicherungsvertragsrechtlichen Fragen (op. cit. 465 Fn. 7). ALFRED KOLLER Der gute und der böse Glaube 12 Fn. 20 weist auf die Problematik hin, behandelt aber Fragen der Wissenszurechnung grundsätzlich nicht eingehend. Ausführlichere Stellungnahmen zur Frage finden sich etwa bei SIEGER 112 ff. (dazu sogleich im Text) sowie STOFFEL 37 ff.

vertreter<sup>131</sup> des Geschäftsherrn sind<sup>132</sup>. Von den zur Frage überhaupt Stellung nehmenden schweizerischen Autoren wird die Zurechnung des Wissens oftmals mit der bereits formal-logisch fal-

<sup>131</sup> Bzw. für das deutsche Recht zumindest eine dem Stellvertreter vergleichbare selbständige Position innehaben, vgl. dazu vorne S. 20 f.

<sup>132</sup> Abgesehen vom nachfolgend im Text näher erwähnten BGE 90 II 15 ff. sind aus der Judikatur zwei Urteile, eines davon ein aktuelles, zu nennen, die sich zur Zurechnung des Wissens von Personen, die keine Vertreterstellung innehaben, äussern. Es sind dies der bekannte BBC-Entscheid sowie das Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21.8.2001. Beide Urteile werden, da jeweils eine Wissenszurechnung bei der juristischen Person (bzw. zusätzlich in Konzernverhältnissen) in Frage steht, ausführlich hinten S. 47 ff. besprochen. Wenn auch fraglich ist, ob das Bundesgericht sich zur Frage der Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen in diesen Urteilen gleich geäußert hätte, wenn Geschäftsherrin eine natürliche anstelle einer juristischen Person gewesen wäre (v. a. der in beiden Urteilen erfolgende und wohl auch mitentscheidende Hinweis auf organisatorische Aspekte der Informationsweiterleitung wäre in einer einfachen Hilfspersonenkonstellation u. U. unterblieben), rechtfertigt sich ein kurzes Eingehen darauf bereits an dieser Stelle, da jedenfalls das OR bei der Verantwortung für Hilfspersonen nicht nach der Natur des Prinzipals unterscheidet: Im BBC-Entscheid (BGE 109 II 338 ff.; ausführlich dazu hinten S. 47 ff.) bejahte das Bger. die Zurechnung des Wissens von Mitarbeitern, die weder Organ- noch Vertreterstellung innehatten, da die betreffenden Mitarbeiter gut qualifiziert waren (jedoch nicht für den Bereich zuständig, in dessen Gebiet die fragliche Information fiel) und es sich zudem um einen Sachverhalt von einigermaßen grosser Bedeutung handelte, weshalb die juristische Person dafür zu «sorgen» habe, dass diesbezüglich ein «zweckmässig[er]» Informationsaustausch sichergestellt sei. Mit dem hinten zu erörternden, aktuellen Bundesgerichtsentscheid vom 21. August 2001, der eine Wissenszurechnung in einem Versicherungskonzern betrifft, hat das Bundesgericht nun allerdings der Frage nach der Stellung der tatsächlich wissenden Person (Organ, Stellvertreter, Hilfsperson) einen wesentlichen Teil ihrer Relevanz genommen, jedenfalls was Hilfspersonen von juristischen Personen anbelangt: Ohne über die Qualifikation der relevanten, wissenden Personen (das Gericht spricht mehrmals von ihnen, aber immer nur unter dem Terminus «Mitarbeiter») auch nur ein Wort zu verlieren, rechnet es deren Wissen (unter Hinweis auf die Abfragemöglichkeiten des eingesetzten EDV-Systems!) zu, da «eine (juristische) Person über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhaltes verfügt, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation objektiv abrufbar ist», Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21.8.2001 Erw. 4, b cc); dazu ausführlich hinten S. 56.

schen Begründung<sup>133</sup> abgelehnt, eine solche sei nur im Stellvertretungsrecht vorgesehen.<sup>134</sup>

SIEGER, der sich als einer der wenigen Autoren sehr ausführlich mit der Frage befasst, unterscheidet einerseits zwischen Wissen von Hilfspersonen, die für den Abschluss von Rechtsgeschäften beigezogen werden, wo er die Zurechnung davon abhängig macht, wie «eng» die Beziehung der Hilfsperson «zum Prinzipal und dessen Rechtsgeschäft» ist,<sup>135</sup> und andererseits den «so genannten reinen Wissenstatbeständen», wo er der Auffassung von RICHARDI<sup>136</sup> «generell Gültigkeit für das schweizerische Recht» einräumt<sup>137</sup>. REICHWEIN nimmt Abstand von einer Unterscheidung zwischen der Zurechnung von Organpersonen- und Hilfspersonenwissen. Denn nach den von ihm entwickelten Regeln zur Wissenszurechnung kommen auch «Nichtorgane ... als Wissensträger in Betracht».<sup>138</sup> WATTER rechnet das Wissen von Hilfspersonen nur zu, wenn diese Kenntnis von der Transaktion haben, für die das Wissen relevant wäre (nicht dagegen, wenn sie davon bloss hätten Kennt-

<sup>133</sup> Auch CANARIS Bankvertragsrecht N 800a kritisiert vergleichbare Argumentationen im deutschen Recht, wenn er auf die Behauptung, die Zurechnung des Wissens von an einem Geschäft nicht beteiligten Organen lasse sich «nicht aus dem Gedanken der Organschaft ableiten», entgegenhält: «Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass [der Gedanke der Zusammenrechnung des Wissens aller Wissensvertreter] falsch ist, sondern ganz im Gegenteil, dass er auch auf andere Wissensvertreter als Organe ausgedehnt werden kann.»

<sup>134</sup> So etwa STOFFEL 41, vgl. das vorne im Text wiedergegebene Zitat. Auf diese falsche Auffassung wird hinten im Zusammenhang mit der Feststellung einer Lücke hinsichtlich der Bestimmung des Wissens eingegangen, S. 111 ff.

<sup>135</sup> SIEGER 114.

<sup>136</sup> Damit übernimmt SIEGER das Konzept der deutschen Judikatur, wonach Wissensvertreter auch die Hilfsperson sein kann, die zwar nicht Vertreter ist, aber zumindest in vergleichbarer Verantwortung und Selbständigkeit handelt; vgl. dazu und zur Auffassung RICHARDIS S. 14 ff.

<sup>137</sup> SIEGER 124; daneben geht er ausführlich auf eine dritte Gruppe, nämlich das Wissen im «Rahmen von Tathandlungen» ein (SIEGER 115 ff.); er befasst sich dort ausschliesslich mit dem Besitzesrecht; auf dieses und die von der Lehre dazu vertretene Auffassung wird hinten S. 41 ff. eingegangen.

<sup>138</sup> REICHWEIN 8. Obwohl KISS-PETER 290 f. in ihrem Aufsatz die für eine Zurechnung auch des Wissens von nicht auf Organ- oder Vertreterstufe stehenden Hilfspersonen sprechenden Argumente von SIEGER sowie REICHWEIN aufnimmt, äussert sie sich ausschliesslich zur Frage der Zurechnung von Organwissen.

nis haben müssen).<sup>139</sup> Denn, so Watter, «auch von Hilfspersonen in einer Bank [kann] verlangt werden, dass sie auf ein Geschäft Einfluss nehmen, von dem sie wissen, dass es beispielsweise auf der Gegenseite nicht von einer vertretungsberechtigten Person abgeschlossen wird. Gegenüber den Organen sind die Hilfspersonen insoweit «privilegiert», als eine Zurechnung nur bei ihrem Wissen um das Geschäft (nicht aber bei Wissenmüssen) erfolgt.»<sup>140</sup> Ohne nähere Begründung bejaht VISCHER unter Verweisung auf Art. 101 OR generell eine Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen<sup>141</sup>. GAUCH geht im Zusammenhang mit Werkmängeln auf die Wissenszurechnung beim Einsatz von Hilfspersonen ein und bejaht eine solche, wenn die Kenntnis von Mängeln bewusst verschwiegen wurde sowie, der deutschen Judikatur folgend, wenn es an organisatorische Massnahmen zur Prüfung und Ablieferung des Werks mangelte<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> WATTER Wissen und Willen 137. Dies entspricht den von WATTER op. cit. 131 f. aufgestellten allgemeinen Prinzipien zum Wissen «bei komplexen Organisationsformen», wo WATTER die Ansicht vertritt, dass «das Wissen von juristischen Personen und Personengesellschaften als Wissen der für diese Einheit auftretenden und/oder handelnden Personen definiert werden [muss], wobei *allenfalls* untergeordnetere Chargen (Hilfspersonen ...) in einem Betrieb nicht zu berücksichtigen sind...» (op. cit. 132, Kursivdruck eingefügt).

<sup>140</sup> WATTER Wissen und Willen 137 Fn. 50. Der Hinweis auf das Anstellungsverhältnis zu einer Bank, woraus WATTER offenbar erhöhte Sorgfaltspflichten ableitet, wird hinten in Kap. 5 § 2 im Zusammenhang mit möglichen Modifikationen der allgemeinen, zivilrechtlichen Wissenszurechnungsregeln bei (regulierten) Finanzintermediären aufzunehmen sein.

<sup>141</sup> VISCHER 232; VISCHER macht die Aussagen zur Wissenszurechnung bei der Erörterung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Unternehmensverkäufers über Mängel des Kaufobjekts, die an die Kenntnis dieser Mängel anknüpfen. Betreffend der Hilfspersonen unterscheidet er nicht weiter, sondern erwähnt beispielhaft «Arbeitnehmer, Berater und weitere Dritte, die der Verkäufer im Verhandlungsstadium bezieht, aber auch solche Arbeitnehmer, Berater und Dritte, die der Verkäufer im Bereich der Überwachung des zu verkaufenden Unternehmens (bzw. Unternehmensteils) eingesetzt hat». (VISCHER loc. cit.) Daraus ergibt sich immerhin, dass auch nach VISCHER Hilfspersonen in völlig untergeordneter Stellung für die Wissenszurechnung ausscheiden dürften.

<sup>142</sup> GAUCH Der Werkvertrag N 2096 ff. Für den Fall des Organisationsfehlers zweifelt GAUCH op. cit. N 2102, allerdings an der Richtigkeit der deutschen Lösung, wenn die Organisation «nicht absichtlich, sondern aus Unvermögen oder Fahrlässigkeit» mangelhaft war.

Die *schweizerische Judikatur* ist insofern wenig aufschlussreich, als die wenigen einschlägigen Urteile, sieht man von Aussagen über die Wissensorganisation bei einer juristischen Person ab, kaum verallgemeinerungsfähige Gedanken zur Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen enthalten<sup>143</sup>. Hinzuweisen ist immerhin auf BGE 90 II 15 ff., wo das Bundesgericht, ohne dass es darauf wirklich angekommen wäre, weil seitens der Hilfsperson (angestellter Architekt) Prüfungspflichten verletzt worden waren, etwas erratisch am Ende seiner Erwägungen festhielt, der Prinzipal müsse sich «alle Vorgänge, die G. kannte, anrechnen lassen, wie wenn er sie selber gekannt hätte». Begründet wird dies mit der verschuldensunabhängigen Natur der Einstandspflicht des Prinzipals für seine Hilfsperson nach Art. 101 OR<sup>144</sup>.

Die *deutsche Literatur* differenziert bei der Wissenszurechnung wie gesehen zwischen völlig untergeordneten Hilfspersonen, deren Wissen nicht zugerechnet wird, und den andern, eine stellvertreterähnliche Position innehabenden Hilfspersonen, deren Kenntnis und Kennenmüssen dem Prinzipal zugerechnet werden (Wissensvertreter)<sup>145</sup>. Soweit von diesem Konzept abgewichen wird, soll beispielhaft auf einige neue Meinungen hingewiesen werden: GRUNEWALD relativiert die Unterscheidung zwischen völlig untergeordneten Hilfspersonen und solchen mit stellvertreterähnlichem Status, indem sie, wenn es um besonders wichtige Informationen geht, die entsprechende Kenntnis von Hilfspersonen unabhängig von der Qualifikation derselben (im oben genannten Sinne) zu rechnet.<sup>146</sup> Generell gegen eine Zurechnung von Hilfspersonen-

<sup>143</sup> Siehe die beiden in der vorherigen Fn. 132 kurz besprochenen Urteile.

<sup>144</sup> BGE 90 II 15.

<sup>145</sup> Dazu ausführlich vorne S. 20 ff. Zusammengefasst ist für die Zurechnung des Wissens erforderlich, dass die Hilfsperson eine gewisses Mass an *eigenständiger Verantwortung* hatte sowie («jedenfalls im Regelfall», GRUNEWALD 313) für die Weitergabe von Informationen *zuständig* war. Zur dogmatischen Frage, inwiefern sich die (herrschende) Literatur dabei nur auf § 278 BGB oder aber, wie es wohl zutreffen dürfte, auf § 278 und § 166 BGB abstützt, BUCK 172 f.

<sup>146</sup> GRUNEWALD 313; wichtig ist, dass GRUNEWALDS Konzept der Zurechnung (auch von *Hilfspersonenwissen*) bewusst nicht zwischen dem rechtsgeschäftlichen und dem «nicht rechtsgeschäftlichen Bereich» unterscheidet, op. cit. 317 f.; zu dieser Frage siehe hinten S. 222 f.

wissen entsprechend § 278 BGB ist neben anderen Autoren<sup>147</sup> BUCK, da «weder die Voraussetzungen noch die Rechtsfolgen» dieser Bestimmung auf die Wissenszurechnung «passen» würden.<sup>148</sup>

Gemäss den von § 278 BGB aufgestellten, inhaltlich mit Art. 101 OR übereinstimmenden Zurechnungsvoraussetzungen (funktioneller Zusammenhang zwischen der Erfüllung der Verbindlichkeiten bzw. der Ausübung der Verrichtungen und der schädigenden Verhaltensweise; erfasst wird dabei die gesamte Verpflichtung des Geschäftsherrn, inklusive der Nebenpflichten wie Schutz- und Obhutspflichten)<sup>149</sup> lassen sich in der eine Zurechnung von Hilfspersonenwissen grundsätzlich bejahenden *deutschen Gerichtspraxis* schliesslich folgende Prinzipien erkennen: Die Zurechnung des Wissens hängt vom Aufgabenkreis der Hilfsperson ab, welcher dieser zugewiesen ist. So werden Kenntnisse der Arbeiter über Mängel eines Werkes nicht zugerechnet, wohl aber diejenigen des Poliers und Bauleiters, bzw. fehlende Kenntnisse, wenn ausreichende Kontrollmechanismen gefehlt haben<sup>150</sup>, dies verschuldensunabhängig. Als zugrunde liegende Überlegungen der Wissenszurechnung lassen sich hier einerseits der *funktionelle Bezug des tatsächlichen Wissensträgers zum Wissen und andererseits das Kriterium*

<sup>147</sup> Zu nennen sind etwa FASSBENDER 86 ff., inbes. 91, ROHDE 98 ff. und BAUM 132 ff., der in § 278 BGB keine Grundlage für eine «handlungsunabhängige» Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen sieht.

<sup>148</sup> BUCK 183, u. a. mit der Begründung, dass § 278 BGB nur für den rechtsgeschäftlichen Bereich gelte und zudem nicht eine generelle, auch Wissen betreffende Zurechnungsnorm sei, was aus § 166 BGB hervorgehe, wo der Gesetzgeber die Wissenszurechnung als «Sonderproblem» betrachte, op. cit. 172 f.

<sup>149</sup> VON TUHR/ESCHER 122 f.; PALANDT-HEINRICHS § 278 N 18 ff.; a. M. SPIRO 228 ff., der die Haftung bereits bejaht, wenn aufgrund des Einsatzes der Hilfsperson die Gefahr eines schädigenden Verhaltens begründet wurde.

<sup>150</sup> PALANDT-HEINRICHS 53. A. § 278 N 17. In letzterem Fall basiert die Zurechnung nicht mehr auf einem funktionellen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des tatsächlichen Wissensträgers und der Bedeutung des Wissens, sondern auf dem Gedanken, dass das Wissen bei ordnungsgemässer Wissensorganisation verfügbar gewesen wäre. Die Abstützung der Wissenszurechnung auf § 278 ist in der Lehre jedoch umstritten, so kritisiert etwa RICHARDI 387, dass die «Wissensvertretung ... nicht ein [von § 278 BGB geregeltes] Problem des Entstehens für Dritte» sei. Zur Wissenszurechnung wegen Organisationsmängeln im schweizerischen Werkvertragsrecht siehe vorne S. 28 f.

der Verfügbarkeit von Wissen bei ordnungsgemässer Organisation erkennen.

Die gleichen Wertungen liegen der von Art. 55 OR bzw. § 831 BGB statuierten *deliktischen Haftung des Geschäftsherrn* für das Verhalten von Hilfspersonen zugrunde<sup>151</sup>: Diese sind für die Frage der Wissenszurechnung zumindest analog heranziehbar, obwohl es sich bei diesen Normen nach h.L. nicht um Zurechnungsnormen (wie sie – nach richtiger Auffassung –<sup>152</sup> Art. 101 OR und Art. 55 ZGB darstellen) handelt, sondern um selbständige Haftungsnormen<sup>153</sup>. Denn für die zugrunde liegenden Wertungen ist es irrelevant, ob die Haftungsbestimmung und die Zurechnungsnorm vereint sind oder erst in ihrer Verbindung (wie bei der Haftung nach Art. 97 i. V. m. 101 OR) eine Haftungsfolge ergeben. Diese Wertungen sind einerseits im klassischen Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn enthalten: Er kann sich von der Haftung durch den Nachweis befreien, dass er die *cura in eligendo, instruendo vel custodiendo* eingehalten hat. Andererseits finden sie sich in dem (in Deutschland seit langem bekannten, für die Schweiz mit dem bekannten Schachtrahmenurteil<sup>154</sup> eingeführten) zusätzlichen Erfordernis (der Haftungsbefreiung), dass eine zweckmässige Betriebsorganisation vorlag<sup>155, 156</sup>. Dies sind alles für die Erarbeitung eines Wissenszurechnungsmodells entscheidende Wertungen.<sup>157</sup>

<sup>151</sup> Ob es sich dabei um Zurechnungsnormen oder Haftungsnormen handelt, spielt für die Beurteilung der Wertungen keine Rolle.

<sup>152</sup> So BUCHER AT 350 Fn. 84.

<sup>153</sup> So etwa GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 205; OR 55 nennt im Tatbestand die einzelnen Merkmale, welche erfüllt sein müssen, damit eine Haftung greift.

<sup>154</sup> BGE 110 II 462ff.

<sup>155</sup> BGE 110 II 460f.; 121 IV 10 E. 3a; JdT 1986, 573; VE-HPG 49a; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 204.

<sup>156</sup> Bereits HAUSHEER Karlsruher Forum 44f. betonte den engen Zusammenhang zwischen der Wissenszurechnung und der Entwicklung der Organisationshaftung.

<sup>157</sup> Dazu ausführlich hinten S. 157ff.

## II. Zulässigkeit von Rückschlüssen aus den Regeln über die Hilfspersonenhaftung?

### 1. Art. 101 und 55 OR

Fraglich ist, ob der folgende grundlegende Unterschied zwischen Art. 101 und 55 OR bzw. § 278 und 831 BGB bei der Heranziehung diesen Normen zugrunde liegender Wertungen zu beachten ist: Bei Art. 101 OR und § 278 BGB, d. h. im Rahmen eines bereits etablierten Schuldverhältnisses, liegt eine vom eigenen Verhalten völlig unabhängige Haftung für fremdes Verschulden (scil. der Hilfsperson) vor, während bei Art. 55 OR und § 831 BGB die Haftung auf eigenem Verschulden (unabhängig vom allfälligen Verschulden der Hilfsperson) beruht.<sup>158</sup> Dies würde implizieren, dass auch für die Beurteilung der Wissenszurechnung ein Unterschied zwischen der Zurechnung von Wissen in rechtsgeschäftlichen Verhältnissen und ausserhalb solcher zu machen wäre.

Gelangt man jedoch – wie nachfolgend –<sup>159</sup> zur Erkenntnis, dass sich die Frage der Zurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Wissensorganisation löst, so wird die Unterscheidung irrelevant, gleich wie sie nach richtiger Auffassung auch für die Verhaltenspflichten nicht entscheidend ist: Im deliktischen Bereich haftet der Geschäftsherr, weil er es unterlassen hat, eine ordnungsgemässe, zweckmässige Organisation (zur Sicherstellung der Erfüllung der Verhaltenspflichten) zu etablieren, im rechtsgeschäftlichen Bereich haftet er qua Verantwortlichkeit für die Hilfsperson, da er bei Nichterfüllung seiner Verhaltenspflichten den Nachweis nicht erbringen kann, dass, hätte er selbst an der Stelle der Hilfsperson gehandelt, kein Schaden entstanden wäre.<sup>160</sup>

<sup>158</sup> Zum deutschen Recht vgl. etwa PALANDT-THOMAS § 831 N 1ff.

<sup>159</sup> Hinten S. 157ff.

<sup>160</sup> Hypothetische Vorwerfbarkeit, vgl. dazu etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY II N 2864 mit einem auch für die Zwecke der Wissenszurechnung in Organisationen fruchtbaren Beispiel (op. cit. N 2869), wo ein Schaden dadurch eingetreten ist, weil die Hilfsperson mangels Kenntnis einer bestimmten Information (über die der Geschäftsherr selbst verfügte) gehandelt hat.

## 2. Beschränkung auf verhaltensabhängige Wissenszurechnung?

Ein weiterer Einwand gegen die Übernahme von Wertungen aus dem Bereich der Geschäftsherren- und Hilfspersonenhaftung für die Bestimmung der Wissenszurechnung besteht darin, dass diese Haftungs- und Zurechnungstatbestände grundsätzlich immer an ein Verhalten der Hilfsperson anknüpfen. Dieses kann in einer Handlung oder im Unterlassen einer im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Schulpflicht geschuldeten Handlung<sup>161</sup> bestehen.<sup>162</sup> Dies wirft, worauf insbesondere BAUM sehr ausführlich eingegangen ist, alsdann die Frage auf, ob diese Haftungsgrundlagen – egal ob analogieweise oder auch nur als Wertungsentscheidungen – für die Bestimmung von Wissen, wo dieses verhaltensunabhängig erlangt bzw. relevant wurde, überhaupt herangezogen werden können<sup>163</sup>.

Diese Unterscheidung geht jedoch fehl. In seiner ausführlichen Auseinandersetzung mit BAUMS Arbeit hat SINGER gezeigt, dass es «ohnehin der Regelfall sein [dürfte], dass Wissen in Zusammenhang mit Handlungen erworben wird, die im Auftrag des Ge-

<sup>161</sup> Art. 101 OR spricht von «in Ausübung ihrer [der Hilfsperson übertragenen] Verrichtungen»; § 278 BGB legt inhaltlich gleichbedeutend fest, dass der «Schuldner ... ein Verschulden ... der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten [hat] wie eigenes Verschulden.»

<sup>162</sup> Vgl. für das deutsche Recht etwa PALANDT-HEINRICHS § 278 N 12; Münchener Komm-GRUNDMANN § 278 N 22; für das schweizerische Recht siehe BSK-WIEGAND Art. 101 OR N 14 (es bedarf bloss eines vorwerfbaren Verhaltens); implizit wohl auch GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 247 f.; BUCHER AT 353 mit der Klarstellung, dass beim Einstehenmüssen für das Verhalten von Hilfspersonen im Zusammenhang mit positiver Vertragsverletzung das «haftungsbegründende Verhalten in der Verletzung einer ... Unterlassungspflicht» besteht. Zu Recht weist BUCHER a. a. O. darauf hin, dass sich nur hier die Frage nach dem funktionellen Zusammenhang zwischen der «übertragenen Verrichtung mit der Schadenszufügung» stellt. Denn soweit es um die Erfüllung von Leistungspflichten geht, ergibt sich die «Qualifizierung als Hilfsperson [unmittelbar und unproblematisch] aus der Tatsache der Beteiligung an derselben», während die positive Vertragsverletzung durch potentiell jede Person begangen werden kann.

<sup>163</sup> BAUM 132 ff. und 139 ff.; sein Konzept der Wissenszurechnung misst dieser Unterscheidung grösstes Gewicht bei, vgl. dazu hinten S. 78 ff.

schäftsherrn ausgeführt werden»<sup>164</sup> und die Abgrenzung zudem «fehlende Trennschärfe» aufweise, was BAUM «eher unfreiwillig» selbst eingestehen müsse, wenn er zur Begründung einer verhaltensabhängigen Wissenszurechnung mit Konstrukten wie dem passiven Tätigwerden einer Hilfsperson operiere<sup>165</sup>. Dem ist beizufügen: Eine verhaltensunabhängige Wissenszurechnung im Wortsinne gibt es grundsätzlich nicht – Wissen wird immer im Zusammenhang mit einem Verhalten zur Kenntnis genommen oder relevant. Eine andere Frage ist, ob es sich bei dem betreffenden Verhalten um ein solches handelt, das, allenfalls im Verbund mit weiteren Kriterien, dazu führt, dass das fragliche Wissen oder Wissenmüssen der betreffenden (natürlichen) Person dem Geschäftsherrn oder der juristischen Person zugerechnet werden kann<sup>166</sup>. Die Unterscheidung ist für die Wissenszurechnung<sup>167</sup> jedoch auch deshalb nicht relevant, als es mit der hinten einzuführenden Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Wissensorganisation nicht mehr auf ein spezifisches Verhalten einer konkre-

<sup>164</sup> SINGER 72; er qualifiziert die genannte Unterscheidung trotz einer durchaus positiven Würdigung von BAUMS Grundthesen als «spitzfindige Erörterungen», die «für das Lösungskonzept aber nur füllendes und zum Teil verwirrendes Beiwerk darstellen», SINGER 71.

<sup>165</sup> SINGER 72; er nennt ein weiteres Beispiel für die Untauglichkeit der Unterscheidung in der praktischen Anwendung: So etwa, dass BAUM den bekannten Kolonnenführerfall (BGHZ 62, 63) der handlungsunabhängigen Wissenszurechnung zuordnet, obwohl es darum ging, dass das Wissen der für eine Baustelle verantwortlichen Poliere um die Mangelhaftigkeit der Betonierarbeiten (die Bauführer waren gegen die schludrige Arbeit nicht eingeschritten, da ein Akkordlohn vereinbart gewesen war) dazu führte, dass der Unternehmer wegen arglistigen Verschweigens der Mängel gemäss § 638 BGB haftete.

<sup>166</sup> Ein Beispiel für eine schwierige Frage aus diesem Bereich ist etwa, wenn die natürliche Person das – für ihren Arbeitgeber – relevante Wissen anlässlich eines privaten oder gar nur zufällig mitgehörten Gesprächs Dritter erlangt hat. Näher liegende (und praktisch bedeutsamere) Fälle wären etwa die Kenntnisnahme einer Immaterialgüterrechtsverletzung durch Konkurrenten seitens von Mitarbeitern einer Einkaufsabteilung anlässlich ihrer Arbeit, zu der es naturgemäss nicht gehört, das Verhalten von Konkurrenten auf eine mögliche Immaterialgüterrechtsverletzung hin zu beobachten. Dazu ausführlich hinten S. 47 ff.

<sup>167</sup> Vergleichbar mit der Situation für die Hilfspersonenhaftung aufgrund des Schachtrahmenfalls insgesamt.

ten Hilfsperson ankommt,<sup>168</sup> sondern darauf, ob ein Betrieb(sablauf) insgesamt so organisiert ist, dass alle «gebotene Sorgfalt zur Schadensvermeidung angewendet» worden ist<sup>169</sup>.

### 3. Exkurs: Hilfsperson verfügt über bessere Kenntnisse

Eine weitere mögliche Unvereinbarkeit der Art. 101 OR zugrunde liegenden Wertungen mit der hinten zu postulierenden Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation könnte in Konstellationen erblickt werden, wo die Hilfsperson über bessere Kenntnisse als der Geschäftsherr verfügt. Nach h.L. haftet in dieser Situation der Geschäftsherr nicht, da ihn, hätte er selbst gehandelt, kein Verschulden treffen würde (die Hilfsperson dagegen schon, die ja über die relevanten Kenntnisse verfügte)<sup>170</sup>. Anders dagegen, wenn explizit oder konkludent die «Einhaltung einer (überdurchschnittlichen Spezialisten-)Sorgfalt» versprochen wurde<sup>171</sup>. Auf die Beurteilung der Wissenszurechnung übertragen bedeutet dies, dass Wissen einer Hilfsperson dem Geschäftsherrn zumindest dann zuzurechnen ist, wenn nach aussen in rechtlich relevanter Weise *kommuniziert* wurde<sup>172</sup>, dass das Wissen der Hilfsperson in einer bestimmten Funktion als Teil des Wissens der Organisation gilt, weil die Hilfsperson das Wissen an die relevante Stelle weiterleitet.<sup>173</sup>

<sup>168</sup> Selbstverständlich kann ein solches, wenn es klar identifizierbar vorliegt und eine Pflicht aus der klassischen Sorgfaltstrilogie von Art. 55 OR in Bezug auf diese konkrete Person verletzt wurde, im Zentrum der juristischen Würdigung der Hilfspersonenhaftung stehen.

<sup>169</sup> GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 204 m. w. H.

<sup>170</sup> Vgl. dazu das Beispiel bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY II N 2869.

<sup>171</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY II N 2871.

<sup>172</sup> Was z. B. auch im Rahmen der Schaffung eines entsprechenden Vertrauenstatbestandes geschehen kann.

<sup>173</sup> Hier zeigt sich, dass Art. 101 OR und § 278 BGB letztlich überhaupt nicht auf heutige, arbeitsteilige Organisationen zugeschnitten sind, wo es oft die Regel ist, dass der Geschäftsherr (sei es eine natürliche oder im Falle einer juristischen Person deren Organe) selbst nicht über die relevante Sachkenntnis verfügt. Mittels der Annahme von konkludenten Versprechen über das Mass der Sorgfalt (dazu

## § 3 Das Wissen der juristischen Person

Die nachfolgende Untersuchung der Wissenszurechnung bei der juristischen Person beschränkt sich auf das Zivilrecht. Aufsichtsrechtliche Gesichtspunkte, die für die Beurteilung von Wissen und Wissenmüssen regulierter Finanzdienstleistungsunternehmen von Relevanz sein mögen, werden hinten zusammen mit der Frage, wie mit «Informationsordnung» Interessenkonflikte innerhalb von Banken und anderen regulierten Finanzintermediären gelöst werden können, ausführlich erörtert<sup>174</sup>. Da die in diesem § 3 und im nachfolgenden 3. Kapitel dargestellten bzw. entwickelten Grundsätze auch für regulierte Finanzdienstleistungsunternehmen gelten,<sup>175</sup> soweit sie als juristische Personen konstituiert sind, werden im Kapitel über die Wissenszurechnung bei Banken<sup>176</sup> aufsichtsrechtliche Vorgaben zu den Informationsflüssen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Nachfolgenden<sup>177</sup> zu überprüfen sein.<sup>178</sup>

vorne im Text) sowie dem Trend zu einem z. T. rollenspezifischen, objektivierten Verschuldensmassstab (wo es auf das individuelle Verschulden einer bestimmten Person gar nicht ankommt, vgl. dazu BSK-WIEGAND Art. 97 OR N 43; WIEGAND recht 1990 135 ff.; ABEGGLEN Vermögensverwaltung 184) wird dieses Problem in der Praxis gelöst. Faktisch führt diese Entwicklung aber zu einer Haftung für richtige Leistung und Erfüllung der Verhaltenspflichten, wie sie in einer bestimmten Industrie und bei Einhaltung der Kunstregeln bei ordnungsgemässer, zweckmässiger Organisation erbringbar gewesen wären, mithin zu einer Haftung für ordnungsgemässe Organisation. Daraus ergibt sich auch für die vorliegende Arbeit die Notwendigkeit, auf die Entwicklung und Bedeutung des Organisationsverschuldens, wie es insbesondere in der neueren deutschen Literatur (neuerdings etwa bei MATUSCHE-BECKMANN) thematisiert wird, einzugehen, vgl. dazu hinten S. 170 ff.

<sup>174</sup> S. 342 ff.

<sup>175</sup> Sie sind auf «alle juristischen Personen des Bundesprivatrechts» anwendbar, BK-RIEMER Systematischer Teil N 106.

<sup>176</sup> Hinten S. 301 ff.

<sup>177</sup> D. h. den Ausführungen in diesem § 3 und dem Vorschlag eines neuen Modells der Wissenszurechnung im 3. Kap.

<sup>178</sup> Dazu hinten S. 301 ff.

## I. Relevanz der Theorien über die Natur der juristischen Person für die Wissenszurechnung

Können aus der alten Kontroverse über das Wesen der juristischen Person, bei der sich Organ-<sup>179</sup> und Fiktionstheorie<sup>180</sup> gegenüberstehen, Schlussfolgerungen für das Wissen und Wissenmüssen von juristischen Person gezogen werden?<sup>181</sup>

Aus positiv-rechtlicher Sichtweise ist dies unter zwei Voraussetzungen möglich: Zunächst müssen diese Theorien überhaupt Aussagen zum Wissen der juristischen Person zulassen. Zweitens müsste davon ausgegangen werden können, dass der Gesetzgeber einer der Theorien gefolgt wäre und diese seiner Konzeption der juristischen Person zugrunde gelegt hätte.<sup>182</sup>

### 1. Aussagen zur Wissenszurechnung?

Gemäss der von BESELER begründeten und von VON GIERKE weiterentwickelten *Organtheorie* ist die Körperschaft nicht nur rechts-, sondern auch handlungsfähig, wobei sie unmittelbar durch ihre Organe handelt. Entsprechend wird der juristischen Person Willens- und Wissensfähigkeit zuerkannt. Die juristische Person hat ein «einheitliches Gesamtwissen»; sie wird durch die Organe in den

<sup>179</sup> Die germanistische Organtheorie wird auch als Realitäts-, Genossenschafts- oder Theorie der realen Verbandspersönlichkeit bezeichnet; sie wurde «am klarsten» (so MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 37) durch VON GIERKE vertreten.

<sup>180</sup> Prominentester Vertreter der romanistischen Fiktionstheorie war VON SAVIGNY, dies neben PUCHTA und WINDSCHEID; ein knapper Überblick über die Theorien findet sich bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 37 ff.; eine ausführliche Darstellung etwa bei KICK Die verbotene juristische Person Diss. Freiburg 1993 3 ff.

<sup>181</sup> Im Sinne einer Vorwegnahme des nachfolgenden Ergebnisses ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass dem Theorienstreit keine grosse Bedeutung beizumessen ist, ergibt sich daraus doch «für sich allein ... im Einzelfall keine Antwort auf Rechtsfragen. Jurisprudenz ist vielmehr (für den Gesetzgeber wie für den Rechtsanwender in je spezifischer Weise) «permanente Problemerkörterung, bei welcher Verständnis für den Sachverhalt, Einsicht in die jeweiligen Interessen und Wertung im Vordergrund stehen.» TUOR/SCHNYDER/SCHMID § 15 I b.

<sup>182</sup> Nur diesfalls würden sie – soweit dies überhaupt möglich ist – zu den Wertungen des Gesetzes gehören.

«rechtswirksamen Zustand des eigenen Wissens oder Nichtwissens versetzt», ohne dass eine Stellvertretung vorliegen würde.<sup>183</sup> Dies entspricht dem Kern der Organtheorie, wonach die «juristische Person ... nicht mit einem technischen Kunstgriff als fingiertes Wesen, sondern als reale, wirklich existierende Person», als «sozialer Organismus» verstanden wird.<sup>184</sup>

VON GIERKES knappe Ausführungen zum Wissen der juristischen Person enthalten indes noch eine meist<sup>185</sup> nicht beachtete Einschränkung. Der berühmte Jurist hielt nämlich fest, dass (nur) das Wissen der «hierfür geeigneten Organe» bzw. «bestimmter Bewusstseinsorgane» Wissen der Körperschaft sei.<sup>186</sup> Allerdings relativiert VON GIERKE diese Einschränkung an anderer Stelle wiederum, indem er – im Sinne einer aus der Organtheorie folgenden absoluten Wissensvertretung – festhält, es bedürfe des «Nichtwissen[s] sämtlicher Gesellschafter, damit die Gesellschaft Dritten gegenüber den Einwand der Unkenntnis erheben» könne. Zudem, so VON GIERKE, liege z. B. *gutgläubiger Besitzerwerb* nur vor, wenn «bei Besitzerwerb jeder Gesellschafter in gutem Glauben war.»<sup>187</sup> Auch präziserte VON GIERKE soweit ersichtlich nicht, welches seiner Ansicht nach die für die Wissensvertretung «geeigneten» Organe wären. Es ist anzunehmen, dass VON GIERKE diese Frage nicht offen gelassen hätte, wenn er ihr bzw. der Relativierung der absoluten Wissenszurechnung entscheidende Bedeutung beigemessen hätte.

Die neben WINDSCHEID<sup>188</sup> und PUCHTA<sup>189</sup> insbesondere durch VON SAVIGNY vertretene Fiktionstheorie betrachtet die juristische Person als *nicht handlungsfähige* Fiktion:

<sup>183</sup> VON GIERKE Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung 627 f. (zitiert nach SIEGER 30).

<sup>184</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 39 N 15.

<sup>185</sup> Die soweit ersichtlich einzige Ausnahme ist DRUEY Information 305 Fn. 40, der ebenfalls darauf hinweist, dass aufgrund der (nachfolgend im Text sogleich wiedergegebenen) relativierenden Formulierung die «Gleichung» Summe des Wissens der Organe gleich Wissen der juristischen Person «nicht ohne weiteres der Sicht des Schöpfers der Organtheorie entsprach».

<sup>186</sup> Loc. cit. (Kursivdruck eingefügt).

<sup>187</sup> Op. cit. 585.

<sup>188</sup> WINDSCHEID 191 f., 219 f.

<sup>189</sup> PUCHTA 39 f. (§ 25).

«Die Rechtsfähigkeit wurde oben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen ... Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch blosse Fiction angenommene Subjecte. Ein solches Subject nennen wir eine juristische Person, d. h. eine Person welche bloss zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen.»<sup>190</sup>

Im Gegensatz zu der grundsätzlich absoluten, voraussetzungslosen Wissenszurechnung gemäss Organtheorie erfolgt hier eine Zurechnung des Wissens der für die juristische Person handelnden Personen grundsätzlich nur im Rahmen des *Stellvertretungsrechts*<sup>191, 192</sup>. Entsprechend wird diese Theorie – auch in der Literatur zur Wissenszurechnung – als Vertretertheorie bezeichnet.<sup>193</sup>

<sup>190</sup> Vgl. von SAVIGNY System des heutigen römischen Rechts §§ 85 ff. 236. Seine Auffassung kommt etwa bei der Umschreibung des Besitzererwerbs durch die juristische Person anschaulich zum Ausdruck: «Der Besitzerwerb juristischer Personen gestaltet sich nun auf folgende Weise. Rechte überhaupt konnten sie von jeher erwerben, indem ihnen die juristischen Handlungen ihrer Vertreter als ihre eigene Handlungen angerechnet wurden; darin besteht eben ihr Wesen. Bei dem Besitz fand das Schwierigkeit, weil er wegen seiner rein factischen Natur mit einer solchen Fiction nicht vereinbar schien. Als man sich über diese Schwierigkeit hinwegsetzte, geschah dieses dadurch, dass man die allgemeinen Vertreter oder Vorsteher der juristischen Person, auch in Ansehung des Besitzererwerbes, an die Stelle der juristischen Person treten liess. Jetzt muss also in der physischen Person des Vorstehers alles Das [sic] vorgehen, was bei einem gewöhnlichen Besitzerwerb in der Person des Besitzers vorgehen muss; er selbst muss das Bewusstsein des Besitzes haben, und die Apprehension muss entweder durch ihn, oder durch einen von ihm Beauftragten (bei den Römern auch durch einen Sklaven) geschehen. Dabei bleibt also immer die Abweichung von der sonst geltenden Regel des Besitzererwerbs, dass der Besitzer selbst (hier die juristische Person als solche) besitzen kann, ohne eigenes Bewusstsein des Besitzes.» (SAVIGNY op. cit. 292f.) In einer Fussnote setzt sich SAVIGNY mit einem Kritiker seiner Auffassung auseinander, der der Meinung ist, auch juristische Personen könnten nur mit eigenem Wissen und Willen Besitz erwerben: «Er hat sich offenbar das Wesen der juristischen Person nicht klargemacht.» (SAVIGNY op. cit. 293 Fn. V).

<sup>191</sup> Dazu ausführlich vorne in § 1.

<sup>192</sup> So etwa auch SCHILKEN 129. Entsprechend kann die Darstellung dieser Theorie knapp bleiben.

<sup>193</sup> So etwa ROHDE 7; GOLDSCHMIDT 207; BUCK 214f.

Der Theorienstreit wirkt sich damit für die Frage der Wissenszurechnung dahin gehend aus, dass die juristische Person nach der Organtheorie bei Kenntnis ihrer Organe unmittelbar selber weiss<sup>194</sup>, währenddem sie gemäss der *Vertretertheorie* niemals selbst wissensfähig ist, sondern sich Wissen bzw. Wissenmüssen nur dann anrechnen lassen muss, wenn die besonderen Voraussetzungen für die Zurechnung von Wissen bzw. Wissenmüssen eines Stellvertreters vorliegen. Folgt man der *Organtheorie* – wie dies vor allem die ältere Judikatur und noch heute ein Teil der Standardliteratur tun –<sup>195</sup>, bedarf es für die Beurteilung des Wissens der juristischen Person keiner näheren Untersuchung des Verhaltens des Organs. Das Wissen der Organe kann vielmehr voraussetzungslos mit dem Wissen der juristischen Person gleichgesetzt werden.<sup>196</sup> Allerdings gilt diese Gleichsetzung nicht, wenn es um Wissen von Personen unterhalb der Organstufe geht. Hier gibt die Organtheorie naturgemäss keine Antwort auf die Wissenszurechnungsfrage.<sup>197</sup>

Der Theorienstreit ist zunächst also dann relevant, wenn die Frage der Zurechnung des Wissens von faktischen oder formellen *Organen* juristischer Personen zur Diskussion steht. Relevanz des Streits für die positiv-rechtliche Beurteilung der Wissenszurechnungsfrage setzt allerdings wie erwähnt zusätzlich voraus, dass der Gesetzgeber einer der beiden Theorien den Vorzug gegeben hat.<sup>198</sup> Dies soll nachfolgend geprüft werden.

<sup>194</sup> Kraft ihrer Organe ist die juristische Person «selbst wissensfähig», GOLDSCHMIDT 207.

<sup>195</sup> Zu beidem hinten S. 46 ff.

<sup>196</sup> In diesem Sinne auch BUCK 215.

<sup>197</sup> Es sei denn, eine negative in dem Sinne, dass nur das Wissen von Organen zuzurechnen wäre. Dies ist jedoch bereits deshalb nicht der Fall, da jedenfalls das Wissen von nicht Organstellung innehabenden Stellvertretern (bürgerlichen oder handelsrechtlichen – zur Unterscheidung siehe vorne S. 17) der juristischen Person bei gegebenen Voraussetzungen zugerechnet werden kann.

<sup>198</sup> Und zudem nicht, was denkbar wäre, in bewusster Abweichung von den entsprechenden Konsequenzen einer Theorie die Frage der Wissenszurechnung anders als theoriekonform beantwortet hat.

## 2. Die Stellung der schweizerischen Legislative und Judikative zum Theorienstreit

Anders als in Deutschland, wo der Normierung der juristischen Person «absichtlich keine der beiden Theorien» zugrunde gelegt wurde, tendierte der schweizerische Gesetzgeber, wie der Schöpfer des ZGB, *Eugen Huber*<sup>199</sup>, zur Organ- oder Realitätstheorie hin.<sup>200</sup> Dies sei in Art. 54 ZGB («Die juristischen Personen sind handlungsfähig.») und in Art. 55 ZGB («Die Organe sind berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben.») erkennbar<sup>201</sup> – so noch heute ein Teil der Doktrin und die früher herrschende Lehre<sup>202</sup>. Nach neuerer Auffassung (und vereinzelt schon gemäss der zeitgenössischen Lehre<sup>203</sup>) hatte sich der Gesetzgeber jedoch weder für die eine noch die andere Theorie entschieden<sup>204</sup>. Immerhin scheint unbestritten, dass das ZGB «der Realitätstheorie in den Allgemeinen Bestimmungen über die Juristischen Personen relativ nahe» steht<sup>205</sup>.

Vor dem Erlass des ZGB äusserte sich das *Bundesgericht* jeweils noch zur Natur der juristischen Person. Wie *BOVAY*, *STOFFEL*,<sup>206</sup> *SIEGER* u. a. nachwiesen, vertrat es bis 1905 die Fiktionstheorie, um dann seit dem Entscheid BGE 31 II 247 der Organtheorie zu folgen<sup>207</sup>. Seit Inkrafttreten des ZGB beurteilte das Gericht in der Folge umstrittene Rechtsfragen zur juristischen Person nicht mehr

<sup>199</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID § 15 I c; WEBER SPR II/4 49.

<sup>200</sup> So etwa *BUCHER* Aarg. Beamtenblatt 99; *ders.* Prokura, Organschaft, Stellvertretung 42.

<sup>201</sup> So etwa *RÖMMER-COLLMANN* 28, inbes. Fn. 29.

<sup>202</sup> Dazu ausführlich *SIEGER* 31, m. w. H. in Fn. 9.

<sup>203</sup> Deutlich *THORMANN* 494.

<sup>204</sup> Mit einem Überblick über die Literatur *SIEGER* 32.

<sup>205</sup> WEBER SPR II/4 49; BK-RIEMER Systematischer Teil N 6 spricht davon, dass «die entsprechenden konkreten Rechtsfragen inzwischen durch Gesetzgebung und Praxis entsprechend der sachlichen Notwendigkeit beantwortet sind, und zwar – entsprechend den Anschauungen von EUGEN HUBER – auf der Grundlage der Realitätstheorie. Gl.M. ZK-EGGER N 11 ff. vor Art. 52 ZGB; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 10 ff., insbes. N 17.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID § 15 I c.

<sup>206</sup> H. BOVEY, Etude sur la responsabilité des personnes morales à raison des faits illicites de leurs organes, Diss. Lausanne 1911, 44; *STOFFEL* 150.

<sup>207</sup> Siehe dazu etwa *FÖGEN* 397 f.

unter Bezugnahme auf die Fiktions- oder Realitätstheorie, sondern direkt gestützt auf die positiv-rechtlichen Bestimmungen<sup>208</sup> (so etwa zur zivilrechtlichen Deliktsfähigkeit der juristischen Person gemäss Art. 54 und 55 ZGB). Dies entspricht der Erkenntnis, dass der Frage, welcher Theorie das Gesetz folgt, keine überragende Bedeutung zukommt, da dieses aus sich selbst heraus interpretiert werden muss, selbst wenn der Gesetzgeber einer bestimmten Theorie den Vorzug gegeben hätte<sup>209</sup>.

Für die Wissenszurechnung bei juristischen Personen lässt sich aus den Theorien über deren Rechtsnatur für das positive Recht demnach insgesamt nichts ableiten.<sup>210</sup>

Es versteht sich von selbst, dass dies erst recht in Deutschland gilt, wo sich der Gesetzgeber wie oben<sup>211</sup> gesehen explizit dagegen aussprach, dem BGB die eine oder andere Theorie der juristischen Person zugrunde zu legen.<sup>212</sup> Damit ist grundsätzlich auch der Weg frei, die in der Organtheorie enthaltenen Aussagen zur absoluten Wissenszurechnung<sup>213</sup> zu ignorieren, sollte man zum Schlusse kommen, dass deren «schematische Gleichbehandlung» von natürlichen und juristischen Personen «nicht in allen Fällen sachgerecht» ist<sup>214</sup>.

<sup>208</sup> So auch *FÖGEN* SJZ 95 398; gl. WEBER SPR II/4 50, wonach das Gericht «nicht ausdrücklich» einer bestimmten Theorie folge.

<sup>209</sup> BK-MEIER-HAYOZ Art. 1 N 151 ff.; so auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID § 15 I c.

<sup>210</sup> Dies ist denn auch die heute h. M. in der Schweiz. Vgl. etwa *SIEGER* 37; implizit auch *WATTER* Wissen und Willen 136 ff., dessen Lösungsansatz bewusst nicht auf die eine oder andere Theorie Bezug nimmt; so grundsätzlich auch *REICHWEIN* 4 ff., dessen Lösung allerdings eine Relativierung der aus der Organtheorie fließenden absoluten Wissenszurechnung darstellt.

<sup>211</sup> Vorne S. 44.

<sup>212</sup> Vgl. statt aller etwa *SCHÜLER* 59.

<sup>213</sup> Vgl. dazu vorne S. 43.

<sup>214</sup> WEBER SPR II/4 49. Auf die Frage der Vergleichbarkeit des Wissens und Wissensmüssens von natürlichen und juristischen Personen wird hinten S. 117 ff. ausführlich eingegangen.

## II. Das Wissen der juristischen Person nach der Rechtsprechung

### 1. Schweiz

In der schweizerischen Judikatur<sup>215</sup> gibt es nicht viele Urteile, die sich mit der Wissenszurechnung bei der juristischen Person befassen<sup>216</sup>. Allerdings ist in der jüngeren Vergangenheit eine Zunahme von Entscheiden mit z. T. wichtigen Aussagen zu vermerken. Im Folgenden werden die neueren bundesgerichtlichen Urteile<sup>217, 218</sup>

<sup>215</sup> Die (wichtige) Judikatur zur Wissenszurechnung im Versicherungsunternehmen wird hinten S. 89 ff. erörtert. Nachfolgende Ausführungen konzentrieren sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die wenigen kantonalen Urteile scheinen sich im Einklang mit dessen Praxis zu entwickeln; vgl. neuerdings etwa Handelsgericht Zürich, Urteil vom 11. 3. 2002 (ZR 101–53, 195 ff.), wo darauf hingewiesen wird, dass die «ältere Lehre und Praxis von dieser absoluten Wissenszurechnung ausging [Wissen der Organe ist Wissen der juristischen Person]» (ZR 101–53, 204) während nach neuer Auffassung auf organisatorische Überlegungen abgestellt werde (loc. cit.). Allerdings nimmt das Gericht dann nach dieser Darstellung nicht selber eindeutig Position zur Frage der Wissenszurechnung.

<sup>216</sup> An dieser Stelle wird die Zurechnung des Wissens des Versicherungsagenten auf den Versicherer nicht diskutiert, da es dabei nicht um die spezifische Frage der Wissenszurechnung innerhalb von juristischen Personen geht und zudem versicherungsvertragsrechtliche Spezialnormen zu beachten sind. Dieses Thema wird ausführlich im nachfolgenden § 4 erörtert.

<sup>217</sup> In einem älteren Urteil, nämlich BGE 90 II 449 ff., der ein Versicherungsgeschäft betraf, wobei es jedoch nicht um eine spezifisch aus dem Versicherungsrecht herührende Wissenszurechnungsproblematik ging, hält das Gericht bezüglich der relevanten Wissensträger völlig unbestimmt fest, «l'assureur est censé connaître, en particulier, les renseignements qui lui ont été donnés lors de la souscription d'assurances antérieures ou lors du règlement de sinistres antérieurs», und fährt weiter, «ce qui montre l'utilité des dossiers d'assurés», wobei sogar «des faits appris par hasard de la bouche de tiers» zugerechnet werden, BGE 90 II 456 unter Bezugnahme u. a. auf OSTERTAG/HIESTAND Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2. A. Zürich 1928, N 5 zu Art. 8 VVG. Dieser Entscheid enthält offensichtlich bereits den Gedanken, die Wissenszurechnung mit Anforderungen an die Organisation von (Akten-)Wissen in Verbindung zu bringen, was sich besonders schön am beherrschenden höchstrichterlichen Hinweis auf den Nutzen des Versicherungsdossiers zeigt. Zudem äussert sich dieser Entscheid wie erwähnt in bejahendem Sinne zur Frage, ob auch zufällig erlangtes Wissens zuzurechnen ist. Vgl. zu diesem Entscheid hinten S. 101.

<sup>218</sup> Nachfolgend nicht weiter erwähnt wird der Bundesgerichtsentscheid 4C.18/2001 vom 25. 10. 2001. In diesem Urteil hält das Bger. ohne eigene Begründung (jedoch

eingehender betrachtet. Sie unterscheiden sich von den älteren Entscheiden – zuletzt etwa BGE 104 II 190 ff. – dadurch, dass sie nicht mehr ausschliesslich von einer absoluten Wissenszurechnung (basierend auf der Organtheorie) ausgehen<sup>219</sup>.

#### a) BBC-Entscheid (BGE 109 II 338 ff.)

Vorliegend war zu beurteilen, ob ein Unterlassungsanspruch aus Firmenrecht und unlauterem Wettbewerb gegen eine Firma «PPC Electronic AG», welche die Marke «PPC Electronic» verwendete, verwirkt sei<sup>220</sup>. Dies, da die Angestellten<sup>221</sup> der angeblich in ihren

unter Hinweis auf BK-ZÄCH Art. 32 OR N 34; BSK-WATTER Art. 32 OR N 25 sowie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY IN 1458 ff.) in Erw. 3.b fest, dass das Verhalten und «jedenfalls mindestens das Wissen» eines für die Klägerin (eine Stiftung liechtensteinischen Rechts) handelnden Organs dieser zuzurechnen sei. Die Hauptproblematik des Falles lag nicht in der Wissenszurechnung, die sich hier tatsächlich einfach unter Rekurs auf die Organtheorie beantworten liess (wenngleich dies in Anbetracht anderer Urteile nicht konsequent ist, sondern darin, dass das fragliche Organ der Stiftung zugleich Angestellter der beklagten Bank war.

<sup>219</sup> BGE 104 II 190 ff. hatte sich mit der Frage zu befassen, ob sich eine Bank u. a. auf Willensmängel bei der Anerkennung von Saldi berufen konnte, wenn einer ihrer Direktoren um die Unrichtigkeit derselben wusste; das Gericht fasst seine damals noch geltende Praxis wie folgt zusammen: «Die Vorinstanz führt nämlich aus, [XY] sei im fraglichen Zeitpunkt Direktor der [Bank] gewesen, weshalb sich die Beklagte [die Bank] sein Wissen und Wollen im Sinne von Art. 55 ZGB anrechnen lassen müsse. Mit Recht bestreitet die Berufung das nicht, ist doch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter anderem derjenige als Organ anzusehen, der unter der Aufsicht des obersten Verwaltungsausschusses einer juristischen Person deren eigentliche Geschäftsführung besorgt oder sich sonst in leitender Stellung betätigt... Letzteres traf auf [XY] offensichtlich zu. Der Einwand der Berufung, [XY] sei nur kollektivzeichnungsberechtigt gewesen und habe deshalb die Beklagte weder mit seiner alleinigen Unterschrift noch mit den von ihm veranlassten unterschrittslosen Auszügen verpflichten können, ist unbehelflich. Für die Frage, ob sich die Beklagte [XYs] Wissen im Sinne von Art. 55 ZGB anrechnen lassen muss, spielt der Umstand, dass er nicht allein zeichnungsberechtigt war, keine Rolle [Hinweise auf BGE 89 II 251 sowie ZK-EGGER Art. 54/55 ZGB N 17f.]» (BGE 104 II 197).

<sup>220</sup> Gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, wegen widerspruchslöser Duldung einerseits sowie dem Erwerb eines Besitzstandes am Konkurrenzzeichen durch den Verletzer, BGE 109 II 340, andererseits.

<sup>221</sup> Diese hatten nicht Organstellung und grösstenteils wohl auch keine Vertretungsbefugnis, BGE 109 II 342 e contrario.

Rechten verletzten Gesellschaft, BBC Aktiengesellschaft Brown, Boveri & Cie., Baden, während langer Zeit – in concreto neun Jahren – von der Verletzungshandlung gewusst hatten. Es stellte sich dabei die Frage, «ob der gute Glaube einer juristischen Person einzig nach dem Wissen ihrer Organe und Vertreter oder auch nach den Kenntnissen *weiterer* Mitarbeiter zu beurteilen sei.»<sup>222</sup> Nach den einleitenden Formulierungen, wonach diese Frage nicht allgemein, sondern nur unter Berücksichtigung des Einzelfalls, insbesondere der konkreten Interessenlage der Parteien, zu beantworten sei,<sup>223</sup> machte das Bundesgericht folgende verallgemeinerungsfähige Bemerkungen:

«Bei unlauterem Wettbewerb durch Verwendung eines Kennzeichens, das einem sehr bekannten angeblich nachgebildet ist, muss sich eine juristische Person das Wissen ... von Angehörigen ihrer Geschäftsbetriebe jedenfalls dann entgegenhalten lassen, wenn wie hier *qualifizierte Mitarbeiter* mit einem Konkurrenzunternehmen zu tun haben und die geschäftlichen Beziehungen zwischen den Parteien sich *über Jahre* erstrecken.»<sup>224</sup>

Heikel war, dass diese Kenntnis nicht bei Mitarbeitern vorhanden war, die für Kennzeichenfragen und dergleichen *zuständig* waren. Vielmehr wussten nur Personen der Abteilungen «Zentraleinkauf, Buchhaltung, Rechnungswesen und Leiterplatten»<sup>225</sup> vom Gebrauch des Kennzeichens «PPC».

Dieser Umstand war von der Klägerin ausdrücklich vorgebracht worden, um sich gegen eine Wissenszurechnung zur Wehr zu setzen. Er wurde vom Bundesgericht jedoch nicht als Element qualifiziert, das die Wissenszurechnung ausschliessen könnte, dies mit zwei Argumenten: Zum einen könne von einer Unternehmung, die in Anbetracht der damaligen Weltbekanntheit des Zeichens «BBC» verständlicherweise grossen Wert darauf lege, ähnliche Abkürzungen von Konkurrenten nicht aufkommen zu lassen, verlangt werden, «für eine zweckmässige Information innerhalb ihrer Betriebe zu sorgen, damit solche Abkürzungen der für die Wah-

<sup>222</sup> BGE 109 II 342.

<sup>223</sup> BGE 109 II 342, unter Hinweis auf Art. 3 ZGB.

<sup>224</sup> BGE 109 II 342 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>225</sup> BGE 109 II 342.

rung ihrer Firmenrechte zuständigen Abteilung gemeldet werden.»<sup>226</sup> Zum andern war es wohl auch von Bedeutung, dass es sich in casu nicht um irgendeine von der Klägerin in grosser Zahl hinterlegte Marke ging, sondern gleichsam um das «Flaggschiff», das Zeichen «BBC», das «allen Mitarbeitern und Abteilungen der Klägerin, nicht bloss deren Spezialisten ein *Begriff*» war.<sup>227</sup>

Erstmals in seiner Rechtsprechung stellte das Bundesgericht die Forderung nach *Etablierung einer zweckmässigen betriebsinternen Kommunikation* auf und führte aus, dass die Wissenszurechnung nicht eine Organstellung der Mitarbeiter voraussetzt: Denn, so das Gericht, es helfe der Klägerin nicht, «dass JÄGGI (N. 141 zu Art. 3 ZGB) das Gebot der Aufmerksamkeit auf Organpersonen beschränkt, die sich mit der Sache befassen oder nach der internen Zuständigkeitsordnung damit hätten befassen sollen; denn damit kann so oder anders keine mangelhafte Ordnung gemeint sein.»<sup>228</sup>

Zusammengefasst lassen sich diesem Entscheid folgende Erkenntnisse für die Bestimmung des Wissens juristischer Personen entnehmen:

- das Bundesgericht erteilt formalen Theorien zur Bestimmung der Wissenszurechnung eine Absage;
- die juristische Person muss sich das Wissen von Betriebsangehörigen anrechnen lassen, wenn es sich um «qualifizierte Mitarbeiter» handelt;
- hingegen ist es nicht erforderlich, dass die Mitarbeiter in dem Bereich, wo das Wissen relevant ist, (als Spezialisten) tätig sind;

<sup>226</sup> BGE 109 II 342 f.

<sup>227</sup> BGE 109 II 343 (Kursivdruck eingefügt). Allerdings äusserte sich das Gericht nicht zur Frage, ob diese nichtspezialisierten Mitarbeiter auch die rechtliche oder wirtschaftliche *Bedeutung* der Tatsache kannten, dass ein Konkurrenzunternehmen, mit dem die Klägerin immerhin jahrelang geschäftete, eine mit BBC allenfalls verwechselbare Firma PPC Electronic führte. Denn blosses Wissen um ein Faktum ohne das Bewusstsein um die Bedeutung desselben wird i. d. R. keine Handlung auslösen; vgl. dazu grundlegend DRUBEY Information 9: «Der Zusammenhang zwischen Information und menschlichem Verhalten ist darum immer unterbrochen durch die Notwendigkeit eines Entschlusses über die Beachtung oder Nichtbeachtung der verbleibenden Unsicherheit», die sich daraus ergibt, dass der «Bedarf an weiterer Information zur Erhellung ihrer Relevanz unendlich ist».

<sup>228</sup> BGE 109 II 343 (Kursivdruck eingefügt).

- der fragliche Sachverhalt muss diesen Mitarbeitern tatsächlich und über einen gewissen Zeitraum hinweg bekannt gewesen sein; und
- es muss sich um einen Sachverhalt von gewisser Bedeutung handeln; dagegen wird wohl nicht vorausgesetzt, dass den «wissenden» Mitarbeitern diese Bedeutung auch tatsächlich bewusst war<sup>229</sup>.

## b) BGE 112 II 503 ff.

Vordergründig ging es in diesem Fall darum, ob die bekannte Regel aus dem Stellvertretungsrecht,<sup>230</sup> wonach dem Vertretenen das Wissen des bösgläubigen Vertreters zuzurechnen ist, auch dann gelte, wenn der Vertreter wirtschaftlich mit dem täuschenden Vertragspartner identisch ist.<sup>231</sup> Der Entscheid hat indes über die Wissenszurechnung in Stellvertretungsverhältnissen hinaus Bedeutung. Denn Vertreterin war eine juristische Person, weshalb zu prüfen gewesen wäre, worauf es zur Beurteilung der Bösgläubigkeit einer juristischen Person ankomme, insbesondere, ob für die Bestimmung des Wissens der juristischen Person «nur auf das Wissen derjenigen Organperson» abzustellen sei, die das betreffende Rechtsgeschäft vorgenommen hatte.<sup>232</sup> Weshalb das Bundesgericht diese Fragen, nachdem es sie selbst – aufgrund der Vorbringen der Klägerin – in den Raum gestellt hatte, nicht zumindest in einem obiter dictum<sup>233</sup> *entsprechend den Vorgaben des BBC-*

<sup>229</sup> In Anbetracht der langen Dauer der Geschäftsbeziehung zwischen BBC und PPC ist anzunehmen, dass die (nicht Organstellung innehabenden) Mitarbeiter von BBC, selbst wenn sie die Bedeutung der Verwendung des Zeichens PPC erkannten, davon ausgingen, dieser Marktauftritt sei (BBC-)unternehmensintern von anderer, nämlich zuständiger Stelle geprüft und für unbedenklich befunden worden, so dass diese fälschlicherweise keinen Handlungsbedarf mehr sahen.

<sup>230</sup> Siehe vorne S. 11 ff.

<sup>231</sup> Siehe zur Ausnahme von der Regel auch vorne S. 14.

<sup>232</sup> BGE 112 II 505.

<sup>233</sup> Die Frage konnte insofern tatsächlich offen bleiben, als zur Lösung des Falles bereits die allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Aspekte genügten, dazu vorne S. 11 ff.

*Entscheid*<sup>234</sup> beantwortete, ist nicht ersichtlich. Möglich ist, dass sich das Gericht schwer getan hätte, hier, wo Kenntnisse von Organen zur Diskussion standen, der Theorie der absoluten Wissensvertretung eine Absage zu erteilen<sup>235</sup> und die gleichen Kriterien (Organisation der internen Kommunikation) anzuwenden, wie es diese im BBC-Entscheid – für das Wissen von *Mitarbeitern* – eingeführt hatte.<sup>236</sup> Immerhin ist anzunehmen, dass das Gericht zumindest grosse Skepsis gegenüber der Theorie der absoluten Wissenszurechnung gehabt hatte, hätte es doch sonst einfach unter Zitierung von Standardwerken<sup>237</sup> feststellen können: «Das Wissen der Organe ist das Wissen der juristischen Person.»

In dem Sinne kann BGE 112 II 503 ff. als Zwischenschritt einer Entwicklung gesehen werden, wonach die funktionalen Kriterien, die für die Wissenszurechnung bei nicht Organstellung innehabenden Mitarbeitern im BBC-Urteil herangezogen wurden<sup>238</sup>, auch für Organe fruchtbar gemacht werden können.<sup>239</sup> In einem neueren Urteil zur Wissenszurechnung im Versicherungskonzern scheint sich diese Annahme zu bestätigen.<sup>240</sup>

## c) Lausanne-Entscheid (BGE 124 III 418 ff.)

In diesem Fall stand die Zurechnung des zivilrechtlichen Verhaltens eines Organs der Stadt Lausanne zur Debatte. Das Bundesge-

<sup>234</sup> Siehe dazu vorne S. 47 ff.

<sup>235</sup> Im vorne besprochenen BBC-Entscheid tat das Gericht dies implizit, indem es für die Beantwortung der Zurechnungsfrage funktionale Kriterien heranzog.

<sup>236</sup> Wie MESSERLI 21 im Zusammenhang mit BGE 121 III 176 ff. zu Recht feststellt, spielt die interne Kommunikationsordnung natürlich dann keine Rolle, wenn man auf dem Boden der Theorie der absoluten Wissensvertretung steht.

<sup>237</sup> Siehe die Hinweise zu diesen traditionellen Auffassungen hinten S. 62 ff.

<sup>238</sup> BBC-Entscheid, siehe dazu vorne S. 47 ff.

<sup>239</sup> Ebenfalls in diese Richtung zielte das Gewerbliche Schiedsgericht mit dem Urteil BJM 1986, 28 ff., 30, wo es zur Beurteilung des «Empfängerhorizonts» einer juristischen Person, die Empfänger einer Willenserklärung war, auf deren Wissen ankam. Das Gericht nahm eine weitreichende Wissenszurechnung vor, da die Klägerin «nicht von einer *Informationspanne in der Verwaltung* des Beklagten ausgehen [musste]». Kursivdruck eingefügt.

<sup>240</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001, dazu ausführlich S. 56.

richt<sup>241</sup> hält sich hier wieder eng an die klassische Theorie der absoluten Wissensvertretung und bejaht dieselbe, wenn es sagt, «lorsqu'une personne ayant qualité d'organe acquiert la connaissance de certains faits, cette connaissance devient – en principe – opposable à la personne morale»<sup>242</sup>. Dies gelte auf jeden Fall für das Mitglied eines Kollektivorgans wie das einer Gemeindeexekutive, «où la connaissance acquise par l'un de ses membres est censée partagée par tous»<sup>243</sup>. Auf diese klassische Theorie hatte sich das Bundesgericht auch in alten Entscheiden stets berufen, so in BGE 56 II 183 ff., wo es ausführte, «il suffit donc qu'un des individus qui composent l'organe de la personne morale ne puisse se prévaloir de sa bonne foi pour exclure la bonne foi de la personne morale elle-même».<sup>244</sup> Diese Auffassung entsprach und entspricht z. T. noch den gängigen Lehrmeinungen, wie hinten gezeigt werden wird. So stellt etwa SCHMIDLIN unter Bezugnahme auf diesen Entscheid apodiktisch fest, dass das Wissen der Organe «das Wissen der juristischen Person selbst» ausmacht<sup>245</sup>. Der für einen solch jungen Entscheid erstaunliche Rückgriff auf rein dogmatische Argumente zur Beurteilung des Wissens einer Körperschaft zeigt, wie verlockend es ist, mit formalen Wissenszurechnungstheorien die mühevoll Suche nach richtigen Wertungskriterien zu vermeiden.

d) Bger.-Urteile vom 3. 3. 1998 und vom 13. 11. 2002

Wiederum eine Abkehr vom dogmatischen Lösungsschema und eine Zuwendung hin zu *funktionalen Ansätzen*<sup>246</sup> findet sich im nicht

<sup>241</sup> Verständlicherweise, da es damit problemlos zum einzig richtigen Resultat, der Zurechnung, gelangte.

<sup>242</sup> BGE 124 III 420, unter Hinweis auf BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 47 ff.; ZGB-HUGUENIN JACOBS Art. 59 N 11.

<sup>243</sup> BGE 124 III 420; vergleiche dazu auch RIEMER 468.

<sup>244</sup> BGE 56 II 188.

<sup>245</sup> BK-SCHMIDLIN Art. 28 OR N 117, unter Hinweis auf die Kritik an solch «rückhaltlose[r]» Zurechnung etwa durch RIEMER Art. 54/55 ZGB N 49; ZK-EGGER Art. 54/55 ZGB N 17; KISS-PETER; STEGER 95 ff.; REICHWEIN.

<sup>246</sup> Hier wohl deshalb erfolgt, da mit der Theorie der absoluten Wissenszurechnung des Wissens von Organen auf die juristische Person *keine* Wissenszurechnung resultiert hätte!

amtlich publizierten Bundesgerichtsurteil vom 3. März 1998.<sup>247</sup> Hier stellte sich die Frage, welches Wissen einer *Revisionsgesellschaft* zukam. Diese war nicht nur mit dem aktienrechtlichen Revisionsmandat betraut gewesen, sondern hatte darüber hinaus noch die Buchhaltung der revidierten Gesellschaft besorgt. Diese Doppelfunktion veranlasste das Gericht zu einer weitreichenden Wissenszurechnung:

«en acceptant un tel mandat supplémentaire, l'organe de contrôle court un risque considérable, car sa diligence sera mesurée à l'aune de celle, qui pouvait être exigée de l'organe légalement compétent pour exécuter la tâche qu'il a assumée en plus de sa fonction de contrôleur. Il va sans dire, au demeurant, que, pour examiner si l'organe de contrôle a rempli correctement sa mission légale, il faudra tenir compte de tous les éléments dont il aurait pu avoir connaissance dans le cadre des ses attributions spéciales»<sup>248, 249</sup>.

Im Bundesgerichtsurteil vom 13. November 2002 wurde diese Rechtsprechung bezüglich Revisionsstellen, die nebst der Prüfungstätigkeit weitere Aufgaben wahrnehmen, bestätigt.<sup>250</sup>

e) Bger.-Urteil 4C.335/1999 vom 25. 8. 2000<sup>251</sup>

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine von A. beherrschte BVI-Gesellschaft war Inhaberin eines Kontos bei der Bank I.; als wirtschaftlich Berechtigte des Kontos wurde P., Schwester von A., angegeben. Diesem Konto belastete die Bank ein

<sup>247</sup> SJ 1999 I 228 E. 6a in fine. Besprochen durch HÜTTE 207 ff.

<sup>248</sup> BGE vom 3. März 1998, zitiert nach HÜTTE 210. Aus dem Urteil – soweit dessen Inhalt bekannt ist – geht nicht hervor, welche formelle Eigenschaft der oder die Angestellte, welche die Buchführung beim Kunden der Treuhandgesellschaft betreute, innegehabt hatte. In diesem Entscheid hält das Bger. fest, «les risques inhérents à un tel cumul de mandats ne sont pas purement théoriques».

<sup>249</sup> Bei der hinten S. 308 ff. zu betrachtenden Wissenszurechnung bei Finanzdienstleistungsanbietern ist dieses Urteil z. B. für die Frage wichtig, ob einer Treuhandfirma, die anlässlich eines IPO u. a. zuhanden der für den Börsengang verantwortlichen Investmentbank einen sog. Comfort Letter abgibt, das Wissen, das ihre Revisoren aufgrund ihrer Tätigkeit im Rahmen des aktienrechtlichen Revisionsstellenmandats erlangt haben, zugerechnet wird.

<sup>250</sup> Bger.-Urteil 4C.200/2002 vom 13. 11. 2002, Erw. 7.2; vgl. dazu die Bemerkungen auch zur Wissenszurechnung von DANIEL SCHWANDER, Pra. 2003, 573 (Ziff. 9).

<sup>251</sup> Bger.-Urteil 4C.335/1999 vom 25. 8. 2000.

Honorar von USD 40000 im Zusammenhang mit einem Mandat, dass sie, handelnd durch ihren Direktor D., mit A. abgeschlossen hatte. Einige Jahre später verlangte die Gesellschaft Rückerstattung dieses Betrags von der Bank, da das Mandat keinen Zusammenhang zur Gesellschaft gehabt habe und deren Konto zu Unrecht belastet worden sei. Die Bank bestritt dies grundsätzlich, unter Hinweis auf die Beherrschungsverhältnisse an der Gesellschaft sowie weitere Umstände<sup>252</sup>, erklärte sich jedoch mit Schreiben vom 12. Februar 1996 gleichwohl zur Rückvergütung bereit. Bevor diese jedoch erfolgte, wurde I. von D., der die Bank noch vor dem Beginn deren Auseinsetzung mit der Gesellschaft verlassen hatte, darüber informiert, dass die Belastung des Kontos damals auf Weisung von A. erfolgt sei und die Gesellschaft «n'était pour [A.] qu'un écran juridique servant à détenir ses propres actifs financiers». Unter Hinweis auf diese Umstände verweigerte die Bank die Vornahme der Rückerstattung. Daraufhin klagte die Gesellschaft. Neben verschiedenen Argumenten machte I. geltend, ihr Schreiben vom 12. Februar 1996 sei irrtumsbehaftet gewesen, was von der Vorinstanz auch bejaht wurde, da die Bank nach dem Weggang von D. die Umstände der Belastung des Kontos sowie die Beherrschungsverhältnisse nicht (mehr) gekannt habe<sup>253</sup>. Die Klägerin machte dagegen geltend, mit der Bejahung des Irrtums sei Art. 55 ZGB verletzt worden, «qui veut que soit imputée à une personne morale la connaissance d'une situation par l'un de ses organes, même si l'organe n'est depuis lors plus en fonction»<sup>254</sup>.

Entgegen dem ersten Anschein (Wissenszurechnung «en raison du défaut d'organisation de la société») statuiert das Urteil *keine allgemeine Wissenszurechnung* gestützt auf mangelhafte (Wissens-)Organisation<sup>255</sup>. Es befasst sich nämlich ausschliesslich mit der Frage, inwiefern der unbeschränkten, absoluten Wissenszurechnung nach der Organtheorie Grenzen gesetzt werden können. Dabei hält es zunächst und soweit ersichtlich *erstmalig explizit* in klarem Widerspruch zur Organtheorie fest, dass die pauschale Gleichsetzung von Organwissen mit Wissen der juristischen Person *nicht mehr gelte*. Vielmehr sei die Kenntnis von Organen der juristi-

<sup>252</sup> U.a. auch die Tatsache, dass die Gesellschaft nicht innert der in den AGB statuierten 30-tägigen Frist nach Erhalt des entsprechenden Kontoauszugs reklamiert hatte.

<sup>253</sup> Erw. 4.c bb: «...qu'après que D. a quitté la banque en été 1995, celle-ci ignorait les circonstances exactes dans lesquelles le compte ouvert par la demanderesse avait été débité des 40000 US\$ et, singulièrement, le fait que le débit litigieux avait été opéré sur les instructions verbales données par A. en personne, qui se servait de [der Gesellschaft] comme d'un écran dans ses relations avec la défenderesse.»

<sup>254</sup> Erw. 5.a. Die Klägerin macht damit geltend, das Wissen des zum Zeitpunkt der Rückerstattungszusicherung nicht mehr für die Bank tätigen D. sei dieser nach wie vor zuzurechnen, was einen Irrtum der Bank ausschliessen würde.

<sup>255</sup> Zu diesem neuen Ansatz siehe hinten S. 157 ff.

schen Person nur dann zuzurechnen, wenn das wissende Organ selbst mit der Angelegenheit, für die das Wissen relevant ist, befasst sei<sup>256</sup>. Das Element mangelhafter Organisation gelangt nur zur Anwendung, wenn aufgrund dieses Mangels das Wissen *eines Organs* nicht auf ein *anderes* (mit der Angelegenheit befasstes) *Organ* weitergeleitet wurde<sup>257</sup>. Wann ein solcher «défaut d'organisation» gegeben ist, sagt das Gericht nicht. In der Subsumtion (Erw. 5.b) hält es vielmehr bloss fest, dass ein solcher jedenfalls in casu nicht vorgelegen habe.<sup>258</sup> Dem Entscheid kommt – trotz seiner Beschränkung auf eine negative Modifikation der Wissenszurechnung gestützt auf die Organtheorie – *für die Wissenszurechnung insgesamt grosse Bedeutung* zu. Erstmals wird nämlich erwogen, Wissen könne zugerechnet werden, wenn der *Informationsfluss aufgrund eines Organisationsmangels nicht erfolgt* sei und dadurch gleichsam die (im Entscheid modifizierte) Wissenszurechnung kraft Organtheorie nicht zur Anwendung gelangen könne. Damit half das Urteil vermutlich ebenfalls, den Weg zu einer allgemeinen, rein funktionalen Wissenszurechnung zu ebnet, wie sie in einem neuen, versicherungsrechtlichen Entscheid zum Ausdruck kommt<sup>259</sup>.

<sup>256</sup> «...l'imputation à la personne morale doit intervenir seulement pour ce qui est connu de l'organe qui est au moins saisi de l'affaire ...», Erw. 5.a. Zwar handelt es sich bei dieser Äusserung bloss um die Wiedergabe von Lehrmeinungen; aus zwei Gründen kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Bger. sich diese Äusserung zu eigen machen will: Zum einen folgt aus dem Text generell, dass das Gericht gegenüber dieser Lehre eine zustimmende Haltung einnimmt (z. B. «L'opinion récente relève qu'une conception absolue de la «Wissensvertretung» peut conduire à des résultats inéquitables et choquants.», Kursivdruck eingefügt). Zum anderen wendet es gleich anschliessend an die Wiedergabe der betreffenden Doktrin diese auf den konkreten Fall an («Appliquées à l'espèce, ces considérations ne tendent pas ...»), Erw. 5.b.

<sup>257</sup> «...ou alors lorsque les informations acquises par un organe n'ont pas été transmises à un autre organe, en raison du défaut d'organisation de la société.» (Erw. 5.a.)

<sup>258</sup> Erw. 5.b.: «Pour ce qui est d'un éventuel défaut d'organisation de la banque, il n'y a pas trace.» Ein solcher Organisationsmangel war von der Klägerin allerdings auch nicht behauptet worden.

<sup>259</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001, siehe dazu sogleich sowie hinten in § 4 bei der Betrachtung der Wissenszurechnung im Versicherungsgeschäft.

f) Hinweis: Bger.-Urteil 4C.26/2000 vom 6.9.2000

Das Urteil betrifft einen Fall zur Wissenszusammenrechnung und wird hinten S.213 f. besprochen.

g) Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21.8.2001<sup>260</sup>

In diesem versicherungsrechtlichen Urteil bezeichnet es das Bundesgericht als «Grundsatz der Wissenszurechnung», dass «eine juristische Person über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhaltes verfügt, wenn das betreffende *Wissen innerhalb ihrer Organisation objektiv abrufbar* ist...»<sup>261</sup>. Erstmals folgt das Bundesgericht damit einem *rein funktionalen* Ansatz, indem es der juristischen Person alles Wissen – und zwar nicht bloss Kennenmüssen, sondern auch blosser Kenntnis – zurechnet, das «innerhalb» derer «Organisation objektiv abrufbar ist»<sup>262</sup>. Der Unterschied zum vorangehend besprochenen Entscheid ist beachtlich: Die Zurechnung von Wissen erfolgt hier völlig unabhängig von der (Organ-) Eigenschaft der wissenden oder wissenmüssenden Person. Es wird überhaupt kein Bezug mehr zum Wissen von natürlichen Personen<sup>263</sup> genommen, sondern auf die Verfügbarkeit von Information innerhalb der Organisation abgestellt. Weiter folgt aus der zitierten Stelle, dass es auf die *tatsächliche* Vornahme einer Datenabfrage, wenn diese nur möglich gewesen wäre, nicht ankommt – was bemerkens-

<sup>260</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21.8.2001, zum Sachverhalt und den versicherungsrechtlichen Besonderheiten siehe hinten S.101 ff.

<sup>261</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21.8.2001, Erw.4 c bb) (Kursivdruck eingefügt). Das Gericht begründet diese bemerkenswerte, eine Praxisänderung darstellende Aussage nur ganz knapp unter Hinweis auf ein Bundesgerichtsurteil, nämlich den BBC-Entscheid (BGE 109 II 342 f., s. dazu ausführlich vorne S.47 ff.), sowie zwei Stellungnahmen aus der Lehre, nämlich WATTER Wissen und Willen 137 sowie BK-JÄGGI Art.3 ZGB N 140, was das schweizerische Recht anbelangt. Zudem wurden noch zwei deutsche Lehrmeinungen angerufen, nämlich SOERGEL-LEPTEN § 166 N 9 sowie VOIT § 20 VVG N 9 f.

<sup>262</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21.8.2001 Erw.4 c bb) (Kursivdruck eingefügt).

<sup>263</sup> Jedenfalls nicht in den abstrakten Leitsätzen zur Wissenszurechnung; im vorliegenden Fall kam der Frage nach den tatsächlichen Wissensträgern letztlich nur für die konzernweite Wissenszurechnung Bedeutung zu, vgl. dazu hinten S.234 ff.

wert ist, da im vorliegenden Fall nicht die Zurechnung von *Wissenmüssen*, sondern von *aktueller Kenntnis* zur Diskussion stand.<sup>264</sup>

## 2. Deutschland

Die Rechtsprechung des BGH zur Wissenszurechnung wies während Jahrzehnten ähnliche Konturen wie die schweizerische Gerichtspraxis auf. Was die Zurechnung der Kenntnis von *Nichtorganen* anbelangt<sup>265</sup>, zeichnete sich die deutsche Judikatur – gleich wie diejenige des Bundesgerichts<sup>266</sup> – durch eine gewisse Zufälligkeit in Beurteilung und Begründung aus.<sup>267</sup> So bejahte der BGH eine Zurechnung des Wissens von *Nichtorganmitgliedern* früher gestützt auf § 166 Abs.1 BGB, analog dazu<sup>268</sup> oder in «Heranziehung des in § 166 BGB enthaltenen Rechtsgedankens»<sup>269</sup>, wenn diese Personen eine einem Vertreter *vergleichbare* Stellung innehatten.<sup>270</sup>

Soweit das Wissen von *Organmitgliedern* von juristischen Personen zur Debatte stand, wurde dessen Zurechnung «modifikationslos»<sup>271</sup> bejaht<sup>272</sup>. Diesbezüglich wichtig war ein Urteil des Reichs-

<sup>264</sup> Dazu ausführlich hinten S.101 ff. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt betraf einen Fall von Art.6 VVG, der «ausschliesslich an die tatsächliche Kenntnis des Versicherers um die Anzeigepflichtverletzung an[knüpft]; die Rücktrittsfrist wird demnach nicht bereits ausgelöst, wenn er [recte: dieser] objektiv von einer Anzeigepflichtverletzung Kenntnis haben muss...» (Erw.4.b.) Es muss sich dabei nach der Praxis um «sichere, zweifelsfreie Kenntnis» handeln (BGE 118 II 340 Erw.3.a).

<sup>265</sup> Was naturgemäss nicht nur für die Wissenszurechnung bei der juristischen Person, sondern auch für andere Fälle arbeitsteiligen Verhaltens von natürlichen Personen galt, die nicht direkt im Anwendungsbereich von § 166 BGB lagen.

<sup>266</sup> Dazu vorne S.46 ff.

<sup>267</sup> Vgl. GOLDSCHMIDT 79, der darauf hinweist, dass die Judikatur «keine eigene Theorie» entwickelt hatte und mit unterschiedlichen Begründungsmodellen arbeitete, etwa der analogen Anwendung von § 166 Abs.1 BGB oder unter «Heranziehung des in § 166 BGB enthaltenen Rechtsgedankens», wie in BGH NJW 85, 2583.

<sup>268</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei GOLDSCHMIDT 79.

<sup>269</sup> BGH NJW 85, 2583.

<sup>270</sup> Vgl. den Überblick von INGO KOLLER.

<sup>271</sup> So kritisch schon BAUMANN 287.

<sup>272</sup> «[D]as Wissen eines Organmitgliedes ist das Wissen der Rechtsperson», BGH, WM 1955, 830.

gerichts, wonach es «in der Natur der Sache begründet [liegt], dass das Wissen jedes einzelnen, der im entscheidenden Zeitpunkt gesetzlicher Vertreter ist, der juristischen Person *innewohnt* [!]. Keine Rolle spielt dabei, ob das einzelne Organmitglied bei dem gerade in Betracht kommenden Geschäft als Vertreter mitwirkt.»<sup>273</sup>

Aus einer weiteren Formulierung im gleichen Entscheid, wonach nämlich die «Gesellschaft ... die durch ihren Organteil vorhandene Kenntnis nicht bei einem Einzelgeschäft nach Belieben oder Zufall abstreifen»<sup>274</sup> könne, entwickelte sich die Überzeugung, dass auch das Wissen *ausgeschiedener Organe* weiterhin Teil der Kenntnis der juristischen Person sei<sup>275</sup>. Dies hat zur Folge, dass eine juristische Person, immer nach dieser Doktrin, «nicht vergessen kann».

Neben der Begründung des Wissens der juristischen Person durch Kenntnis auch nur eines Organmitglieds und der umfassenden Zurechnung auch des Wissens ausgeschiedener Organe sind weitere Merkmale der älteren deutschen Rechtsprechung die Irrelevanz der Frage, in welcher Eigenschaft das Organmitglied das Wissen erworben hat<sup>276</sup>, sowie ob es Kenntnis vom Geschäft, für das sein Wissen bedeutungsvoll gewesen wäre, gehabt hat.<sup>277</sup>

<sup>273</sup> RG 8.2.1935, JW 1935, 2044 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>274</sup> RG 8.2.1935, JW 1935, 2044; gerade diametral entgegengesetzter Auffassung, ebenfalls mit ähnlich überzeugter Begründung das gleiche Gericht 1921 (Urteil des Reichsgerichts, RG 3.12.1921, Seuff Arch Bd. 77 Nr. 65): «Mit dem Zeitpunkte, in dem der bisherige Vorstand einer juristischen Person aufhört, ihr Organ zu sein, entsteht ein Vakuum, bis jene ein neues Organ erhält, und alsdann kann es nur noch auf dessen Wissenschaft ankommen; die Kenntnis des früheren Organs fiktiv auf das neue zu übertragen, fehlt ebenfalls jede Möglichkeit.» Das bestätigt die Ansicht, dass aus den Theorien zur juristischen Person («der Natur» derselben) nur bedingt Erkenntnisse für die Beurteilung von Einzelfällen gewonnen werden können, ja dass solche Begründungen durch das Verdecken der auch in diesen Entscheiden unweigerlich vorgenommenen Wertungen vielmehr die Rechtsanwendung erschweren.

<sup>275</sup> Zu diesem Zusammenhang zwischen dem Reichsgerichtsurteil und der Rechtsprechung zum Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht BAUMANN 288.

<sup>276</sup> Gleich wie bei der Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht, wo ebenfalls das gesamte Wissen des Vertreters, und handle es sich dabei um privates Wissen, dem Vertretenen zugerechnet wird, vgl. dazu nur die bekannten Kommentierungen zu § 166 BGB. Anders aber z.T. im (deutschen) Versicherungsvertragsrecht (siehe dazu hinten S. 94 ff.) sowie im englischen Recht, wo privates Wissen des

1996 erfolgte dann eine *echte Revolution* in der Rechtsprechung des BGH zur Wissenszurechnung. Deren «Wetterleuchten» war allerdings, was in der Literatur z. T. nicht beachtet wird<sup>278</sup>, bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1989 erkennbar gewesen. So hatte der BGH schon in diesem Entscheid erkannt, dass sich die Frage der Wissenszurechnung «*nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz, sondern nur in wertender Beurteilung entscheiden*» lasse<sup>279</sup>. Als zentrales Wertungselement wurde in diesem Entscheid das Gleichstellungsargument verwendet<sup>280</sup>. Zudem kam der BGH Ende der achtziger Jahre bei der Zurechnung des Wissens von aus der Körperschaft ausgeschiedenen Personen zur Erkenntnis, dass dieses nur dann zuzurechnen ist, sofern es sich um Wissen handelt, das aufgrund seiner Erheblichkeit gespeichert werden musste.<sup>281</sup>

Stützte der BGH die Wissenszurechnung bis 1996 dogmatisch wie gesehen im Wesentlichen auf die Organtheorie bzw. auf eine analogieweise Anwendung von § 166 I BGB, erfolgte mit Urteil vom 2. Februar 1996 ein *eigentlicher Paradigmawechsel*: Im Streit lag eine Schadenersatzforderung eines Immobilienerwerbers, der ein kontaminiertes Grundstück erworben hatte, was zu hohen Sanierungskosten führte. U.a. war umstritten, zu welchem Zeitpunkt die Verunreinigung der Liegenschaft mit Asbest erfolgt war und ob die Verkäuferin diesen versteckten Mangel gekannt hatte. Deshalb

Agenten dem Principal nicht «imputed» wird, vgl. dazu ERTEL 125, was eine schwierige Abgrenzung zwischen privatem und geschäftlichem Wissen voraussetzt. Im englischen Recht ist das entscheidende Kriterium der Abgrenzung die Art des *Kenntniserwerbs*, also in welcher Eigenschaft oder Funktion der Agent eine Kenntnis erlangt hat, ob als Privatperson oder Geschäftsmann. Interessant ist dabei, dass der Ausschluss des privaten Wissens anscheinend mit dem Recht des Agenten auf Privatsphäre begründet wird (ERTEL 126)!

<sup>277</sup> Siehe die Analyse bei BAUMANN 285 f. m. H. auf die Judikatur.

<sup>278</sup> So erwähnt GOLDSCHMIDT 79 f., der den grossen Paradigmawechsel ebenfalls auf das Jahr 1996 festlegt, das wichtige Urteil vom 8. 12. 1989 (dazu sogleich im Text) nicht.

<sup>279</sup> BGH, Urteil vom 8. 12. 1989, JZ 1990, 548 (Kursivdruck eingefügt; siehe zur Entwicklung der Praxis HAGEN 157 ff.) dann bestätigt in BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 732. Als positiv-rechtlicher Grund für die Zurechnung des Wissens der Organe wird § 31 BGB oder in «ausdehnende[r] Anwendung» § 166 II (!) BGB gesehen, BGH, Urteil vom 12. 11. 1998, NJW 1999, 286.

<sup>280</sup> Dazu ausführlich hinten S. 117 ff.

<sup>281</sup> BGH 109, 332.

wurde die Streitsache vom BGH an die Vorinstanz zurückgewiesen<sup>282</sup>. Der BGH stellte jedoch wichtige Prinzipien für die Beurteilung der Wissenszurechnung durch die Vorinstanz auf. Er kam dabei auf den genannten Entscheid, der den Paradigmawechsel nach hier vertretener Auffassung bereits angekündigt hatte, zurück:

«Wie der Senat in seinem Urteil vom 8.12.1989 ... ausgesprochen hat, lässt sich die Frage der Wissenszurechnung von Organvertretern juristischer Personen (einschliesslich fiskalisch handelnder politischer Gemeinden) nicht mit logisch begrifflicher Stringenz, sondern nur in wertender Beurteilung entscheiden. ... In einem Urteil vom 24. 1. 1992 ... hat der Senat ... auf der Grundlage des § 166 BGB als «Wissensvertreter» jeden angesehen, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten; er brauche weder zum rechtsgeschäftlichen Vertreter noch zum «Wissensvertreter» ausdrücklich bestellt zu sein. Schon in dieser Entscheidung hat er ... erwogen, dass es nicht auf die eigenverantwortliche Erledigung bestimmter Aufgaben, sondern auf die Verfügbarkeit derjenigen Informationen ankomme, die typischerweise aktenmässig festgehalten werden. Nach dieser Ansicht ergibt sich die Kenntnis der juristischen Person daraus, dass sie das Aktenwissen besitzt und seine Nutzung nicht in ihrem Belieben steht, sondern normativen Verkehrsschutzanforderungen unterliegt; die Verantwortung für das einmal erlangte Wissen schliesse die Verpflichtung ein, seine Verfügbarkeit zu organisieren. Komme die juristische Person dieser Rechtspflicht nicht nach, müsse sie sich materiell-rechtlich so behandeln lassen, als habe sie von der Information Kenntnis.»<sup>283</sup>

Nach gutheissender Darstellung von TAUPITZ' Begründung der Wissenszurechnung (Pflicht zur ordnungsgemässen Organisation der Kommunikation)<sup>284</sup> und unter Hinweis auf das Gleichstellungsargument hält der BGH an der zentralen Stelle des Entscheids fest: «... die Wissenszurechnung gründet *nicht* in der Organisation oder einer vergleichbaren Position des Wissensvermittlers

<sup>282</sup> Der publizierte Sachverhalt kann aus diesem Grund auch nicht mit Gewinn wiedergegeben werden.

<sup>283</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 732f.

<sup>284</sup> Übereinstimmend mit MEDICUS, beide in Karlsruher Forum.

(Organtheorie), sondern *im Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften Pflicht zu ordnungsgemässer Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation.*»<sup>285</sup> Abzustellen ist dabei darauf, ob «unter den Umständen des konkreten Einzelfalls ein Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Vertretern möglich und geboten gewesen wäre».<sup>286</sup> Mithin gilt das Wissen eines Organmitglieds nicht mehr gleichsam «automatisch» als Wissen der juristischen Person. Umgekehrt kann eine als Folge von organisatorischen Massnahmen bewirkte tatsächliche Wissensaufspaltung auf verschiedene Mitarbeiter die Wissenszurechnung grundsätzlich nicht verhindern.

Für Nichtorganmitglieder wurde der analoge Anwendungsbereich von § 166 Abs.1 BGB auf jeden ausgedehnt, «der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung wahrzunehmen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten», unabhängig davon ob er rechtsgeschäftlicher Vertreter ist oder nicht.<sup>287</sup>

Mit diesem Entscheid ist die auf die Organtheorie abgestützte Begründung der Wissenszurechnung durch einen funktionalen Ansatz überwunden worden, wie etwa der diese Rechtsprechung bestätigende neue BGH-Entscheid vom 13.10.2000 belegt<sup>288</sup>.

<sup>285</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 733 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>286</sup> BGH, Urteil vom 12. 11. 1998, NJW 1999, 286.

<sup>287</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 732f.

<sup>288</sup> BGH, Urteil V ZR 349/99 vom 13.10.2000 ([www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext2](http://www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext2)), Erw.II.3.b): «Die organisatorische Aufspaltung von Zuständigkeiten der Mitarbeiter einer juristischen Person und ihrer Organe kann dazu führen, dass der Vertragspartner einer juristischen Person schlechter als der Vertragspartner einer natürlichen Person gestellt ist. Dieser Nachteil ist dadurch ausgeglichen, dass der juristischen Person das Wissen auch derjenigen Organwaller und Mitarbeiter zuzurechnen ist, die am Abschluss eines Vertrags selbst nicht beteiligt sind, sofern dieses Wissen bei ordnungsgemässer Organisation aktenmässig festzuhalten, weiterzugeben und vor Vertragsabschluss abzufragen ist ... *Auf die Organisationsform oder Rechtsfähigkeit der am Rechtsverkehr teilnehmenden Struktureinheit kommt es dabei nicht an.*» (Kursivdruck eingefügt.) Vgl. dazu die Besprechung von DAUNER-LIEB/JAN THIESSEN Wissenszurechnung in Organisationen ([www.rws-verlag.de/repeti/daunli\\_2.htm](http://www.rws-verlag.de/repeti/daunli_2.htm)).

Möglich war dies dank der dogmatisch kühnen Etablierung einer Pflicht zur ordnungsgemässen Organisation, dies gestützt auf den Verkehrsschutzgedanken<sup>289</sup>. Wie der frühere BGH-Vizepräsident Horst Hagen in seiner Besprechung<sup>290</sup> der neueren Wissenszurechnungsurteile des Bundesgerichtshofs darlegt, hat der BGH (insbesondere dessen V. Zivilsenat) neben dem Gedanken des Verkehrsschutzes das Gleichstellungsargument sowie das von ihm so bezeichnete «Dokumentationsargument» als «fruchtbar» für die Entwicklung der Rechtsprechung aufgefasst.<sup>291</sup> Auf dieses wegweisende Urteil wird hinten im Zusammenhang mit der Entwicklung eines eigenen Wissenszurechnungsmodells weiter eingegangen werden.<sup>292</sup>

### III. Die Lehrmeinungen zum Wissen der juristischen Person

#### 1. Schweiz

##### a) Lehrbücher und Kommentare

Viele Kommentarwerke<sup>293</sup> und Lehrbücher folgen der Organtheorie, allerdings unter Anbringung von Modifikationen. Beispielhaft

<sup>289</sup> Zur Kritik an der dogmatischen Begründung des Entscheids siehe GOLDSCHMIDT 81.

<sup>290</sup> HAGEN 157 ff.

<sup>291</sup> HAGEN 161; dank seiner intimen Vertrautheit (Hagen war bis Anfang 1999 auch Vorsitzender des V. Zivilsenats des BGH) mit der Methode, welche der BGH bei der Rechtsfortbildung anwendet, ist seine Besprechung besonders aufschlussreich.

<sup>292</sup> Siehe auch die Urteilsbesprechung durch INGO KOLLER 76 ff.

<sup>293</sup> Teils vermeiden Kommentatoren eigene Stellungnahmen, wohl aufgrund der Ansicht, dass es für eine klare Absage an die Organtheorie einer fundierten Begründung bedürfte. Gleichsam intuitiv scheint aber wahrgenommen zu werden, dass die strikte Anwendung der Organtheorie nicht richtig sein kann. Vgl. etwa ZK-HOMBURGER Art. 718a N 1162, der feststellt, es sei «[f]raglich ... ob und unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Wissen ... der Gesellschaft zuzurechnen ist», jedoch abgesehen vom zutreffenden Hinweis auf «neue Aktualität» (op. cit. 1166) keine eigene Stellungnahme abgibt, sondern es dabei belässt, kurz die Auffassungen von u.a. WATTER Wissen und Willen, REICHWEIN und SIEGER vorzustellen.

diesbezüglich sind die Ausführungen im Standardwerk «Schweizerisches Aktienrecht» VON FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL zur Wissenszurechnung: «Grundsätzlich der Gesellschaft anzulasten ist das Wissen aller Organpersonen, unabhängig von ihrer Zeichnungsberechtigung.»<sup>294</sup> Diese Aussage wird dadurch relativiert, dass es sich, so FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, «ausnahmsweise» aufgrund spezieller Umstände «auch ergeben» könne, dass Organwissen nicht zuzurechnen sei<sup>295</sup>, wie umgekehrt «allenfalls auch das Wissen von qualifizierten Hilfspersonen, denen keine Organstellung zukommt», der juristischen Person angerechnet werden könne.<sup>296</sup>

Nach JÄGGI müssen sich juristische Personen den «bösen Glauben [ihrer Organpersonen] entgegenhalten lassen», und zwar auch dann, wenn die über die relevanten Kenntnisse verfügenden Personen in der Zwischenheit ausgetreten sind. Diese Absolutheit der Zurechnung steht in einem gewissen Gegensatz zu JÄGGIS Beurteilung der Situation, wo das Organ aus mehr als einer Person besteht. Denn diesfalls scheint JÄGGI gewisse Einschränkungen für die Zurechnung zu statuieren, indem er den guten Glauben der juristischen Person (nur) ausschliesst, wenn die bösgläubige Organperson nach aussen auftrat, oder an der «internen Beschlussfassung ... mitwirkte» oder diese vorbereitete, oder «sich gar davon fern-

<sup>294</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 30 N 133.

<sup>295</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 30 N 136, wobei als mögliche Anwendungsfälle die unproblematischen Situationen der Geheimhaltungspflicht bzw. der Doppelvertretung erwähnt werden – Konstellationen also, die nicht eine eigentliche Abkehr von der formellen Organtheorie, sondern mit dieser problemlos zu vereinbarende Ausnahmen darstellen.

<sup>296</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 30 N 135; hier wird kurz aber präzise eine Voraussetzung dieser im Kern funktionalen Zurechnung genannt, nämlich dass die betreffende Person «an einem bestimmten Geschäft direkt beteiligt» ist. Der beispielhafte Hinweis auf BGE 109 II 338 ff., der vorne unter dem Titel BBC-Fall besprochen wurde (S. 47 ff.), passt allerdings gerade nicht zu dieser Voraussetzung. Denn, wie FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL loc. cit. in Fn. 56 selbst ausführen, wurde dort das Wissen der Abteilungen «Einkauf und Rechnungswesen» der juristischen Person im Hinblick auf die rechtliche Abwehr der Verwendung verwechselbaren Kennzeichen etc., zugerechnet. Mithin waren also die wissenden Mitarbeiter nicht in dem Geschäftsbereich tätig, für den ihr Wissen relevant war.

hielt»<sup>297</sup>. Fehlende Aufmerksamkeit – was für vorliegende Zwecke mit Wissenmüssen gleichgesetzt werden kann – im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB wird der juristischen Person dagegen nur zugerechnet, wenn die wissenmüssende Person sich mit dem relevanten Tatbestand befasste oder hätte befassen sollen.<sup>298</sup>

BAUMANN differenziert weniger und scheint für eine generelle Zurechnung zu plädieren, u. a. unter Hinweis auf den «Charakter von Art. 3 ZGB als Verkehrsschutznorm», was gebiete, dass die «Rechtsstellung der Gegenpartei einer Person, die ... nicht selbst handelt, ... dadurch nicht verschlechtert werden [darf]»<sup>299</sup>. Folglich rechnet BAUMANN sogar das Wissen von Hilfspersonen generell zu, um zu verhindern, dass «die Gegenpartei allein wegen der Grösse eines Geschäftsbetriebes oder dessen arbeitsteiliger (internen) Organisation daran gehindert wird, ihr (besseres) Recht unter Berufung auf die Bösgläubigkeit zu verteidigen...». Der Geschäftsherr müsse «sein Personal so ... instruieren, dass es alle Umstände erfasst, die als bekannt angenommen werden dürfen...»<sup>300</sup>

RIEMER hält fest, dass Wissen des Organs Wissen der juristischen Person sei, dass auch Wissen zugerechnet werde, das die zu einem bestimmten Zeitpunkt über Organeigenschaft verfügende Person erworben hatte, bevor sie Organ wurde, und dass auch das Wissen von ausgetretenen Organen der juristischen Person weiterhin zuzurechnen sei, solange die betreffenden Personen nur erst «nach Erwerb des Wissens» ausgeschieden seien.<sup>301</sup> Auch in privater Eigenschaft oder kraft Funktionen bei anderen juristischen Personen erlangtes Wissen sei der juristischen Person

<sup>297</sup> BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 141.

<sup>298</sup> BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 141. Zur Beurteilung, wer sich mit einem Sachverhalt hätte befassen müssen, stellt JÄGGI loc. cit. auf die interne Zuständigkeitsordnung ab.

<sup>299</sup> ZK-BAUMANN Art. 3 ZGB N 36, wobei er die Befürchtung, die Rechtsstellung des Dritten nicht ungebührlich zu verbessern (BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 139), zu Recht zerstreut (loc. cit.): «Wird der gute Glaube geschützt, geht dies zu Lasten der an sich besser berechtigten Partei; wo nicht, wird lediglich das ihr zustehende Recht nicht beeinträchtigt, worin aber keine Besserstellung zu sehen ist.»

<sup>300</sup> ZK-BAUMANN Art. 3 ZGB N 38, unter Hinweis auf BGE 106 Ib 106; zu Organisationspflichten siehe S. 170 ff.

<sup>301</sup> BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 47.

zuzurechnen.<sup>302</sup> RIEMER unterstützt relativierende Theorien; seiner Ansicht nach könnte «eine absolute Wissensvertretung zu ganz unbilligen, stossenden Ergebnissen führen». «Im Interesse Dritter» bejaht er dabei allerdings eine Zurechnung von Wissen nicht nur dann, wenn ein handelndes Organ es unterliess, Wissen bei anderen Organen einzuholen, sondern bereits im Falle eines pflichtwidrigen «Nichteinbringen[s]» von Wissen durch letztere.<sup>303</sup> RIEMER betont dabei, dass die *modernen Informations- und Kommunikationsmittel* «zu Lasten» der juristischen Person zu berücksichtigen seien, da dadurch die Informationsverarbeitung und -speicherung vereinfacht worden sei.<sup>304</sup>

#### b) Monographien und Aufsätze

Im Hinblick auf den Gewinn von Erkenntnissen werden im Folgenden nur diejenigen Lehrmeinungen vorgestellt, die nicht zur Hauptsache auf der überkommenen Gleichsetzung des Wissens der Organe mit dem Wissen der juristischen Person basieren und die ihre alternativen Lösungsvorschläge ausführlich begründen.

#### aa) REICHWEIN

Nach REICHWEINS Auffassung ist die «starre Anwendung der Theorie von der absoluten Wissensvertretung der Organe sowohl aus Rechtsgründen als auch angesichts der tatsächlich obwaltenden Lebensverhältnisse untragbar», weshalb er folgende «Einschränkungen» dieser Theorie für notwendig erachtet<sup>305</sup>:

Wissen und Wissenmüssen werden der juristischen Person im Regelfall nur zugerechnet, wenn sie «effektiv und nicht bloss fiktiv präsent und verwertbar ... bei der Entstehung oder Verwirklichung des ... zuzurechnenden rechtlichen Verhaltens» sind. *Ohne* solchen

<sup>302</sup> BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 47 in fine.

<sup>303</sup> BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 49.

<sup>304</sup> BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 49 in fine.

<sup>305</sup> REICHWEIN 7.

*faktischen Konnex* soll eine Zurechnung als Ausnahme bei Fehlen der «im konkreten Fall objektiv gebotenen Organisationsformen der juristischen Person» oder einer *Verletzung der* von Gesetz, Statuten, Reglementen etc. *geforderten «Geschäftsführungs- oder Überwachungspflichten»* erfolgen, oder wenn Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Zurechnung gebiete<sup>306</sup>. Nicht zugerechnet werden soll – entsprechend der Rechtsprechung –<sup>307</sup> Wissen eines Organs im Rahmen einer Doppelvertretung; bei anderen Interessenkollisionen sei die Frage der Zurechnung dagegen im Einzelfall nach Treu und Glauben zu beurteilen.

Daneben stellt REICHWEIN weitere Prinzipien auf: Voraussetzung der Wissenszurechnung sei, dass das fragliche Wissen des Organs nicht einer Geheimhaltungspflicht unterstellt sei; privates Wissen sei geschäftlichem gleichzustellen; und getrenntes Wissen verschiedener Organe müsse «effektiv und nicht bloss fiktiv zum vollen Wissen zusammengefügt» sein (oder bei richtiger Organisation zusammengefügt sein)<sup>308</sup>. Obwohl *Reichweins* Abhandlung sich ausschliesslich zum Wissen von Organen äussert, hält er, allerdings ohne nähere Begründung, fest, dass «[n]icht nur Organe, sondern auch Nichtorgane ... im oben genannten Rahmen als Wissens-träger in Betracht» kommen<sup>309</sup>.

REICHWEIN hat, soweit ersichtlich auch unter Berücksichtigung der deutschen Lehre, als erster die Wissenszurechnung in Verbindung mit der ordnungsgemässen Organisation und Geschäftsführungs- und Überwachungspflichten gebracht<sup>310</sup>. REICHWEIN kann in dem Sinne als eigentlicher Pionier einer funktionalen Wissenszurechnung bezeichnet werden. Dies auch, da er das Wissen von nicht Organstellung innehabenden Hilfspersonen der juristischen Person gleichermaßen zurechnet wie das Wissen von Organen.

<sup>306</sup> REICHWEIN 7 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>307</sup> Dazu vorne S. 14.

<sup>308</sup> REICHWEIN 8.

<sup>309</sup> REICHWEIN 8.

<sup>310</sup> Seine Pionierrolle wird allerdings verkannt, da der betreffende Aufsatz in der deutschen Literatur und Judikatur, die sich erst in jüngerer Zeit mit der Zurechnung kraft ordnungsgemässer Organisation befasste, soweit ersichtlich nicht erwähnt wird. Nur BAUM 345 weist in einem Halbsatz auf REICHWEIN hin, jedoch nur in der Wiedergabe einer bei SIEGER 97 erfolgten Bezugnahme auf REICHWEIN.

## bb) SIEGER

SIEGERS Lösungsversuch zum Wissen der juristischen Person besteht nicht wie REICHWEINS Vorschlag aus allgemein anwendbaren Prinzipien. Vielmehr beurteilt er das Wissen der juristischen Person ausgehend vom Wissen der betroffenen natürlichen Personen.

Sein Lösungssystem unterscheidet entsprechend grundsätzlich zwischen dem Wissen von Organmitgliedern und demjenigen von Nichtorganen. Innerhalb der Kategorie Organmitglieder differenziert SIEGER wiederum zwischen fünf Unterkategorien, nämlich den am Rechtsakt beteiligten einzel- bzw. kollektivzeichnungsberechtigten Organen, den lediglich zustimmenden oder genehmigenden kollektivzeichnungsberechtigten Organen, den an den Rechtsakten auch als Gegenkontrahenten beteiligten Organmitgliedern und den am konkreten Geschäft nicht beteiligten Organmitgliedern.

Die Zurechnung erfolgt dabei im Einzelnen nach folgenden Regeln: Im Falle der *am Rechtsakt beteiligten einzelzeichnungsberechtigten Organe*<sup>311</sup> wird der juristischen Person Wissen zugerechnet, wenn Wissen und Handeln bei einem Organmitglied vereint sind. Bei *am Rechtsakt beteiligten kollektivzeichnungsberechtigten Organen*<sup>312</sup> gilt Folgendes: Soweit es um die Entgegennahme von Mitteilungen oder um Gutgläubens-tatbestände geht, welche Interessen Dritter tangieren, soll bereits das Wissen auch nur eines Organmitglieds zum Wissen der juristischen Person führen. Umgekehrt kann eine juristische Person ein Rechtsgeschäft schon dann anfechten, wenn nur eines der beiden abschliessenden Organmitglieder im Irrtum war<sup>313</sup> – hier wird also das Wissen des andern Organmitglieds der juristischen Person nicht zugerechnet. Für das Wissen *des am Rechtsakt (auch) als Gegenkontrahent beteiligten Organmitglieds* wird Wissen (z. B. der böse Glauben) zugerechnet, wenn das fragliche Organ nicht nur als Gegenkontrahent, sondern auch als handelndes Organmitglied der juristischen Person am Rechtsakt teilgenommen hat sowie auch dann wenn das fragliche Organ nur als Gegenkontrahent aufgetreten war und die juristische Person am betreffenden Rechtsakt durch ein anderes handelndes Organmitglied teilnahm. Beim *Wissen des am Rechtsakt nicht beteiligten Organmitglieds* wird schliesslich wie folgt differenziert: Das Wissen eines das Rechtsgeschäft nur vorbereitenden Organs wird zugerechnet.<sup>314</sup> Ebenso wird das Wissen eines Organs um eine rechtserhebliche Tatsache zugerechnet, wenn dieses Organ Kenntnis vom beabsichtigten Geschäft<sup>315</sup>, für welches das Wissen relevant war, hatte. Keine Wissenszurechnung erfolgt, wenn das um eine rechtserhebliche Tatsache wissende Organ keine Kenntnis vom bevorstehenden Rechtsgeschäft hat, ausser das handelnde Organ habe infolge mangelnder Sorgfalt die rechtserhebliche Tatsache nicht gekannt oder das um diese Tatsache wissende Organ habe aufgrund mangelnder Sorg-

<sup>311</sup> SIEGER 77 ff.

<sup>312</sup> SIEGER 81 ff.

<sup>313</sup> In Einklang mit der Lehre, siehe ZK-OSER/SCHÖNENBERGER Art. 460 N 9; VON TUHR/SIEGWART I § 44 338.

<sup>314</sup> SIEGER 99.

<sup>315</sup> SIEGER 101.

falt bzw. wegen «offensichtlich ungenügender betrieblicher Organisation und Koordination» nichts vom Geschäftsabschluss gewusst<sup>316</sup>.

## cc) WATTER

WATTER geht vom pragmatischen Ansatz aus, dass der juristischen Person jedenfalls das Wissen des handelnden Organs anzurechnen und diese Kenntnis je nach Konstellation durch das Wissen weiterer Personen zu ergänzen sei. Hievon ausgehend gelangt WATTER in seiner Dissertation<sup>317</sup> zu folgendem Ergebnis<sup>318</sup>:

Das Wissen der juristischen Person entspricht der Summe des Wissens des handelnden Organs sowie (1) des Wissens des bloss genehmigenden Organs (z. B. der zustimmenden Kollektivvertreter, «denkbar» auch die Zurechnung des Wissens der genehmigenden Generalversammlung<sup>319</sup>), (2) des Wissens des bloss ermächtigenden Organs, sofern dieses um das konkrete Geschäft weiss, (3) des Wissens eines «am fraglichen Geschäft irgendwie»<sup>320</sup> mitwirkenden Organs (z. B. durch Teilnahme an Vertragsverhandlungen), (4) des Wissens des um das fragliche Geschäft wissenden – oder fahrlässig nicht wissenden – Organs, (5) des Wissens des als Gegenkontrahent auftretenden Organs sowie (6) des Wissens von Nichtorganen, sofern diese das «Rechtsgeschäft im Wesentlichen vorbereitet haben»<sup>321</sup>, unabhängig davon, ob sie nach aussen in Erscheinung treten oder nicht.<sup>322</sup>

Zusammenfassend bejaht WATTER die Wissenszurechnung, wenn «das Organ am fraglichen Rechtsgeschäft irgendwie beteiligt ist oder um das fragliche Geschäft weiss bzw. darum wissen müsste.»<sup>323</sup> Wie die – alles entscheidende – (*Wertungs-*)*Frage, wann das Organ etwas wissen müsste, zu beantworten ist*, wird nicht erörtert.

<sup>316</sup> SIEGER 104 (Kursivdruck eingefügt), unter Hinweis auf BGE 90 II 449 ff., Pra. 54 Nr. 38. Eine Gesellschaft mit schlechtem Informationssystem dürfe im Vergleich zu einem organisiertem Unternehmen nicht besser gestellt werden.

<sup>317</sup> WATTER; allerdings beschäftigt sich dieses Werk nicht zur Hauptsache mit der Wissenszurechnung, sondern mit der «Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe ...» (Titel).

<sup>318</sup> WATTER Verpflichtung der AG 211 ff.

<sup>319</sup> WATTER Verpflichtung der AG 210.

<sup>320</sup> WATTER Verpflichtung der AG 212.

<sup>321</sup> WATTER Verpflichtung der AG 213.

<sup>322</sup> Später verneinte er jedoch die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Organen und Nichtorganen hinsichtlich der Wissenszurechnung.

<sup>323</sup> WATTER Verpflichtung der AG 214.

In einem späteren, vielbeachteten Aufsatz «Über das Wissen und den Willen einer Bank»<sup>324</sup> nimmt WATTER das Ergebnis seiner früheren Arbeit auf und präzisiert es, indem er verschiedene Kategorien von Wissen unterscheidet, von denen nachfolgend auf die zentralen eingegangen werden soll. Zudem löst er sich hier nun von seinem eine Mischung aus formalen und pragmatischen Gedanken enthaltenden früheren Ansatz und wechselt zu einer gänzlich funktionalen Betrachtungsweise. Er misst nämlich der Frage, ob der Wissensträger Organeigenschaft innehatte oder nicht, keine Bedeutung mehr zu.<sup>325</sup> Watter beschränkt seine Untersuchung dabei auf die Bestimmung des Wissens bei Banken. Ob und wie stark dies sein Wissenszurechnungskonzept beeinflusst oder gar so weit bestimmt hätte, dass er bei nicht finanzmarktrechtlich regulierten juristischen Personen Änderungen an seinem Konzept postulieren würde, lässt sich nicht schlüssig beantworten. Immerhin betont WATTER im einführenden Abschnitt, dass «sich die Problematik des Wissens ... einer Bank grundsätzlich gleich wie bei anderen juristischen Personen» stellt.<sup>326</sup> Deshalb und da seine nachfolgend dargelegte Konzeption der Wissenszurechnung – natürlich mit Ausnahme der die Informationsflüsse begrenzenden Spezialnormen<sup>327</sup> – nicht spezifisch auf aufsichtsrechtliche Bestimmungen Bezug nimmt, ist davon auszugehen, dass WATTERS Überlegungen zur Wissenszurechnung für juristische Personen im Allgemeinen Geltung beanspruchen.<sup>328</sup>

Bei Sachverhalten, die an Wissenmüssen anknüpfen, wird das Wissen von Nichtorganen zugerechnet, wenn sie nur um das Geschäft gewusst haben, mit der Begründung, das von Hilfspersonen einer Bank (sic!) verlangt werden könne, auf ein Geschäft Einfluss zu nehmen<sup>329</sup>. Wissen der juristischen Person, das auf Datenträgern gespeichert, ist nach WATTER immer dann zuzurechnen, «wenn es von Organen oder Hilfspersonen gespeichert wurde, deren Wissen der Gesellschaft zugerechnet wird», sowie von deren

<sup>324</sup> WATTER Wissen und Willen 125 ff.

<sup>325</sup> Siehe nachfolgend unten.

<sup>326</sup> WATTER Wissen und Willen 130.

<sup>327</sup> Dazu hinten S. 330 ff.

<sup>328</sup> Dafür spricht auch, dass WATTER vor der Präsentation des eigenen Ansatzes (III.) unter II. den Status quo zum «Wissen der Gesellschaft» erhebt.

<sup>329</sup> WATTER Wissen und Willen 137.

«funktionellen Vorgängern»<sup>330</sup>. Im Rahmen dieser weiten Zurechnung addiert WATTER – anders als etwa REICHWEIN – sogar Teilwissen und rechnet diese dann zu.<sup>331</sup> Er rechtfertigt dies damit, «dass der interne Informationsfluss ... nicht so «läuft», bzw. nicht so organisiert ist, wie es sein sollte. Gesetzestechnisch lässt sich dies (je nach anzuwendender Norm) als Unsorgfalt (Art. 3 Abs. 2 ZGB) oder Verschulden der Gesellschaft auslegen»<sup>332</sup>. Stets zugerechnet wird Wissen, wenn es von der Partei stammt, mit der die Bank kontrahiert.<sup>333</sup>

Bei Sachverhalten, die an positive Kenntnis (im Gegensatz zum Wissenmüssen) anknüpfen, bejaht WATTER eine Zurechnung, wenn die wissende Person – sei sie Organ oder Hilfsperson – «von sich aus hätte agieren können, bzw. [wenn] man von ihr billigerweise eine Information der zuständigen (bzw. handelnden) Instanz erwarten» durfte<sup>334</sup>. Hier soll Teilwissen nicht addiert werden, und gespeichertes Wissen sei nur zuzurechnen, wenn die «zuständige Stelle die Information selber aufgezeichnet» habe<sup>335</sup>.

*Privat erlangtes Wissen* wird, gleich wie das im Rahmen der Tätigkeit für die juristische Person erlangte, zugerechnet.

Schranken der Zurechnung sind – bei Banken am prominentesten – das Bankgeheimnis, sodann der Insiderbestand und Geschäftsgeheimnisse Dritter (z. B. bei Einsitznahme in Verwaltungsräten von dritten Unternehmungen).

Wichtig bei Letzterem ist der Hinweis WATTERS, dass sich die Verteidigungswirkung von «Chinese Walls» gegen die Wissenszurechnung *nicht auf den gegenwärtigen*, sondern bloss den «wünschbaren» Rechtszustand beziehe<sup>336</sup>, da eine Verhinderung der Wissenszurechnung durch diese Instrumente «wohl nur im Rahmen einer Teilrevision des ZGB bzw. des OR eingeführt werden [könnte], da *allgemeines Privatrecht* betroffen ist.»<sup>337</sup> Inwiefern diese Aussage von 1991 noch zutrifft, nachdem das BEHG inzwischen in Kraft getreten ist, und in seinem Art. 11, jedenfalls nach einer Interpretation, «Chinese Walls» als Instrumente zur Lösung von Interessen-

konfliktproblemen impliziert vorsieht, wird im finanzmarktrechtlichen Teil der Arbeit<sup>338</sup> erörtert.

*Fazit:* Bemerkenswert ist, dass WATTER in seinem Aufsatz zum Wissen und Willen von Banken *Organe und Hilfspersonen* für die Wissenszurechnung *gleich* behandelt. Damit reiht sich WATTER unter die Schweizer Autoren ein, die der Organtheorie eine Absage erteilt und den Weg für eine funktionale Lösung des Problems ebneten. Hervorzuheben ist, dass WATTER wohl als erster überhaupt auf die Problematik hinwies, die sich aus aufsichtsrechtlichen Auflagen, die mit der zivilrechtlichen Betrachtungsweise der Wissenszurechnung in Konflikt stehen können, ergibt<sup>339</sup>. Sehr bemerkenswert, aufgrund der Kürze der entsprechenden Ausführungen jedoch nicht weiter beachtet, ist WATTERS Meinung zur Wissenszurechnung im Konzern: «Endlich wird auch zu fordern sein, dass eine blosser Aufteilung von Aufgaben auf verschiedene juristische Personen keine wesentliche Änderung des Ergebnisses bewirken sollte.»<sup>340</sup> Weniger überzeugend an WATTERS Zurechnungskonzept ist, dass er trotz seiner Entscheidung für einen funktionalen Wissenszurechnungsansatz gelegentlich doch wieder auf formale, auf der Organtheorie basierende Argumente zurückkommt.<sup>341</sup> Problematisch – wenn auch in Einklang mit der h.L. – ist schliesslich auch die starke Betonung des Unterschieds zwischen Sachverhalten, die an ein Kennenmüssen, und solchen, die bloss an positive Kenntnis anknüpfen.<sup>342</sup>

<sup>330</sup> WATTER Wissen und Willen 137.

<sup>331</sup> WATTER Wissen und Willen 138 N 40 (dazu sogleich folgend im Text) sowie 142 in der Zusammenfassung zu Tatbeständen, die an ein Kennenmüssen anknüpfen: «Teilwissen werden integriert.»

<sup>332</sup> WATTER Wissen und Willen 138, N 40 i. V. m. N 39.

<sup>333</sup> WATTER Wissen und Willen 138.

<sup>334</sup> WATTER Wissen und Willen 138 f.

<sup>335</sup> WATTER Wissen und Willen 139. Auf die Frage, ob die Information *selber* gespeichert wurde, kann es nicht ankommen, man denke nur an Outsourcing. Siehe dazu auch den vorne besprochenen, versicherungsrechtlichen Entscheid (S. 102 ff.).

<sup>336</sup> WATTER Wissen und Willen 141, unter Verweisung auf WATTER Chinese Walls 117.

<sup>337</sup> WATTER Chinese Walls 117 (Hervorhebungen eingefügt).

<sup>338</sup> Hinten S. 342 ff.

<sup>339</sup> Und dabei zu Recht betont, dass die Überwindung dieses Konflikts nicht einfach ist, WATTER Chinese Walls.

<sup>340</sup> WATTER Wissen und Willen 133 N 22 mit der deutlichen Konkretisierung dazu: «ob eine Grossbank also ein Filialnetz oder ein Netz von Tochtergesellschaften unterhält, sollte für die Wissenszurechnung keine Rolle spielen.» Eine solch kühne, zum Zeitpunkt ihrer Äusserung weder von Theorie noch Praxis vertretene Meinung bedürfte allerdings einer eingehenden Begründung; vgl. ausführlich zur Wissenszurechnung im Konzern hinten S. 229 ff.

<sup>341</sup> So etwa WATTER Wissen und Willen 137, wo er die Zurechnung von der Erfüllung der Voraussetzungen des «materiellen Organbegriffs» abhängig macht.

<sup>342</sup> Zu dieser Problematik und der nach hier vertretenen Auffassung bloss relativen, da quantitativen Natur der Unterscheidung zwischen Kenntnis und Kennenmüssen ausführlich hinten S. 126 ff.

dd) KISS-PETER<sup>343</sup>

Im Rahmen ihrer Untersuchung zum guten Glauben bei der juristischen Person entwirft KISS-PETER ebenfalls ein Konzept zur Wissenszurechnung, allerdings beschränkt auf das Wissen von *Organen*.

Ihr Ausgangspunkt ist die Relativierung des Prinzips der absoluten Wissenszurechnung, indem nur der böse Glauben der «am jeweiligen Rechtsakt konkret beteiligten Mitglieder» die Gutgläubigkeit der juristischen Person beseitigt.<sup>344</sup> Mit andern Worten gilt als Regel: Nimmt das bösgläubige, d. h. wissende Organmitglied am betreffenden Geschäft nicht teil, bleibt die juristische Person gutgläubig, d. h., es erfolgt aufgrund fehlender Beteiligung des Wissenden keine Wissenszurechnung.

Als ein «Gebot der Billigkeit», aber auch «als Postulat zumindest annähernder Gleichbehandlung von natürlichen und juristischen Personen, wenn Letztere nicht nur die Vorteile der Ausdehnung ihres Aktionsbereiches geniessen können, sondern auch gewisse aus der Mehrgliederigkeit resultierende Nachteile tragen müssen», relativiert KISS-PETER diese Regel dann durch die Statuierung folgender Ausnahmen<sup>345</sup>: «Absichtliche Nichtteilnahme des bösgläubigen Organmitgliedes» führt zur Wissenszurechnung. Im Falle unabsichtlicher Nichtteilnahme erfolgt eine Zurechnung nur, wenn das bösgläubige Mitglied vom Rechtsgeschäft weiss und die Möglichkeit zur Einflussnahme hat, oder es vom Rechtsgeschäft wissen müsste (und wiederum intervenieren könnte), wobei – was entscheidend wäre – nicht gesagt wird, wann ein Organmitglied von einem Rechtsgeschäft wissen müsste. Nimmt das Organmitglied nur an Vorbereitungshandlungen teil, erfolgt ebenfalls eine Wissenszurechnung. Nicht klar ist hier, weshalb dies neben der Kategorie des Wissens um das Geschäft eine separate Gruppe darstellen soll. Das Wissen schliesslich des bösgläubigen Organmitglieds, das gleichzeitig als Gegenkontrahent auftritt, will KISS-PETER nur dann zugerechnet wissen, wenn es nur als Gegenkontrahent auftritt.

Teilwissen<sup>346</sup> wird addiert und zugerechnet, wenn ein «effektiver Wissensaustausch» unter den über Partialkenntnisse verfügenden Personen stattfand, es sei denn, diese Wissenskonzentration sei absichtlich oder «wegen ungenügender Betriebsorganisation» unterblieben.<sup>347</sup>

Keine abschliessende Lösung, aber einige Zurechnungskriterien nennt KISS-PETER für die Frage, ob das Wissen (in concreto der böse Glauben) eines oder mehrerer Teil-

nehmer der *Generalversammlung*<sup>348</sup> der juristischen Person zuzurechnen sei.<sup>349</sup> KISS-PETER beschränkt dies auf die eher seltenen Fälle, wo über einen Rechtsakt in der Generalversammlung Beschluss gefasst werde, z. B. im Falle einer Weisung an den Verwaltungsrat, ein bestimmtes Geschäft abzuschliessen. In solchen Fällen komme es, anders etwa als früher im preussischen Recht,<sup>350</sup> nicht darauf an, ob die Mehrheit der Aktionäre Wissen gehabt haben, sondern welches die Intensität der Beziehung der wissenden Aktionäre zur juristischen Person sei<sup>351</sup>. Da das Kriterium der Intensität «erhebliche Rechtsunsicherheit» mit sich bringe, frage sich, so KISS-PETER, ob nicht eine gesetzliche Normierung dieses Falles zu bevorzugen wäre.<sup>352</sup>

Unter Vorbehalt der vorne jeweils angebrachten Kritik zeichnet sich auch KISS-PETERS Auffassung dadurch aus, dass sie von formalen Überlegungen Abstand nimmt und Wissen in Abhängigkeit von den durch die betreffenden Personen ausgeübten Funktionen zurechnet. KISS-PETERS äussert sich allerdings nicht dazu, ob dieses funktionale Konzept, das gegenüber der Organtheorie eine wesentliche Einschränkung der Zurechnung mit sich bringt, auch auf *Nichtorgane* angewandt werden könnte, wo es im Vergleich zur überkommenen Doktrin zu einer Erweiterung der Zurechnung führen würde.

Hervorzuheben sind die Bemerkungen von KISS-PETER zur Zurechnung des Wissens der Generalversammlung, eines Themas, das von der Literatur kaum je behandelt wird. Auch hier führt KISS-PETER in Absage an formale Kriterien (z. B. solche des preussischen Rechts) ein *funktionales Element* ein, um über die Zurech-

<sup>348</sup> Dass sie in diesem Fall eine Zurechnung nur bei Handeln des betreffenden Organs, der Generalversammlung, bejaht, ist nicht konsequent, da sich hinsichtlich der Aktionäre mit den von KISS-PETER sonst verwendeten Kriterien (Wissen, Wissenmüssen, Einflussmöglichkeit um bzw. auf den Rechtsakt) auch hier eine Zurechnung begründen liesse.

<sup>349</sup> KISS-PETER 304 f.

<sup>350</sup> KISS-PETER 305 m. w. H. in Fn. 112. Auch die ältere Lehre zu § 337 Oesterr. ABGB stellte (im Zusammenhang mit dem Besitzerwerb) auf die Redlichkeit der Mehrheit der Organwalter einer juristischen Person ab, vgl. RUMMEL-SPIELBÜCHLER ABGB 1. Bd. 3. A. Wien 2000 § 337 N 2.

<sup>351</sup> KISS-PETER 305.

<sup>352</sup> KISS-PETER 305. Man kann sich wohl mit Fug die Frage stellen, weshalb eine gesetzliche Normierung des Wissens der juristischen Person dann auf das Wissen der Mitglieder der Generalversammlung beschränkt bleiben sollte.

<sup>343</sup> KISS-PETER 281 ff.

<sup>344</sup> KISS-PETER 292.

<sup>345</sup> KISS-PETER 293 ff.

<sup>346</sup> In der Diktion von KISS-PETER 299 «Partialkenntnisse».

<sup>347</sup> KISS-PETER 299. Soweit es «um das den guten Glauben zerstörende Wissen» geht, fordert KISS-PETER 299 prinzipiell, dass die Partialwissen «effektiv insgesamt bei einem Organmitglied» zusammenkamen.

nung zu entscheiden, nämlich die Intensität der Beziehung<sup>353</sup> des Wissensträgers zum Zurechnungssubjekt.

ee) DRUEY

DRUEYS Werk «Information als Gegenstand des Rechts», eine grundlegende Erfassung des Phänomens Information aus juristischer Sicht, befasst sich nur auf relativ engem Raum mit der Problematik der Wissenszurechnung, nämlich im Rahmen des 10. Kapitels «Die Struktur des informationellen Informationsrechts».<sup>354</sup> DRUEY geht von den Feststellungen aus, dass Organisation «eine Informationsordnung für die daran beteiligten Personen enthalten» muss, weiter über ein System verfügen sollte, «das neue und nicht bedachte Fakten informationell auffängt» sowie die Bedingungen bestimmt sein müssen, unter welchen Information durch die «Haut» der Organisation nach aussen bzw. in diese hineingelangen kann. Dies führt ihn zur Wissenszurechnung, unter welcher DRUEY die «Zurechnung ... von Information nicht als Vorgang, sondern als Zustand des Informiertseins» versteht.<sup>355</sup>

Wissenszurechnung wird als «Sonderbehandlung zulasten der Organisation» aufgefasst, für welche weder die Organtheorie noch das Vorteils-/Nachteilsargument genügende Legitimation verschaffen würden. DRUEY erachtet eine Wissenszurechnung (bei fehlender tatsächlicher Kenntnis der handelnden Personen) vielmehr dann als angebracht, wenn der Vorwurf fehlender Aufmerksamkeit, bezogen auf die Organisation der Vorwurf des «Nichtfunktionieren[s]», gemacht werden kann (Risikoprinzip). Entsprechend ist die Wissenszurechnung unabhängig von der Frage der Organeigenschaft der wissenden oder wissenmüssenden Person zu beurteilen. Als Massstab für die Bestimmung, wann fehlende Aufmerksamkeit oder mangelnde Organisation vorliegt, stellt Druey u. a. – und besonders wichtig – auf die Erwartungen ab, die an eine effiziente Organisation bzw. deren Informationsfluss gestellt werden dürfen.<sup>356</sup>

Die Bedeutung von DRUEYS Gedanken zur Wissenszurechnung liegt darin, dass formalen Zurechnungstheorien eine deutliche Absage erteilt wird: «Die funktionsunabhängige Wissenszurechnung

<sup>353</sup> Inwiefern dieses neuartige Kriterium zur Prüfung von Zurechnungsfragen eingesetzt werden kann, wird hinten S. 188 ff. erörtert.

<sup>354</sup> DRUEY Information 281 ff.

<sup>355</sup> DRUEY Information 305.

<sup>356</sup> DRUEY Information 307.

ist eine Verkenning der Organisation in ihrem eigensten Wesen als Informations-Verteilung.»<sup>357</sup> Mit den Zurechnungskriterien fehlende Aufmerksamkeit bzw. ungenügendes Funktionieren der Organisation unter Berücksichtigung der Erwartungen objektiver Dritter nennt DRUEY zudem wesentliche Elemente für die Bestimmung der Wissenszurechnung.

## 2. Deutschland

a) RÖMMER-COLLMANN

RÖMMER-COLLMANN'S Bestimmung des Wissens der juristischen Person basiert auf dem Regelungsgedanken des vorne erläuterten § 166 BGB<sup>358</sup>.

RÖMMER-COLLMANN gliedert das Problem in vier Teilbereiche, nämlich die Zurechnung des Wissens handelnder Personen, die Wissenszurechnung in «Anweisungslagen» gemäss § 166 Abs. 2 BGB, die Wissenszurechnung bei «unterlassener Einflussnahme», diesmal in bloss entsprechender Anwendung von § 166 Abs. 2 BGB, und schliesslich die Wissenszurechnung bei Verletzung von Organisationspflichten, wiederum in entsprechender Anwendung von § 166 BGB.

Das Wissen *handelnder Personen* wird in direkter Anwendung von § 166 BGB der juristischen Person voll zugerechnet.<sup>359</sup>

Nebst der positiv-rechtlichen Abstützung der Wissenszurechnung in *Anweisungslagen* auf § 166 Abs. 2 BGB beruft sich RÖMMER-COLLMANN auf den Vertrauensgrundsatz, der eine weitgehende Wissenszurechnung rechtfertigt: Entsprechend der Wertung des Gesetzgebers, der es verbietet, einen gutgläubigen Vertreter vorzuschicken, um sich den bösen Glauben als Geschäftsherr nicht zurechnen lassen zu müssen (§ 166 Abs. 2 BGB), könne und dürfe der Vertragspartner auch einer juristischen Person auf die «redliche Weitergabe von Informationen» vertrauen<sup>360</sup>. Dieses Vertrauen sei insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil die juristische Person nach aussen hin, vorab im Rechtsverkehr, als Einheit auftrete. Deshalb könne deren Kontrahent annehmen, «Wissen sei innerhalb der juristischen Person an mehreren Stellen gleichzeitig vorhanden.»<sup>361</sup>

Diese Überlegung RÖMMER-COLLMANN'S trifft sich mit dem Grundgedanken von § 166 Abs. 2 BGB, der für die Zurechnung auf die *Steuerbarkeit* abstellt, bloss dass hier

<sup>357</sup> DRUEY Information 306.

<sup>358</sup> Vorne S. 19 ff.

<sup>359</sup> RÖMMER-COLLMANN 119 ff. Zur Frage, ob Teilwissen zusammenzufügen sind, weiter hinten S. 212 ff.

<sup>360</sup> RÖMMER-COLLMANN 130.

<sup>361</sup> RÖMMER-COLLMANN 130.

anstelle der objektiv vorhandenen Steuerbarkeit bereits das Vertrauen in das Vorhandensein der (objektiv allenfalls nicht gegebenen!) Steuerbarkeit die Wissenszurechnung auslöst.

Die für eine Wissenszurechnung bei unterlassener Einflussnahme erforderliche Handlungspflicht sieht RÖMMER-COLLMANN in § 166 BGB enthalten<sup>362</sup>. Der Inhalt dieser Handlungspflicht besteht dabei darin, entweder das für ein bestimmtes Geschäft relevante Wissen dem Anweisenden bzw. Stellvertreter (der z.B. ein Rechtsgeschäft abschliessen will) weiterzugeben oder aber dafür zu sorgen, dass das Rechtsgeschäft nicht (zum Nachteil) des Kontrahenten abgeschlossen wird.<sup>363</sup> Um bei Unterlassen einer entsprechenden Einflussnahme die Wissenszurechnung zu bejahen, bedarf es dabei nebst der Handlungspflicht zusätzlich der Handlungsmöglichkeit und -zumutbarkeit<sup>364</sup>.

Entsprechende Lehrmeinungen unterstützend präsentiert RÖMMER-COLLMANN vier Ansätze, mit welchen sich die Wissenszurechnung aufgrund der Verletzung von (Wissens-)Organisationspflichten begründen lässt<sup>365</sup>: Organisationspflichten zufolge der «Risikoverteilung bei arbeitsteiligem Wirtschaften gemäss § 166 Abs. 1 BGB»<sup>366</sup> und des «Veranlassungsprinzips gemäss § 166 Abs. 2 BGB»<sup>367</sup>, die allgemeine Anerkennung von Organisationspflichten<sup>368</sup> sowie Organisationspflichten gestützt auf Gleichstellungsprinzip und Vertrauenssatz<sup>369</sup>.

Fazit: Das Postulieren einer Wissenszurechnung bei Verletzung von Organisationspflichten samt der Abstützung derselben auf allgemeinen Grundwertungen der Privatrechtsordnung ist der wichtige Beitrag in RÖMMER-COLLMANN'S Werk.

<sup>362</sup> RÖMMER-COLLMANN 158 ff.

<sup>363</sup> RÖMMER-COLLMANN 162.

<sup>364</sup> RÖMMER-COLLMANN 159 und insbes. 163 f.

<sup>365</sup> RÖMMER-COLLMANN 164, unter Verweisung auf die h.L., z.B. GRUNEWALD 311 und 313; CANARIS Bankvertragsrecht N 800 f.

<sup>366</sup> RÖMMER-COLLMANN 164 f.

<sup>367</sup> RÖMMER-COLLMANN 165 ff.

<sup>368</sup> RÖMMER-COLLMANN 167 ff. Näheres zum Begriff und zur Frage, ob es sich dabei um Pflichten oder blosse Obliegenheiten handelt, hinten S. 178 f., wobei auch im zweiten Fall Zurechnung denkbar ist, i.S. eines Nachteils, der sich bei Obliegenheitsverletzung für die juristische Person ergibt. Weiter ist auch nicht erforderlich, dass allfälligen Organisationspflichten Schutzpflichtcharakter (i.S. von Vorschriften, die individuelle Personen vor bestimmten Schäden schützen sollen) zukommt, da es hier nicht um den Ersatz von Vermögensschäden geht, sondern um das Vertrauen in Organisationsvorschriften, welche den Informationsfluss regeln.

<sup>369</sup> RÖMMER-COLLMANN 170.

b) BAUMANN<sup>370</sup>

In Deutschland hat sich BAUMANN soweit ersichtlich als Erster in umfassender Weise der traditionellen Lehre und Praxis entgegengestellt, welche das Prinzip der Gleichstellung des Wissens der Organe mit dem Wissen der juristischen Person vertraten. BAUMANN zeigt auf, dass diese Auffassung auf einer verfehlten Ableitung aus VON GIERKES Theorie der realen Verbandspersönlichkeit beruht.

BAUMANN'S Konzept der Wissenszurechnung wendet die gesetzlichen Wertungen von § 166 BGB unter Rekurs auf das Gleichbehandlungsargument<sup>371</sup> auch bei der juristischen Person an. Entsprechend bejaht BAUMANN eine Wissenszurechnung bei der juristischen Person in Anwendung von § 166 BGB nur, wenn eine der impliziten Zurechnungsvoraussetzungen von § 166 BGB vorliegt, nämlich direktes Handeln, Einflussnahme oder Steuerungsmöglichkeit.<sup>372</sup> BAUMANN wendet sich mithin gegen eine begrifflich abgeleitete, schematische Einheitslösung – Wissen der Organe ist Wissen der juristischen Person – und vertritt einen auf funktionalen Kriterien basierenden Ansatz.

c) SCHILKEN<sup>373</sup>

SCHILKEN vertritt eine *Konträrmeinung* zu BAUMANN'S Theorie: Er hält nämlich dafür, dass die Anwendung von § 166 BGB bei juristischen Personen nicht zulässig sei, da dies mit dessen «wörtliche[r] und historische[r]» Interpretation nicht vereinbar sei. Denn § 166 BGB gehe – so SCHILKEN – «eindeutig von der Situation eines abgestuften Verhältnisses zwischen Geschäftsherrn und für ihn handelnden Stellvertreter aus, während es bei mehreren vertretungsberechtigten Organmitgliedern an einem solchen Stufenverhältnis fehle, sie vielmehr beide gleichermassen die juristische Person repräsentieren, auch wenn unter Umständen nur eines handelnd in Erscheinung tritt.»<sup>374</sup>

Darauf basierend gelangt SCHILKEN zu einer Lösung, die – naturgemäss – der traditionellen Wissenszurechnung gemäss Organtheorie nahe steht. Allerdings stützt SCHIL-

<sup>370</sup> BAUMANN 284 ff.

<sup>371</sup> Gleichbehandlung von juristischen Personen mit dem Einzelunternehmer, der sich Prokuristen etc. bedient.

<sup>372</sup> BAUMANN 294 f.

<sup>373</sup> SCHILKEN 127 ff.

<sup>374</sup> SCHILKEN 137.

KEN die Zurechnung nicht mehr «auf die Natur der Sache» ab, sondern ordnet sie in «wertender Zurechnung» an<sup>375</sup>: Wissen und Wissenmüssen aller Organmitglieder sei Wissen der juristischen Person, unabhängig vom Verhalten des Organmitglieds und davon, ob dieses von einem bestimmten Geschäft Kenntnis gehabt habe, bei dem es auf sein Wissen ankäme. Gleich wie andeutungsweise das Reichsgericht im oben erwähnten Entscheid<sup>376</sup> verneint SCHILKEN eine Zurechnung des Wissens ausgeschiedener Organe, es sei denn, deren Kenntnisstand hätte den aktuell amtierenden Organen bekannt sein müssen<sup>377</sup>. Wann dies der Fall ist, wird nicht dargelegt.

d) BAUM<sup>378</sup>

BAUM entwickelt in seiner Dissertation ein – nach seiner eigenen Einschätzung – «umfassendes» Lösungsmodell<sup>379</sup> für die Zurechnung des Wissens sowohl «organschäftlicher» als auch «unterorganschäftlicher» Hilfspersonen, das nicht nur auf die juristische Person beschränkt ist, sondern für jede «arbeitsteilige Struktur», also auch etwa für eine Einzelunternehmung mit Hilfspersonen, Gültigkeit beansprucht.<sup>380</sup>

Ausgehend von der Grundüberlegung, das nur die *handlungsabhängige* Wissenszurechnung entsprechend § 166 BGB gelöst werden könne, es für die *handlungsunabhängige* dagegen eines anderen Geltungsgrundes bedürfe, den BAUM weder im Gleichstellungsargument noch der Vertrauenshaftung, sondern vielmehr in der *Risikoschaffung* sieht, wird grundlegend zwischen *handlungsabhängiger* und *handlungsunabhängiger* Zurechnung unterschieden.

Dieser Unterscheidung folgend wird das Wissen von handelnden Personen in Bezug auf den betreffenden Rechtsakt *stets zugerechnet*. Liegt *kein Handeln* vor, erfolgt eine Wissenszurechnung nur, sofern den Geschäftsherrn die *Pflicht* trifft, Wissen von nicht handelnden Hilfspersonen oder Organmitgliedern den anderen, handelnden

<sup>375</sup> SCHILKEN 138.

<sup>376</sup> Vorne S. 77.

<sup>377</sup> SCHILKEN 139. Er sagt hier, dass das Wissen ausgeschiedener Organe zuzurechnen sei, wenn es den aktuellen Organen bekannt sei – in diesem Fall stellt sich das Problem des Wissens der ausgeschiedenen Organe aber gar nicht mehr, da die Zurechnung direkt gestützt auf das Wissen der aktuellen Organe erfolgen kann.

<sup>378</sup> BAUMS Wissenszurechnungskonzept lässt sich für einen ersten Überblick in Anbetracht dessen Volumen am einfachsten über die Zusammenfassung (BAUM 472 ff.) oder aber über die scharfsinnige Rezension von SINGER 67–74 erschliessen.

<sup>379</sup> BAUM 29: «Die Arbeit ... kommt so zu einem neuen mehrstufigen Zurechnungsmodell, das die Probleme der Wissenszurechnung umfassend löst.»

<sup>380</sup> BAUM 472.

oder zuständigen Hilfspersonen oder Organmitgliedern «verfügbar zu machen und zu halten».<sup>381</sup> Der Rechtsgrund dieser Pflicht liegt nach BAUM in der «*Schaffung des Risikos der Wissensaufspaltung durch Arbeitsteilung*»<sup>382</sup>. Das Bestehen der Pflicht ergibt sich nach nicht weniger als *sechs Kriterien eines beweglichen Systems*<sup>383</sup>: (1) «Beherrschbarkeit des Risikos der Wissensaufspaltung», (2) «Kosten der Beherrschung», (3) Bedeutung des dem «Dritten drohenden Nachteils», (4) die «stets erhebliche» Bedeutung des «Risikos der Wissensaufspaltung», (5) die Art des Kontakts zum Dritten (rechtsgeschäftlich oder nicht), und (6) der Datenschutz.<sup>384</sup>

Die Pflicht zur Organisation des Wissens sieht BAUM, wie bereits erwähnt, in der «*Schaffung des Risikos der Wissensaufspaltung durch Arbeitsteilung*», eine, wie der Autor selbst einräumt, «gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung»<sup>385</sup>. Diese knüpft an die deliktischen Verkehrsschutzpflichten (bei Schaffung besonderer Risiken) an, stösst jedoch in Deutschland auf das (in der Schweiz in gleicher Weise vorhandene und bekannte) Problem, dass es keine allgemeine Gefährdungshaftung für Rechtsgüter gibt, die von der Rechtsordnung nicht besonders geschützt sind<sup>386</sup>.

Die aus diesem Grund zu Recht als *gesetzesübersteigende* Rechtsfortbildung bezeichnete Lösung krankt allerdings daran, dass BAUM den Nachweis nicht erbringt, dass die für eine solche Rechtsfortbildung nach allgemeiner Auffassung erforderlichen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Wissenszurechnung gegeben sind<sup>387</sup>, <sup>388</sup>. Erst recht kann BAUM nicht belegen, dass die noch strengeren Kriterien, die für eine *Rechtsfortbildung contra legem* – wie man die *gesetzesübersteigende* Rechtsfortbildung auch

<sup>381</sup> BAUM 479 für Organe und *ders.* für Hilfspersonen 475.

<sup>382</sup> Dazu sogleich hinten im Text.

<sup>383</sup> Vgl. dazu kritisch LOBINGER 83 f., der bemerkt, dass die «Plattform dieser Lehren [gemeint sind Haftungsfiguren, welche mit kombinatorischen Ansätzen arbeiten, wie etwa die Vertrauenshaftung] ... heute allgemein in Wilburgs «beweglichen Systemen» gesehen» werde.

<sup>384</sup> BAUM 475.

<sup>385</sup> BAUM 38.

<sup>386</sup> § 823 BGB nennt als deliktsrechtlich geschützte Rechtsgüter die absoluten Rechte wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder sonstige Rechte, wobei die Vermögensrechte nicht darunter fallen, BGH 41, 127, für die h.L. statt aller etwa PALANDT-THOMAS § 823 N 31.

<sup>387</sup> Nämlich insbesondere ein «unabweisbares Bedürfnis» dazu, siehe etwa LARENZ/CANARIS 245.

<sup>388</sup> Was SINGER 73 zur Bemerkung verleitete, es dränge sich «bereits der Verdacht auf, dass Rechtsfortbildung womöglich als probates Mittel verstanden wird, rechtspolitischen Ansichten zur Geltung zu verhelfen».

qualifizieren kann – vorliegen würden<sup>389</sup>. So ist es zwar ohne Zweifel richtig, dass durch die neuen Datenverarbeitungsmittel Informationen in noch nie bekanntem Ausmass verfügbar gemacht werden können<sup>390</sup>, hingegen kann nicht *generell* behauptet werden, komplexe arbeitsteilige Strukturen seien ein Merkmal der heutigen Wirtschaftsordnung, die Normen des BGB dagegen noch auf gleichsam allein agierende Einzelpersonen zugeschnitten<sup>391, 392</sup>. Daraus ist allerdings nicht zu schliessen, dass damit eine sachgerechte, funktionale Wissenszurechnung ausgeschlossen wäre. Denn das Problem der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung<sup>393</sup> stellt sich nur, wenn zur Begründung der Wissenszurechnung deliktische Verkehrsschutzpflichten herangezogen werden. Wie hinten gezeigt werden wird, ist diese Begründung jedoch falsch.<sup>394</sup>

Der besondere Wert BAUMS Werk liegt darin, dass er den grundlegenden dogmatischen Unterschied zwischen *handlungsabhängiger* und *handlungsunabhängiger* Zurechnung aufgezeigt und damit nachgewiesen hat, dass einer analogen Heranziehung von § 166 BGB Schranken gesetzt sind, die über den grundsätzlichen Ein-

<sup>389</sup> Vgl. dazu etwa JÖRG NEUNER Die Rechtsfindung contra legem, München 1992, 153 f.

<sup>390</sup> BAUM 28.

<sup>391</sup> So aber BAUM 27.

<sup>392</sup> Es kann auch nicht behauptet werden, die Problematik der Wissenszurechnung wäre bei der Gesetzesredaktion nicht erkennbar gewesen, hat sich doch das preussische Recht explizit zum Wissen der juristischen Person geäussert. Vgl. dazu FÖRSTER § 163 110 (unredlicher Besitzerwerb durch die juristische Person, wenn die Hälfte der Mitglieder unredlich ist).

<sup>393</sup> Dass in Deutschland anders als in der Schweiz noch dadurch akzentuiert wird, dass § 166 BGB jedenfalls nach einem Teil der Lehre die Zurechnungsfrage abschliessend löst.

<sup>394</sup> Dazu ausführlich hinten S. 157 ff. Vereinfacht gesagt geht es nicht um die Begründung einer eigentlichen Rechtspflicht zur Informationsorganisation, sondern um die Lösung einer vom Gesetz nicht geregelten, aber zu seiner Anwendung zwingend zu beantwortenden Frage nach der Anknüpfung von Wissensnormen im Falle von arbeitsteiligen Organisationen als Adressatinnen derselben.

wand, dass dieser Paragraph nur die Zurechnung in Stellvertretungsverhältnissen regelt, hinausreichen.<sup>395</sup>

Während die Entwicklung von Kriterien, die über die Zurechnung entscheiden, für jeden funktionalen Wissenszurechnungsansatz fruchtbar sind, stösst BAUMS Lösung, wonach sich das Wissen einer juristischen Person anhand eines beweglichen Systems bestimmt, zunächst auf die generellen Bedenken gegenüber solchen Systemen<sup>396</sup>. Abgesehen davon ist BAUMS Lösung unter dem Gesichtspunkt ihrer Justiziabilität fragwürdig, wenn diese vom Richter die Berücksichtigung von nicht weniger als sechs, z. T. sehr offenen Kriterien verlangt, um über die Wissenszurechnung zu entscheiden.

#### e) BUCK<sup>397</sup>

In ihrer im Frühsommer 2001 erschienenen Tübinger Habilitationsschrift «Wissen und juristische Person», stellt PETRA BUCK der Frage der Zurechnung des Wissens diejenige nach der Besonderheit der Wissensnormen voran. Sie hält dabei an der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Wissenmüssen und positiver Kenntnis fest, entgegen Tendenzen in Literatur und Rechtsprechung, fahrlässige Unkenntnis mit positiver Kenntnis gleichzusetzen.<sup>398</sup> Immerhin hält sie dafür, «bei missbräuchlicher Nichtkenntnis das Vor-

<sup>395</sup> Für eine (berechtigte) Kritik an den hier nicht im Einzelnen wiedergegebenen, komplexen dogmatischen Differenzierungen BAUMS, die letztlich jedoch keinen Erkenntnisgewinn vermitteln, siehe die Rezension von SINGER.

<sup>396</sup> Vgl. zur Problematik von beweglichen Systemen ABEGGLEN Aufklärungspflichten 166 ff., 171 f.; mit grundlegender Kritik LOBINGER 84 ff. sowie zum Ganzen hinten S. 181 f.

<sup>397</sup> Es ist an dieser Stelle nicht möglich, auch nur annähernd auf alle Gedanken und Vorschläge in BUCKS *beeindruckendem* Werk einzugehen; hier erfolgt nur ein ganz kurzer Überblick über die wichtigsten Linien ihrer Arbeit. Auf einzelne Bereiche ihrer Argumentation, z. B. BUCKS Auseinandersetzung mit der Abstützung der Wissenszurechnung auf Organisationspflichten, wird hinten S. 157 ff. bei der Entwicklung des eigenen Wissenszurechnungsmodells eingegangen.

<sup>398</sup> BUCK 47 ff., insbes. 66 ff. m. H. auf die Literatur und Judikatur. Zu dieser Frage ausführlich hinten S. 126 ff.

liegen von positiver Kenntnis zu fingieren»<sup>399, 400</sup>, womit sie allerdings die Unterscheidung zwischen den beiden Wissenskategorien selbst wieder relativiert, wenngleich aufgrund der Voraussetzung des geradezu *rechtsmissbräuchlichen Verhaltens* nicht so stark wie bei einer Reduktion der positiven Kenntnis auf das Wissen einer Durchschnittsperson. Diese Feststellungen sind für die Bewältigung der Zurechnung des Wissens bei juristischen Person und anderen Organisationen insofern relevant und fruchtbar zu machen, als dort im Falle von Akten- oder sonstigem Speicherwissen oftmals nicht von positiver Kenntnis gesprochen wird in einer Situation, in der einer natürlichen Person dieselbe ohne Zweifel vorgehalten würde<sup>401</sup>.

Nach der Diskussion der Möglichkeiten der Zurechnung (u. a. § 166 BGB direkt und analog und § 278 BGB) untersucht Buck eingehend die Theorie der absoluten Wissenszurechnung und kommt zum Schluss, dass diese nicht zur positiv-rechtlichen Abstützung der Zurechnung des Organwissens auf die juristische Person herangezogen werden kann.<sup>402</sup> Zum Kernproblem der Wissenszurechnung, nämlich der für arbeitsteilige Organisationen typischen *Wissensaufspaltung*, vertritt Buck eine andere Auffassung als der BGH. Wie oben dargelegt, argumentiert dieser neuerdings mit der Wissenszurechnung gestützt auf die Pflicht zu ordnungsgemässer Informationsorganisa-

<sup>399</sup> Buck 73. Allerdings nähert sie sich damit den Vertretern der Gleichstellung von positiven Wissen und fahrlässigem Nichtwissen, welche argumentieren, ob eine Person etwas wisse, lasse sich aufgrund der Unmöglichkeit des Nachweises positiver subjektiver Kenntnis letztlich nur nach objektiven Kriterien bestimmen. Denn Bucks Lösung über den Rechtsmissbrauchstatbestand erfordert ebenfalls die Wertung, wann ein missbräuchliches Sichverschliessen gegenüber Wissen vorliegt, was sich nur unter Bezugnahme auf einen objektiven Standard beurteilen lässt. So bejaht Buck das Vorliegen dieses Tatbestands, wo versäumt wird, «eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen, wo eine Berufung auf die tatsächlich nicht bestehende Kenntnis als Förmelei [sic!] erscheint, weil jeder andere unter denselben Umständen die konkrete Kenntnis gehabt hätte» (op. cit. 73, unter Bezugnahme auf BGH VersR 1989, 914f.).

<sup>400</sup> Zu den beweisrechtlichen Aspekten dieser Frage siehe Buck 100f.

<sup>401</sup> Zum Vergleich zwischen natürlichen Personen und Organisationen bezüglich der Art der Kenntnisnahme etc. siehe hinten S. 117ff.

<sup>402</sup> Buck 278. Sie hält dabei ebenfalls fest (op. cit. 278), dass die Zurechnung von Organwissen nicht analog zu § 166 BGB erfolgen könne, da diese Norm nur eine Zurechnung von Wissen bei rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen erlaube, Buck 462. Noch kritischer zur Abstützung auf § 166 BGB BAUM, der zu Recht darauf hinweist, dass sich diese Norm nur zur Legitimation von handlungsabhängiger Wissenszurechnung eigne, siehe dazu vorne S. 78 ff.

tion.<sup>403</sup> Nach der Kritik Bucks lässt sich für diesen Ansatz jedoch keine dogmatische Grundlage finden. Dies u. a. deshalb nicht, da es «hier um die Fortbildung der Wissenszurechnungsdogmatik und nicht etwa um deliktische Verhaltenspflichten von Unternehmen» gehe<sup>404</sup>. Angesprochen ist damit das oben erwähnte Problem, ob die Frage der positiven Kenntnis mit «Fahrlässigkeitselementen» verbunden werden kann, was Buck wie erwähnt verneint.<sup>405</sup> Die Autorin kommt schliesslich jedoch zu einem ähnlichen Resultat wie der BGH, rechnet sie doch fehlende positive Kenntnis aufgrund von «unsorgfältigem Umgang mit dem in arbeitsteiligen Organisationen vorhandenen Wissen über § 242 BGB bei Schädigungsabsicht oder willkürlichem Handeln» im Sinne einer Ergebniskorrektur der juristischen Person zu<sup>406</sup>.

Gerade das letzte Zitat belegt die vorne<sup>407</sup> aufgestellte These, dass es auf die dogmatische Begründung der Wissenszurechnung nicht ankommt. Viel entscheidender wird das Finden von Kriterien für die Beurteilung der Frage sein, was eine *ordnungsgemässe Wissensorganisation* ist (wenn man der neuen Rechtsprechung des BGH folgen will) oder, wenn man sich Buck anschliesst, was ein sorgfältiger bzw. unsorgfältiger Umgang mit in arbeitsteiligen Strukturen vorhandenen Informationen ist.<sup>408</sup>

<sup>403</sup> Dazu vorne S. 59 ff.

<sup>404</sup> Buck 446. Immerhin zeigt sie angesichts der heutigen Bedeutung der Statuierung von Organisationspflichten in verschiedensten Bereichen Verständnis für diese Art der dogmatischen Abstützung der Wissenszurechnung, op. cit. 394.

<sup>405</sup> Buck 446.

<sup>406</sup> Buck 462 f.

<sup>407</sup> Siehe S. 55.

<sup>408</sup> Buck weist zu Recht darauf hin, dass vom Begriff der «Ordnungsgemässheit als Voraussetzung» von Rechtsfolgen eine grössere Anzahl von Rechtsnormen ausgehen. Damit kann die zu erwartende Kritik widerlegt werden, es handle sich bei der ordnungsgemässen Informationsorganisation um ein nicht operables Kriterium. Bezogen auf den Einzelfall ist die Rechtsprechung durchaus in der Lage, dieses Kriterium einzusetzen; was sie nicht könnte, und was auch gar nicht erforderlich ist, wäre die Entwicklung allgemeingültiger Vorschriften zur Ausgestaltung einer Kommunikationsstruktur einer Unternehmung, so wenig etwa, wie sie in der Lage ist, konkrete generell gültige Aussagen zur sicheren Produktionsweise von z. B. Schachtrahmen zu machen. Das heisst nicht, dass die Gerichte im Einzelfall nicht beurteilen könnten, ob ein Organisationsverschulden vorliegt, welches darin liegen kann, dass mangels Realisierbarkeit von Nachkontrollen, um beim berühmten Schachtrahmenfall zu bleiben, nicht eine Konstruktionsart gewählt wurde, mit der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Schädigung durch das fabrizierte Produkt ausgeschlossen werden kann, vgl. BGE 110 II 456 (Schachtrahmenfall).

## f) GOLDSCHMIDT

GOLDSCHMIDT widersetzt sich der von der neuen Lehre und Judikatur propagierten *einheitlichen, von den einzelnen Wissensnormen grundsätzlich unabhängigen* Bestimmung des Wissens von juristischen Personen und anderen arbeitsteiligen Organisationen.

GOLDSCHMIDT vertritt die Auffassung, dass «[ü]ber den Umfang der Wissenszurechnung ... nicht eine Zurechnungsnorm, sondern die im konkreten Einzelfall anwendbare Wissensnorm selbst [entscheidet]». Er versucht dies, am Beispiel des § 463 S. 2 BGB zu zeigen. GOLDSCHMIDT ist der Meinung, in der Vorschrift des § 463 S. 2 BGB<sup>409</sup> sei die Wertung enthalten, nur das Wissen von Hilfspersonen, die «auf die kaufvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung Einfluss nehmen können», sei zuzurechnen. Daraus folgert er, dass dem Verkäufer im Falle einer Arglisthaftung, die an positives Wissen anknüpft, nur das Wissen von Abschluss- und Verhandlungsbevollmächtigten zuzurechnen sei<sup>410</sup>. Obwohl GOLDSCHMIDT die Wissenszurechnung kraft «Pflicht zur ordnungsgemässen Organisation der internen Kommunikation»<sup>411</sup> «nicht zu überzeugen vermag»<sup>412</sup>, stützt er die Fahrlässigkeitshaftung des Verkäufers einer mangelhaften Sache genau auf dieses Konzept. Er rechnet hier, wo es nicht um positives Wissen, sondern um Wissenmüssen geht, dem Geschäftsherrn jede Kenntnis zu, die diesem *wegen nicht ordnungsgemäss organisierten* betriebsinternen Informationsaustauschs tatsächlich fehlte.

## g) FASSBENDER

Ausgehend von der auch heute noch zutreffenden Feststellung, dass es für die «Frage nach der Berücksichtigung innerbetrieblichen Wissens ... eine allgemeingültige, dogmatisch befriedigende und praktisch handhabbare Lösung» nicht gebe,<sup>413</sup> widmet FASSBENDER in seiner Monographie aus dem Jahr 1998 zum Thema «In-

<sup>409</sup> «Das Gleiche [Haftung wie für zugesicherte Eigenschaften] gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat» (§ 463 S. 2 BGB).

<sup>410</sup> GOLDSCHMIDT 128 ff. und zusammengefasst GOLDSCHMIDT 270 f.

<sup>411</sup> GOLDSCHMIDT 233.

<sup>412</sup> GOLDSCHMIDT 237.

<sup>413</sup> Es ist typisch, dass das Fehlen einer solchen Lösung gerade in einem bankrechtlichen Kontext beklagt wird; FASSBENDER 1 f. erwähnt, dass der Anstoss zu seiner Arbeit der (deutsche) Bankrechtstag 1992 gab. Dieser war den Aufklärungspflichten gewidmet. Zu den Gründen, weshalb die (bankrechtlichen) Informationspflichten sehr eng mit der Wissenszurechnung verknüpft sind, siehe hinten S. 320 ff.

nerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten» einen grossen Teil der Wissenszurechnung,<sup>414</sup> bevor er auf beweisrechtliche und spezifisch bankrechtliche Aspekte zu sprechen kommt.

FASSBENDER untersucht zuerst das Verhältnis von Wissen zur Wahrnehmung aus der Sicht der Psychologie. Daraus gehe hervor, dass die «Wahrnehmung von Bedeutungsinhalten» ebenso wie deren Speicherung von einer «internen Wertung» abhängt, welche die Wahrnehmungs- und Speicherkriterien vorgibt.<sup>415</sup> Ebenfalls für die Evaluierung von Zurechnungskriterien fruchtbar zu machen ist die Feststellung, dass Wahrnehmung aus biologischer Sicht die Funktion der Verhaltenssteuerung hat<sup>416</sup> und ergo Wissen immer in einem engen Zusammenhang mit dem von diesem gesteuerten Verhalten steht.<sup>417</sup> Die Argumentation von FASSBENDER geht anschliessend dahin, dass das Recht als Sollensordnung den dargestellten «seinsgesetzliche[n] Befund» zu beachten habe,<sup>418</sup> es sei denn, «zwingende rechtspolitische Bedürfnisse» würden dagegen sprechen.<sup>419</sup>

Nachdem FASSBENDER die Berufung auf die §§ 166, 831 und 278 BGB jedenfalls zur Begründung einer verhaltensunabhängigen Wissenszurechnung ablehnt,<sup>420</sup> kritisiert er anschliessend unter Bezugnahme auf die mehrfach erwähnte Entscheidung vom 2. Februar 1996 die vom BGH für die Beurteilung der Zurechnung herangezogenen Argumente<sup>421</sup>, nämlich «Verantwortung für das einmal erlangte Wissen», «Gleichstel-

<sup>414</sup> FASSBENDER 23–173.

<sup>415</sup> FASSBENDER 29 f.

<sup>416</sup> FASSBENDER 30.

<sup>417</sup> FASSBENDER 32.

<sup>418</sup> Da sie als «Richtschnur auf der Suche nach dem «richtigen Recht» dienen können, FASSBENDER 42.

<sup>419</sup> FASSBENDER 43, der a. a. O. eine Abweichung bereits gestatten will, wenn diese notwendig ist, damit das Privatrecht seiner «sozialen Ausgleichsfunktion gerecht» werde. Als Beispiel nennt er dabei das «Phänomen der arbeitsteiligen Wirtschaft und der betrieblichen Organisation ... wo einem Einzelnen [eine] organisierte Einheit gegenübertritt».

<sup>420</sup> FASSBENDER 46 ff., wobei er sowohl die direkte wie die analogieweise Heranziehung dieser Gesetzesbestimmungen ablehnt, mangels eines «analogiefähigen Rechtsgedanken[s]», op. cit. 119.

<sup>421</sup> FASSBENDER 120 bezeichnet die Begründung als «rein rechtspolitisch oder teleologisch begründete Wissenszurechnung unter Verwendung scheinbarer [!] Plausibilitätsargumente».

lung» von juristischen mit natürlichen Personen, «Gedanken des Verkehrsschutzes» sowie «Risiko aus der Wissensaufteilung»<sup>422</sup>. Gestützt auf die Ablehnung auch dieser Begründungsmöglichkeit gelangt FASSBENDER zur «Einsicht, dass «innerbetrieblich vorhandene Kenntnisse nicht im Wege einer Wissenszurechnung berücksichtigt werden dürfen».<sup>423</sup> Seiner Ansicht nach ist eine Wissenszurechnung als solche abzulehnen; als richtigen Lösungsweg sieht er vielmehr eine Zurechnung von Wissen nur in Verbindung mit den für den jeweiligen Tatbestand erforderlichen Tatbestandsmerkmalen, die gleichsam in einer Person vereint sind: «In der Regel wird es nur auf die Bewusstseinsverfassung eines bestimmten Einzelnen ankommen, nämlich desjenigen, der im jeweiligen Wissenszusammenhang als Handelnder erscheint.»<sup>424</sup> Damit kommt der «Bestimmung des massgeblichen Wissenssubjekts» entscheidende Bedeutung zu<sup>425</sup>, und sie dient zugleich der Abgrenzung aller Personen, auf deren Wissen es nicht ankommen soll. FASSBENDER schliesst dabei nicht nur Personen – «gleich auf welcher Entscheidungsebene» –, welche sachlich eine andere Aufgabe erfüllen, vom Zurechnungskreis aus, sondern auch solche, die in räumlicher Hinsicht getrennt sind<sup>426</sup>. Im Falle einer «vertikalen Wissensverlagerung» die sich dadurch auszeichnet, dass «Wissen auf ... hierarchisch abgestufte Stellen verteilt ist», rechnet FASSBENDER dagegen Wissen grundsätzlich im Rahmen der Wertungen von § 166 BGB zu.<sup>427</sup>

FASSBENDERS zurechnungsfeindlicher Ansatz zeichnet sich damit einerseits dadurch aus, der absoluten Wissenszurechnungstheorie (zu Recht) eine Absage zu erteilen. Weil er auch nicht auf eine funktionale Wissenszurechnung abstellt, sondern Wissen nur in eng definierten, mit § 166 BGB vergleichbaren Situationen zurechnet, unterbleibt im weiten Bereich der horizontalen Wissensverlagerung eine Zurechnung, dies in nicht vertretbarer Weise<sup>428</sup>. Sein Konzept bleibt zudem insofern inkonsequent, als FASSBENDER einerseits zur Begründung seiner restriktiven Haltung bei der horizontalen Wissensverlagerung die formale absolute Wissenszurechnungstheorie ablehnt, umgekehrt aber gestützt auf die formale Vertretertheorie (die § 166 BGB letztlich zugrunde liegt) Wissenszurechnung nur im engen Bereich der vertikalen Wissensverlagerung zulässt und damit gleichzeitig die horizontale Wissenszurechnung ausschliesst.

<sup>422</sup> FASSBENDER 120. Auf FASSBENDERS Auseinandersetzung mit diesen Kriterien wird hinten S. 133 eingegangen.

<sup>423</sup> FASSBENDER 150.

<sup>424</sup> FASSBENDER 158 f.

<sup>425</sup> FASSBENDER 150.

<sup>426</sup> Z. B. in anderen Filialen tätig sind, FASSBENDER 158.

<sup>427</sup> FASSBENDER 162 ff.

<sup>428</sup> Etwa wenn Wissen von sachlich oder räumlich «getrennten» Personen generell nicht berücksichtigt werden soll.

h) Hinweis: Monographien von ADLER, BOTT, ERTEL, HEIDRICH

Die in den neuen Monographien von ADLER, BOTT, ERTEL und HEIDRICH vertretenen Auffassungen werden hinten beim Entwurf eines eigenen Modells zur Bestimmung der Wissenszurechnung herangezogen.<sup>429</sup>

i) Hinweis: Beiträge von TAUPITZ, MEDICUS, CANARIS, HAUSHEER, GRUNEWALD; KOLLER, WALTERMANN, FLUME, BOHRER

Die in der Überschrift genannten Autoren haben sich ebenfalls, z. T. in sehr grundlegender Weise, zur Wissenszurechnung geäußert. Auf sie wird im Folgenden an verschiedenen Orten u. a. zur Lösung von Spezialfragen Bezug genommen. Die Äusserungen von TAUPITZ, MEDICUS, CANARIS<sup>430</sup> und HAUSHEER stehen in enger Verbindung, da sie allesamt anlässlich des Karlsruher Forums 1994 über «Möglichkeiten der Wissenszurechnung» erfolgten. Auf sie wird unten ausführlich bei der Entwicklung des eigenen Zurechnungsmodells eingegangen<sup>431</sup>. Das Gleiche gilt für die Aufsätze von KOLLER, WALTERMANN, FLUME und BOHRER, die vorab Auseinandersetzungen mit BGH-Urteilen darstellen, auf die zur Entwicklung des eigenen Zurechnungsmodells z. T. zurückgegriffen werden wird.<sup>432</sup>

#### IV. Zusammenfassung und Fazit

Wie TAUPITZ für das deutsche Recht feststellte, ist die Organtheorie «v. GIERKE'scher Provenienz» als Grundlage der modifikationslosen Zurechnung des Wissens der Organe auf die juristische Per-

<sup>429</sup> S. 157 ff.

<sup>430</sup> Auf das von CANARIS in seinem «Bankvertragsrecht» kurz entwickelte Wissenszurechnungskonzept bei Banken wird hinten eingegangen, S. 216.

<sup>431</sup> Hinten S. 181 ff.

<sup>432</sup> Hinten S. 181 ff.

son *nicht Gesetz* geworden<sup>433</sup>. Dies gilt auch für die Schweiz<sup>434</sup>. Hinzu kommt, dass die Richtigkeit der Annahme, von GIERKE sei für eine absolute Zurechnung des Wissens der Organglieder auf die juristische Person eingetreten, wie oben gesehen zumindest fraglich ist<sup>435</sup>, was ein weiterer Grund ist, der Organtheorie nicht spezifisch legitimierende Wirkung zuzugestehen.

In Deutschland hielt sich die ältere *Judikatur* relativ stark an die auf der Organtheorie fussende Theorie der absoluten Wissenszurechnung,<sup>436</sup> um dann allerdings spätestens 1996 eine deutliche Abkehr davon zu machen, hin zu einer funktional begründeten Wissenszurechnung<sup>437</sup>. Die *schweizerische Judikatur* pendelt zwischen faktischem Abstellen auf die Organtheorie und der Heranziehung rein funktionaler Ansätze – es entsteht der Eindruck, je nach gewünschtem Resultat<sup>438</sup> werde – in durchaus effizienter Weise – die dafür gerade ausreichende und mit geringstem Aufwand vertretbare Begründung herangezogen.<sup>439</sup> Erst in jüngster Zeit – vorab im besprochenen versicherungsrechtlichen Entscheid vom 21. 8. 2001<sup>440</sup> – setzt das Bundesgericht nun ganz auf eine funktional begründete Wissenszurechnung, wobei insbesondere den Kriterien der objektiven Abrufbarkeit und damit auch der Frage der Wissensorganisation entscheidende Bedeutung zukommt, ohne dass diese Kriterien allerdings näher präzisiert würden.<sup>441</sup>

<sup>433</sup> TAUPITZ Anmerkung zu BGH 734.

<sup>434</sup> Für das schweizerische Recht siehe vorne S. 40 ff.

<sup>435</sup> VON GIERKE brachte an der betreffenden Stelle nämlich eine von der Lehre bisher nicht beachtete Relativierung an, indem er von der Zurechnung des Wissens der dafür *geeigneten* Organe auf die juristische Person sprach; vgl. dazu vorne S. 41.

<sup>436</sup> Vgl. vorne S. 57 ff.

<sup>437</sup> Vgl. vorne S. 59 ff.

<sup>438</sup> Im Resultat erscheinen alle vorne (S. 46 ff.) genannten Urteile des Bger., soweit dies aufgrund des nur beschränkt verfügbaren Sachverhalts überhaupt beurteilt werden kann, richtig entschieden zu sein.

<sup>439</sup> Vgl. vorne S. 52 ff.

<sup>440</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001. Siehe dazu ausführlich vorne S. 56 f. und S. 101 ff. Die dort vollzogene Praxisänderung wurde in gewisser Hinsicht bereits im BBC-Entscheid (vorne S. 47 f.) und vor allem im Bger.-Urteil 4C.335/1999 vom 25. 8. 2000 (vorne S. 53 f.) vorbereitet.

<sup>441</sup> Allerdings bleibt abzuwarten, ob das Gericht seine bezeichnenderweise im Versicherungsvertragsbereich vollzogene Praxisänderung auch bei nicht regulierten

Die *Literatur* lässt sich grundsätzlich in zwei Lager aufteilen: viele Kommentar- und Standardwerke neigen immer noch recht deutlich der Wissenszurechnung gestützt auf die Organtheorie zu. Die Monographie- und Aufsatzliteratur vertritt dagegen unterschiedliche Begründungsansätze, die von der Zurechnung gestützt auf analoge Anwendung von im Stellvertretungsrecht bekannten Prinzipien bis hin zu neuen, funktionalen Ansätzen reichen.<sup>442</sup>

## § 4 Exkurs: Versicherungsvertragsrecht

### I. Bedeutung der Wissenszurechnung im Versicherungsgeschäft

Die Wissenszurechnung im Versicherungsvertragsrecht zeichnet sich durch eine grosse Eigenständigkeit im Vergleich mit der Entwicklung der Wissenszurechnung im Allgemeinen aus.<sup>443</sup> Deshalb wird die Wissenszurechnung im Versicherungsgeschäft hier separat behandelt, auch wenn naturgemäss Überschneidungen mit den vorangehenden §§ 1–3 bestehen.

Fragen der Wissenszurechnung sind im Versicherungsgeschäft von besonderer Bedeutung, weil sich dieses durch eine starke Informationsasymmetrie auszeichnet: Der Dienstleistungsabnehmer, d. h. der (potentielle) Versicherte, kennt seine Risikosituation wesentlich besser als der Dienstleistungsanbieter, d. h. der Versi-

juristischen Personen in der gleichen Konsequenz zur Anwendung bringen wird. Dabei sollte man sich vergegenwärtigen, dass sich die Praxis zur Wissenszurechnung nicht linear entwickelte, sondern pendelartig bald formalen Ansätzen, bald wiederum funktionalen Begründungen zuwandte (siehe zu dieser Entwicklung vorne S. 46 ff.).

<sup>442</sup> Vgl. vorne S. 62 ff.

<sup>443</sup> Dies gilt für Deutschland wie für die Schweiz. Es lässt sich wohl behaupten, dass es keinen anderen Bereich ausserhalb des Versicherungsgeschäfts gibt, der die Gerichte so intensiv mit Fragen der Wissenszurechnung beschäftigt hat. Für Deutschland vgl. dazu MEYER-REIM 1138 ff. mit einer bei der Rechtsprechung des Reichsgerichts beginnenden Judikaturübersicht sowie PRÖLLS/MARTIN-KOLLEHOSER § 44 N 2; vgl. auch BerlinerKommentar-GRUBER Art. 44 VVG N 1 ff. Für die Schweiz vgl. die ausführliche Übersicht bei BSK-NEF Art. 8 VVG N 19 ff., der auch die kantonale Rechtsprechung umfassend zitiert.

cherer. Letzterer bedarf jedoch für den Vertragsschlussentscheid, die Preisgestaltung seiner Produkte und die Anbringung allfälliger Deckungsvorbehalte umfassender Informationen über die Versicherungsrisiken. Wie auf anderen Märkten mit asymmetrischer Informationsverteilung, hier aber aufgrund der Geschäftsart in besonders intensiver Weise, würde dieses Wissensgefälle, wenn es nicht ausgeglichen wird, zu einer «negativen Auslese» führen. Denn tendenziell werden «den Versicherern ... die schlechteren Risiken angedient»<sup>444</sup>. Da eine solche negative Selektion langfristig den Interessen der Gesamtheit der Versicherungsnachfrager schaden würde<sup>445</sup>, wurde dem Ausgleich der Informationsasymmetrie

<sup>444</sup> MEYER-REIM 1137 mit Hinweisen auf die versicherungswirtschaftliche Literatur, welche hier von «Antiselektion» spricht, op. cit. 1138 Fn. 1.

<sup>445</sup> Der Versicherer müsste die Versicherungsprämien stets erhöhen; aufgrund fehlender Kenntnisse der genauen Risiken würden tendenziell zu hohe Prämien festgelegt. Umgekehrt kann allerdings eine stets exaktere Risikoevaluation auch dazu führen, dass «Sicherheitsmargen», die bei ungenauerer Kalkulation zwangsweise «eingebaut» wurden, zusehends eliminiert werden, um die Eigenkapitalrentabilität zu verbessern. Eine analoge Diskussion wird zurzeit im Bankrecht im Zusammenhang mit der Revision der Eigenmittelunterlegungsvorschriften durch den neuen Basler Accord geführt, wo z. T. die Meinung vertreten wird, hoch sophistische Eigenmittelbestimmungsmethoden bzw. deren regulatorische Sanktionierung würden mangels eines «safety cushion» das Risiko zu geringerer Eigenmittelunterlegung erhöhen, vgl. dazu etwa HEINZ ZIMMERMANN, «VaR-at-Risk» – oder der aufhaltsame Aufstieg eines zweifelhaften Paradigmas, *Manager Bilanz* 4 (1999) Nr. 2, S. 12 ff.; siehe auch DANIEL ZUBERBÜHLER Revision des Capital Accord des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in Nobel (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* Heft, 8/1999 Bern 2000. Im Versicherungsgeschäft hat das aufgrund neuer Technologien zunehmend befriedigbare Bedürfnis nach stets genaueren Kenntnissen der Risiken auch sozialpolitische Aspekte, indem es dadurch zu einer Entsolidarisierung kommen kann, man denke etwa an die (noch eher theoretische) Diskussion, ob z. B. für die Risikoauswahl bei (freiwilligen) Zusatzkranken- oder Lebensversicherungen auf Gentestdaten abgestellt werden sollte, vgl. dazu Heinz HAUSHEER DNS-Analyse und Recht: Eine Auslegeordnung ZBJV 1992 493 ff. sowie den Hinweis von BSK-NEF Art. 4 N 38, wonach die Schweizerische Vereinigung privater Lebensversicherer ihren Mitgliedern davon abrät, von Versicherungssuchenden Gentests zu verlangen. Vgl. dazu auch WACHENDORF EICHENBERGER/GERBER Genetische Untersuchungen im Arbeits- und Privatversicherungsrecht, in *Information & Recht*, in Cottier/Rüetschi/Sahlfeld (Hrsg.), Basel/Genf/München 2002 331 ff.

durch Statuierung umfassender Informationspflichten (technisch: Anzeigepflichten) seitens des Versicherungsnehmers besondere Aufmerksamkeit geschenkt<sup>446</sup>. Damit einhergehend kam der Frage, wann der Versicherungsnehmer bzw. der Versicherer ein (erhöhtes) vorbestehendes Risiko kannte oder hätte kennen müssen, seit jeher grosse Bedeutung zu.

Das Problem der *Wissenszurechnung* stellte sich dabei v. a. auf Seiten des Versicherers<sup>447</sup>. Neben der stark arbeitsteiligen internen Organisation von Versicherungsunternehmen und dem Beizug von externen Agenten im Produktvertrieb ist die (in der Schweiz regulatorisch vorgeschriebene) Trennung zwischen verschiedenen Versicherungszweigen<sup>448</sup> als Grund zu nennen. In Anbetracht dessen mag es erstaunen, dass ausgerechnet die einzige Wissenszurechnungsnorm des schweizerischen Privatrechts, nämlich Art. 5 VVG, sich gerade nicht mit der Wissenszurechnung auf Seiten des Versicherers, sondern derjenigen des Versicherten beschäftigt. Im deutschen Recht (Art. 44 dVVG) ist dagegen das an erster Stelle stehende Problem der Wissenszurechnung, das sich aus der Zu-

<sup>446</sup> Illustrativ ist in diesem Zusammenhang die alte englische Gerichtspraxis, die sich vor allem mit Seeversicherungen befasste. In diesem Bereich wurde schon im 18. Jahrhundert dem (potentiellen) Versicherungsnehmer eine umfassende vorvertragliche Aufklärungspflicht auferlegt; dieses Konzept wurde später in anderen Versicherungsbereichen eingeführt, vgl. dazu den interessanten Überblick bei BSK-NEF Art. 4 N 60. Anders als das schweizerische und deutsche Recht, welche eine Frageobliegenheit des Versicherers statuieren (vgl. Art. 4 VVG), kennt das englische Recht eine *spontane* Aufklärungspflicht (BSK-NEF Art. 4 N 61 mit ausführlichem Überblick über das einschlägige «case law») – adäquat für professionelle Gegenparteien im Bereich der Seeversicherung, wo sich diese Pflicht wie erwähnt entwickelt hat, unpassend dagegen für das Versicherungsgeschäft mit «Retail»-Kundschaft.

<sup>447</sup> Weniger seitens des Versicherten, soweit es sich dabei um eine natürliche Person handelt. Allerdings können sich auch bei diesen Zurechnungsprobleme ergeben, etwa bei Versicherungen auf fremde Leben.

<sup>448</sup> Art. 13 Abs. 1 VAG statuiert eine grundsätzlich Sparten-trennung zwischen Lebens- und Sachversicherungen; diese gilt nur auf die einzelnen Versicherungseinrichtungen (juristische Person, Genossenschaft), nicht dagegen für Konzerne. Entsprechend hatte sich die Judikatur, wie hinten S. 101 ff. gezeigt wird, mit der konzernweiten Wissenszurechnung zwischen «Leben-» und «Nichtleben»-Gesellschaften zu befassen.

sammenarbeit des Versicherers mit Agenten ergibt, explizit normiert<sup>449</sup>.

## II. Die Funktion der Wissenszurechnung und ihre Einbettung im versicherungsrechtlichen Normenkomplex

Damit der Versicherer die oben erwähnte Beurteilung des Versicherungsrisikos korrekt vornehmen kann, bestimmt Art. 4 Abs. 1 VVG: «Der Antragsteller hat dem Versicherer anhand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen.»<sup>450</sup> Wird diese «Pflicht»<sup>451</sup> verletzt, so kann der Versicherer innert vier Wochen «nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrage zurück[treten]»<sup>452</sup>. Wissenszustände – und mit ihnen zwingend gegebene Wissenszurechnungsprobleme – sind darüber hinaus noch von weiterer, grösster Bedeutung. Denn der Vertragsrücktritt als (zu) harte Sanktion<sup>453</sup> der nach aktueller Gerichtspraxis verschul-

<sup>449</sup> § 44 dVVG: «Soweit nach den Vorschriften dieses Gesetzes die Kenntnis des Versicherers von Erheblichkeit ist, steht die Kenntnis eines nur mit der Vermittlung von Versicherungsgeschäften betrauten Agenten der Kenntnis des Versicherers nicht gleich.» Zu dieser Norm und ihrer faktischen Aufhebung durch die so genannte «Auge und Ohr»-Rechtsprechung des BGH nachfolgend hinten S. 94 ff.

<sup>450</sup> Art. 4 Abs. 1 VVG (Kursivdruck eingefügt).

<sup>451</sup> Juristisch-technisch ausgedrückt handelt es sich bloss um eine *Obliegenheit*, so auch BSK-NEF Art. 4 N 2 und MAURER 259.

<sup>452</sup> Art. 6 VVG (Kursivdruck eingefügt). In ähnlicher Weise ist die Verletzung der Obliegenheit zur Information des Versicherers über nach Abschluss des Vertrags eingetretene gefahrerhöhende Umstände geregelt, s. insbes. Art. 28 und 32 VVG; darauf wird nicht eingegangen, da sich hier bezüglich der Wissenszurechnung nicht spezielle, von der anlässlich des Vertragsabschlusses gegebenen Anzeigepflicht abweichende Probleme ergeben.

<sup>453</sup> Diesbezüglich ist auch zu bedenken, dass es für einen Rücktritt, der in der Praxis sehr oft erst anlässlich eines Schadensereignisses relevant wird, nicht des Kausalzusammenhangs zwischen der Anzeigepflichtverletzung und dem konkreten

densunabhängigen<sup>454</sup> Anzeigepflichtverletzung ist u. a. ausgeschlossen, «wenn der Versicherer die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss»<sup>455</sup> bzw. «die unrichtig angezeigte Tatsache richtig gekannt hat oder gekannt haben muss»<sup>456</sup>.

Diese Wissensnormen<sup>457</sup> äussern sich nicht zur Frage, auf wessen Wissen es auf Seiten der Versicherung<sup>458</sup> ankommt, obwohl sich die Klärung dieses Punktes wie bereits erwähnt gerade hier aufdrängen würde. Ist es doch im Versicherungsgeschäft faktisch und aufgrund der aufsichtsrechtlichen Struktur<sup>459</sup> und Organisationsanforderungen<sup>460</sup> ausgeschlossen, dass der Versicherer gleichsam als Einmannunternehmung operiert. Zudem zieht der Versicherer regelmässig Agenten für den Produktvertrieb bei. Im Gegensatz zum VVG regelt das dVVG die sich daraus ergebende Frage, inwieweit das Wissen von solchen Agenten dem Versicherungsunternehmen zuzurechnen ist, explizit.<sup>461</sup> Im Folgenden<sup>462</sup> soll auf diese Frage eingegangen werden. Die deutsche Rechtslage

Schadensereignis bedarf. Der VE zur Revision des VVG verlangt nun sowohl den Kausalzusammenhang als auch ein Verschulden, siehe dazu BSK-NEF Art. 6 N 8 ff.

<sup>454</sup> BGE 116 II 338, insbes. 341.

<sup>455</sup> Art. 8 Ziff. 3 VVG.

<sup>456</sup> Art. 8 Ziff. 4 VVG.

<sup>457</sup> Zur hier verwendeten Bedeutung des Begriffs Wissensnorm siehe vorne S. 6.

<sup>458</sup> Dagegen regelt Art. 5 VVG die Wissenszurechnung auf Seiten des Versicherten, wenn dieser beim Versicherungsvertragsabschluss arbeitsteilig (durch einen Vertreter oder bei Versicherung für fremde Rechnung) vorgeht (im Folgenden wird darauf nicht mehr eingegangen). Art. 5 Abs. 1 VVG statuiert – materiell gleich wie nach heutiger Auffassung im Vertretungsrecht allgemein –, dass das Wissen von Vertreter und Vertretenem zusammenzurechnen sei. Art. 5 Abs. 2 VVG, der die Versicherung für fremde Rechnung regelt, statuiert ebenfalls die Zurechnung des Wissens des versicherten Dritten auf den Vertragsabschliessenden, es sei denn, der Versicherte habe vom Vertragsabschluss nichts gewusst oder er habe den Antragsteller nicht «rechtzeitig[.]» benachrichtigen können. Siehe dazu BSK-NEF Art. 5 N 14–17.

<sup>459</sup> Gemäss Art. 11 VAG müssen Versicherungsunternehmen die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder Genossenschaft aufweisen.

<sup>460</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. a, b VAG.

<sup>461</sup> § 44 dVVG, vorne in Fn. 449 im vollen Wortlaut wiedergegeben.

<sup>462</sup> Hinten III.

wird dabei zuerst betrachtet, da diese die bundesgerichtliche Praxis wesentlich geprägt hat.<sup>463</sup>

### III. Das Wissen des Versicherers

#### 1. Weiss die Versicherung, was ihr Agent weiss?

##### a) Deutschland

§ 44 dVVG bestimmt, dass «die Kenntnis eines nur mit der Vermittlung von Versicherungsgeschäften betrauten Agenten der Kenntnis des Versicherers nicht gleich[steht]». Diese Bestimmung ist in Zusammenhang mit § 166 BGB zu sehen, der eine umfassende Zurechnung des Wissens des Stellvertreters (was der in § 44 dVVG genannte Vermittlungsagent nicht ist) auf den Vertretenen vorschreibt.<sup>464</sup> Lange Zeit folgte die deutsche Rechtsprechung dieser Unterscheidung: Sie rechnete dem Versicherer nur

<sup>463</sup> Auf die Frage, wie sich das Wissen des Versicherungsnehmers bestimmt, wird nur kurz in dieser Fussnote eingegangen, da die diesbezügliche Praxis sich nicht von der allgemeinen Beurteilung der Frage, wann eine natürliche Person etwas weiss bzw. wissen musste, unterscheidet. Auch hier wird Wissen («bekannt sind», Art. 4 Abs. 1 VVG; «kannte», Art. 6 VVG) mit subjektiver «Kenntnis» gleichgesetzt (MAURER 254 sowie BSK-NEF Art. 4 N 26). Unter Wissenmüssen («bekannt sein müssen», Art. 4 Abs. 1 VVG; «kennen musste», Art. 6 VVG) wird dem Versicherungsnehmer zugerechnet, was «ihm bei korrektem und loyalen Verhalten, d. h. bei zumutbarer Aufmerksamkeit, ins Bewusstsein gelangen» konnte, dies im Sinne eines objektivierten Standards, so BSK-NEF Art. 4 N 26 mit w.H. auf Literatur und Judikatur; MAURER 254 spricht dagegen zu Recht «nicht von einer absoluten, sondern nur von einer relativen Objektivierung», da auch Umstände des Einzelfalles, «wie Intelligenz, Bildung, Erfahrung sowie ... die Situation» des Antragsstellers zu berücksichtigen seien (MAURER loc. cit.). Bei der Beurteilung des Wissens und des Wissenmüssens von Versicherungsnehmern stellen sich damit im Wesentlichen Beweisprobleme. Entsprechend befasst sich die Literatur denn auch mehr mit der materiell-rechtlich komplexeren Frage des Wissens des *Versicherers*, siehe etwa MEYER-REIM; AFFOLTER; TAUPITZ Karlsruher Forum; ALFRED KOLLER Verletzung der Anzeigepflicht. Zu den neueren Ansätzen von MEDICUS, wie er sie in seinem Beitrag zum Karlsruher Forum 1994 vertreten hat, siehe ausführlich hinten S. 117 ff. im Zusammenhang mit dem Gleichstellungsprinzip.

<sup>464</sup> Siehe vorne S. 20 f.

das Wissen von Abschlussagenten, die als eigentliche Vertreter gemäss § 166 BGB zu qualifizieren sind, zu. Dass dieses Abstellen auf den Gedanken von § 166 BGB falsch ist, wurde vorne gezeigt<sup>465</sup>; § 166 BGB befasst sich nur mit der Wissenszurechnung in Stellvertretungsverhältnissen und enthält keinerlei (negativen) Aussagen zur Wissenszurechnung ausserhalb solcher<sup>466</sup>. In seinem wichtigen «Auge und Ohr»-Urteil von 1987 setzte sich der BGH denn auch über den Wortlaut § 44 dVVG hinweg und entschied, dass das Wissen von Agenten, egal ob es sich um Abschluss- oder Vermittlungsagenten handelt, dem Versicherer grundsätzlich zuzurechnen ist, es sei denn, der Agent habe das Wissen «ausserhalb seiner Agententätigkeit und ohne Zusammenhang mit dem betr. Versicherungsvertrag erlangt»<sup>467</sup>. Zwar liefert der BGH für seine Entscheidung eine dogmatische Begründung, indem er ausführt, dass die Entgegennahme von Versicherungsanträgen und die Kenntnisnahme von anlässlich diesen gemachten Angaben einen einheitlichen (rechtsgeschäftlichen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen) Lebensvorgang darstellten.<sup>468</sup> Dass hier im Kern jedoch eine Wissensbestimmung gestützt auf funktionale Kriterien vorliegt, geht daraus hervor, dass erstens der BGH in der gleichen Entscheidung nicht nur das Wissen von Agenten, sondern überhaupt von sämtlichen Personen, die in den Abschluss des Vertrags involviert sind, zurechnet, und zweitens auch Wissen zugerechnet wird, das nicht anlässlich der Entgegennahme von Willenserklärungen kommuniziert wurde<sup>469</sup>.

Wie sogleich gezeigt werden wird, hat sich die schweizerische Judikatur, die von der überkommenen Unterscheidung von § 44

<sup>465</sup> Siehe vorne S. 20 ff.

<sup>466</sup> So auch MEYER-REIM 1138 sowie vorne S. 20 ff. bei der Behandlung der Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht. M.a.W. kann aus der Regelung der Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht nicht geschlossen werden, ausserhalb von Stellvertretungsverhältnissen gebe es bei arbeitsteiligem Agieren generell keine Wissenszurechnung.

<sup>467</sup> BGH 11. 11. 1987, VersR 1988, 234, zitiert nach BSK-FUHRER Art. 34 N 122. (Kursivdruck eingefügt.)

<sup>468</sup> BGH 11. 11. 1987, siehe vorangehende Fn.

<sup>469</sup> Z. B. solches im Zusammenhang mit Schadenanzeigen.

dVVG geprägt worden ist, dagegen (noch) nicht zu einer Änderung ihrer Praxis im Sinne des «Auge und Ohr»-Urteils durchringen können.<sup>470</sup>

## b) Schweiz

Beeinflusst von der Differenzierung in § 44 dVVG zwischen Vermittlungs- und Abschlussagenten stehen die wohl h.L. und die kantonale und eidgenössische Gerichtspraxis auf dem Standpunkt, (auch)<sup>471</sup> für die Wissenszurechnung sei zwischen diesen beiden Typen der Versicherungsagentur zu unterscheiden<sup>472</sup>. Danach ist das Wissen des vertretungsberechtigten Abschlussagenten<sup>473</sup> dem Versicherer vollumgänglich zuzurechnen, nicht aber dasjenige des nicht vertretungsbefugten Vermittlungsagenten<sup>474, 475</sup>. Relativierende Tendenzen, die auf eine Überwindung

<sup>470</sup> Dies wird überzeugend kritisiert von BSK-FUHRER Art. 34 N 123, der mit guten Argumenten sogar vorschlägt, die unbefriedigende Unterscheidung zwischen Vermittlungs- und Abschlussagenten zugunsten einer einheitlichen Vertretungsmacht für alle Vermittler aufzugeben, BSK-FUHRER Art. 34 N 165 und zu Recht deutlich fordert: «Die heutige Praxis sollte deshalb zu Gunsten der Auge-und-Ohr-Rechtsprechung des BGH geändert werden.» (BSK-FUHRER Art. 34 N 123.) Ebenfalls ablehnend gegenüber der schweizerischen Gerichtspraxis («rein begrifflich und nicht überzeugend») AFFOLTER 10.

<sup>471</sup> Daneben unterscheidet sich danach *auch* – zu Recht, wenn man an der Unterscheidung festhält – *und in erster Linie* die Frage der (rechtsgeschäftlichen) Vertretungsbefugnis, vgl. dazu nachfolgend im Text.

<sup>472</sup> Das allgemeine Agenturvertragsrecht, das erst mit der Gesetzesnovelle von 1949, also mehr als vierzig Jahre nach der Regelung der Versicherungsagentur im VVG von 1908, mit den Art. 418a–418v in das OR eingefügt wurde und das gemäss Art. 418e Abs. 3 OR die Art. 34 und 44 Abs. 3 VVG ausdrücklich vorbehält, enthält eine Vermutung zugunsten der Vermittlungsagentur (in Art. 418a Abs. 1 OR; vgl. dazu BSK-WETTENSCHWILER Art. 418a OR N 6). Instruktiv zu den verschiedenen Schichten der Rechtsstellung des Versicherungsagenten KUHN 7 ff.

<sup>473</sup> Dessen Stellung zeichnet sich dadurch aus, dass er Versicherungsanträge ablehnen oder annehmen sowie Versicherungsverträge abändern kann etc., vgl. dazu MAURER 209. Gemäss BGer.-Urteil 5C.244/2002 vom 20.1.2003, Erw. 3, erfolgt eine Wissenszurechnung auch im Falle einer blossen Anscheinsvollmacht des Agenten.

<sup>474</sup> Der Versicherungsvermittlungsagent kann, wie der Agent im Rahmen der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 418a OR, nur Vertragsabschlüsse vermitteln, d. h., er kann Anträge nur an den Versicherer *weiterleiten*, damit dieser über Annahme oder Ablehnung entscheide, MAURER 209.

der Unterscheidung immerhin in Ausnahmefällen hinzielen, sind in der Lehre jedoch festzustellen. So hält etwa MAURER zwar am Prinzip fest: «Er [der Versicherer] muss sich das Wissen des Agenten [gemeint ist ausschliesslich der Abschlussagent] z. B. hinsichtlich der Gefahrstatsachen als eigenes anrechnen lassen.»<sup>476</sup> Umgekehrt schliesst MAURER jedoch eine Zurechnung des Wissens des Vermittlungsagenten auf den Versicherer nicht absolut aus, so etwa im Zusammenhang mit unrichtiger Beratung des Versicherungsnehmers durch den Agenten über die anzeigepflichtigen Umstände.<sup>477</sup> Allerdings liegt hier genau betrachtet wohl oft der Fall der Veranlassung des Versicherungsnehmers zu unrichtigen oder unvollständigen Angaben vor, für den Art. 8 Ziff. 2 VVG unabhängig von der Wissenszurechnung explizit das ansonsten gegebene Rücktrittsrecht des Versicherers ausschliesst, was im Ergebnis einer Zurechnungsnorm gleichkommt. KOLLER hält die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Vermittlungs- und Abschlussagentur zwar ebenfalls für zutreffend (unter Hinweis darauf, dies sei «in Übereinstimmung mit der ... Rechtsprechung»), will allerdings das Prinzip insofern relativieren, als er dem Versicherer auch das Wissen des Vermittlungsagenten zurechnet, wenn diesem Risikoprüfungsaufgaben übertragen sind, dies in Anlehnung an einen Teil der deutschen Lehre<sup>478</sup>.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Gerichtspraxis<sup>479</sup> und die traditionelle Lehre die unterschiedliche Behandlung von Ab-

<sup>475</sup> So BGE 111 II 388, 393 (siehe dazu auch nachfolgend hinten S. 98); 96 II 204, 214 f.; 73 II 50, 53 f.; 68 II 328, 333 sowie die kantonale Rechtsprechung, vgl. dazu den ausführlichen Überblick bei VVG-NEF Art. 8 N 26 m. w. H. zur Literatur.

<sup>476</sup> MAURER 209.

<sup>477</sup> MAURER 209.

<sup>478</sup> ALFRED KOLLER Verletzung der Anzeigepflicht 63. Er beruft sich dabei auf BRUCK-MÖLLER Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1961, § 16 N 37. Es wäre interessant zu wissen, ob die Formulierung der ausnahmsweisen Wissenszurechnung umfassender ausgefallen wäre, wenn zur Zeit der Niederschrift von KOLLERS Aufsatz die berühmte «Auge und Ohr»-Entscheidung des BGH (dazu vorne S. 95), die bloss wenige Monate nach Erscheinen von KOLLERS Aufsatz erging, schon vorgelegen hätte.

<sup>479</sup> BGE 96 II 213 ff.; 73 II 53 f.; 68 II 333.

schluss- und Vermittlungsagenten für die Frage der Wissenszurechnung dogmatisch mit im Stellvertretungsrecht entwickelten Prinzipien begründen<sup>480</sup>.

## 2. Zurechnung anderen Wissens oder Wissenmüssens als dasjenige von Agenten

a) Schweiz

aa) Intern vorhandenes Wissen und externe Datenbanken

Der oben zur unterschiedlichen Behandlung des Wissens von Abschluss- und Vermittlungsagenten zitierte BGE 111 II 388 ff. macht ebenfalls zentrale Aussagen zum Wissen oder Wissenmüssen eines Versicherers, das diesem nicht durch einen Agenten «vermittelt» wird, sondern aus dem Innendienst stammt. In dem diesem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalt war erwiesen, dass der Vermittlungsagent Z., der das Antragsformular selber ausgefüllt hatte, aufgrund der vom Versicherungsnehmer Y gemachten Angaben positive Kenntnis von einer Anzeigepflichtverletzung durch Y gehabt hatte.<sup>481, 482</sup> Mit der oben kritisierten formalen Begründung

<sup>480</sup> So klassisch KOENIG SPR VII/2 527, ohne eine über das Dogmatische hinausgehende Begründung: «Dagegen darf dem Versicherer die Kenntnis des Vermittlungsagenten von Gefahrstatsachen, die dem Versicherer unbekannt geblieben sind, nicht zugerechnet werden.» Anders dagegen zumindest im Grundsatz ALFRED KOLLER Verletzung der Anzeigepflicht 62, der zu der diesbezüglichen Rechtsprechung schreibt, dazu sei «vorab zu bemerken, dass es – entgegen einem gelegentlich erweckten Eindruck – für die Wissenszurechnung (die sog. Wissensvertretung) nicht entscheidend auf die Vertretungsbefugnis ankommt. Die Wissenszurechnung bestimmt sich nach eigenen Kriterien.»

<sup>481</sup> Y. hatte Z. mitgeteilt, dass er zu Lasten der gleichen Versicherungsgesellschaft vor einem Jahr einen Versicherungsbetrag unter Vortäuschung eines Raubüberfalls begangen hatte, wofür Y. dann auch wenige Wochen nach der Antragsannahme verurteilt wurde. Obwohl die kantonale Instanz es – diplomatisch – als «surprenant» bezeichnete (so wiedergegeben in ALFRED KOLLER Verletzung der Anzeigepflicht 64), dass der Agent diesen (fingierten) Schadenfall nicht in das Formular eingetragen hatte, verneinte sie, mit Hinweis auf dessen blosser Stellung als Vermittlungsagent, eine Zurechnung dessen Wissens auf die Versicherungsgesellschaft. Das Bundesgericht stützte diese Auffassung.

<sup>482</sup> Erstaunlich ist, dass, soweit ersichtlich, weder von der Judikatur bedacht noch der Literatur in umfassender Weise problematisiert wird, in welchem grossen po-

lehnte das Bundesgericht die Zurechnung des Wissens dieses Agenten auf den Versicherer ab. Hingegen rechnete es der Versicherung das Wissen um die Anzeigepflichtverletzung zu, da ihr der fragliche Sachverhalt  $\frac{3}{4}$  Jahre vor (!) Annahme des Antrags durch die Unfalldirektorenkonferenz über ein zentrales Informationssystem<sup>483</sup> mitgeteilt worden war. Deshalb, so das Bundesgericht, hätte die Versicherung vom Sachverhalt Kenntnis haben müssen:

«[L]’assureur est censé connaître, en particulier, non seulement les renseignements qui lui sont donnés lors de la souscription d’assurances antérieures ou lors du règlement de sinistres antérieurs, mais même les faits appris par hasard de la bouche de tiers ..., a fortiori les faits jugés assez graves pour un assureur pour devoir être communiqués aux autres assureurs, comme en l’espèce. ... La Genevoise faisait à l’époque partie de la Conférence, qu’il est établi, avec une vraisemblance confinante à la certitude, que sa direction a été dûment informée de l’escroquerie...»<sup>484</sup>

tentiellen Interessenkonflikt sich Versicherungsagenten befinden können, was dieser extreme Fall deutlich aufzeigt: Das Interesse an der Vermittlungsprovision kann dazu führen, dass der Agent jegliche Informationen, welche die Genehmigung des Antrags in Frage stellen könnten, möglichst ignoriert, ohne dass dies nach der gängigen Praxis zu einer Sanktion führen würde, soweit nicht gerade ein Fall der Veranlassung gemäss Art. 8 Ziff. 2 VVG vorliegt. Im Gegensatz dazu sind potentielle Konfliktsituationen im Bankgeschäft seit einiger Zeit Gegenstand der Aufmerksamkeit von Aufsichtsbehörden, Gerichten und Lehre.

<sup>483</sup> Welches anscheinend allen angeschlossenen Versicherern damals zur Verfügung stand.

<sup>484</sup> BGE 111 II 388, 395, Erw. 3c, cc und bb. Da es sich um beim Vertragsabschluss vorhandenes Wissen handelte, war Art. 8 Ziff. 3 VVG anwendbar, welcher der positiven Kenntnis das Wissenmüssen gleichstellt (anders für den Beginn der vierwöchigen Verwirklichungsfrist bezüglich nach Vertragsabschluss bekannt gewordener Tatsachen gemäss Art. 6 VVG, für welchen es nach dem Gesetzeswortlaut bloss auf positive Kenntnis ankommen soll, vgl. dazu etwa ROELLI/KELLER Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag Bd. I Zürich 1968 164). Die heutige Praxis verlangt vom Versicherer allerdings, dass er bei konkreten Verdachtsgründen, welche als solche noch keine positive Kenntnis auszulösen vermögen, weitere Abklärungen trifft, und sie rechnet ihm Kenntnis auch dann zu, wenn der Versicherer sich der Kenntnisnahme recht eigentlich verschliesst, vgl. dazu BSK-NEF Art. 6 N 21ff.

Obwohl das Bundesgericht darauf nicht näher eingeht, setzt es hier einen für die Wissenszurechnung höchst bedeutsamen Standard. Es bezieht damit nämlich das Wissenmüssen auch auf Sachverhalte, die der Versicherungsgesellschaft in der Vergangenheit (durch ein zentrales Informationssystem) in allgemeiner Weise<sup>485</sup> kommuniziert worden waren, selbst wenn die Versicherung diesen Informationen zum damaligen Zeitpunkt keine weitere Bedeutung zumessen musste. Es geht mithin davon aus, dass die Versicherung bei Anwendung der üblichen Sorgfalt im Verkehr solche «Black List»-Informationen, auch wenn sie nicht bestehende Kunden der Versicherung betreffen,<sup>486</sup> in später wieder abrufbarer Weise speichern bzw. vor Abschluss von Versicherungsverträgen eine entsprechende Speicherabfrage vornehmen muss. KOLLER kritisiert an diesem Entscheid zu Recht eine gewisse Inkonsequenz, wenn er ausführt, eine Zurechnung im Rahmen des Wissenmüssens sei falsch, da das Bundesgericht Versicherungen nicht als verpflichtet erachte, sich solchen Informationszentralen anzuschliessen<sup>487</sup>.

Die von diesem Urteil dennoch stark beeinflusste Lehre zur Wissenszurechnung im Versicherungsunternehmen lässt sich dahin gehend zusammenfassen, dass

- der «Einsatz von modernen EDV-Mitteln [es] rechtfertigt, an den Versicherer heute höhere Ansprüche zu stellen als noch vor

<sup>485</sup> Sämtliche angeschlossenen Versicherungen erhalten diese Informationen, die in der Mehrzahl der Fälle jedoch naturgemäss Personen betreffen, die mit der einzelnen Versicherung nie in Geschäftskontakt treten werden.

<sup>486</sup> Die Versicherung hatte vor Bger. ausdrücklich aber erfolglos geltend gemacht, dass sie Mitteilungen des zentralen Informationssystems nur dann speichern müsse, wenn diese einen ihrer Versicherten betreffen würden, was in casu zum Zeitpunkt des Erhalts der Mitteilung nicht der Fall gewesen war.

<sup>487</sup> ALFRED KOLLER Verletzung der Anzeigepflicht 62; sei einem Versicherer die Beteiligung an zentralen Informationssystemen ins Belieben gestellt, könne einer Versicherung «wohl auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie sich zwar anschliesst, aber die Mitteilungen, die sich nicht auf eigene Versicherte beziehen, nicht speichert». KOLLER loc. cit. Immerhin gab das Bger. zustimmend die Meinung der Vorinstanz wieder, wonach für den Versicherer (nur) keine «obligation générale de se renseigner sur des faits importants pour l'appréciation des risques» bestehe (BGE 111 II 388, 395, Erw. 3.c.cc; Kursivdruck eingefügt), was immerhin nahe legt, dass es in gewissen Fällen die Nutzung von zentralen Informationsdiensten als erforderlich betrachten könnte.

ein paar Jahren»<sup>488</sup>, ohne dass die Organisationsanforderungen allerdings näher konkretisiert werden;

- aus zentralen Informationssystemen ersichtliche Tatsachen den angeschlossenen Versicherungsunternehmen zuzurechnen sind; und
- auch «zufällig von dritter Seite» erlangte Informationen zuzurechnen sind.<sup>489</sup>

#### bb) Wissen im Konzern und Schlussfolgerungen für die Wissenszurechnung bei der juristischen Person

In einem kürzlich ergangenen Urteil<sup>490</sup> äusserte sich das Bundesgericht soweit ersichtlich erstmals zur Wissenszurechnung in einem *Versicherungskonzern*: Ein Versicherungsnehmer hatte mit einer Gesellschaft eine Kranken-, Invaliditäts- und Unfallversicherung sowie ein Jahr später mit der Lebensversicherungsgesellschaft des gleichen Konzerns einen erweiterten Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen. Als er infolge krankheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit Leistungen aus der Lebensversicherung forderte, machte der Lebensversicherer Anzeigepflichtverletzung geltend. Der Versicherte wiederum berief sich u. a. darauf, dass der Beklagte nicht rechtzeitig (gemäss Art. 6 VVG) den Vertragsrücktritt erklärt habe, da er sich das länger bestehende Wissen der Muttergesellschaft (als Krankenversicherer) um die gesundheitlichen Störungen anrechnen lassen müsse.<sup>491</sup> Die Vorinstanz verwarf dieses Argument, «namentlich» unter Hinweis «auf die rechtliche Eigenständigkeit der Beklagten und ihrer Muttergesellschaft».<sup>492</sup> Das Bundesge-

<sup>488</sup> BSK-NEF Art. 8 N 23.

<sup>489</sup> BGE 90 II 456, bestätigt als obiter dictum in 111 II 388, 395, und BSK-NEF Art. 8 N 23. Der Widerspruch zur Nichtzurechnung des Wissens von Vermittlungsagenten, welche in den Prozess des Vertragsabschlusses involviert sind, zur Zurechnung des zufällig von Dritten erlangten Wissens, ist evident und zeigt, dass bei Anwendung formaler Zurechnungskriterien sachfremde, ja stossende Resultate resultieren können.

<sup>490</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001.

<sup>491</sup> Es war unbestritten, dass diese einige Zeit vor ihrer Tochtergesellschaft Kenntnis von den Gesundheitsstörungen erlangt hatte.

<sup>492</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 Erw. 4 c aa).

richt hielt dagegen fest, «diese Sichtweise greift ... zu kurz» und fügte einige grundsätzliche Ausführungen zur Wissenszurechnung im Versicherungskonzern an:

«Sollte sich herausstellen, dass ... die Mitarbeiter der Muttergesellschaft, welche im Juli 1997 von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhalten haben, damals zugleich auch als Mitarbeiter für die Beklagte tätig gewesen sind, so wäre deren Wissen nicht nur der Muttergesellschaft, sondern auch der Beklagten zuzurechnen.»

Anschliessend macht das Gericht eine sehr weitgehende, klar über die bisherige Praxis hinausgehende Aussage:

«Dies folgt aus dem Grundsatz der Wissenszurechnung, wonach eine juristische Person über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhaltes verfügt, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation *objektiv abrufbar* ist...»<sup>493</sup>.

Abgesehen von der konzernrechtlichen Relevanz<sup>494</sup> der zitierten Stellen kommt dem Urteil auch für die Bestimmung des Wissens innerhalb einer juristischen Person grosse Bedeutung zu: Erstmals folgt das Bundesgericht einem rein funktionalen Ansatz, indem es der juristischen Person alles Wissen – und zwar nicht nur Kennenmüssen, sondern auch blosses Kenntnis – zurechnet, das «innerhalb» derer «Organisation objektiv abrufbar ist»<sup>495</sup>. *Dies bedeutet zum einen, dass es auf die tatsächliche Vornahme des Datenabtauschs, wenn dieser nur möglich gewesen wäre, nicht ankommt. Zum andern macht es klar, dass die Zurechnung nicht mehr von formalen Eigenschaften der tatsächlich wissenden oder wissenmüssen Personen abhängt.*

### cc) Outsourcing

Ein weiterer, nicht amtlich publizierter Entscheid des EVG äussert sich in bedeutsamer Weise zur Wissenszurechnung im Falle des «Outsourcing» von administrativen Aufgaben an eine mit dem Versicherer nicht im Konzernverbund stehende Gesellschaft: Eine

<sup>493</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 Erw. 4 c bb) (Kursivdruck eingefügt).

<sup>494</sup> Diese ist nicht besonders gross.

<sup>495</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 Erw. 4 c bb) (Kursivdruck eingefügt).

Versicherungsnehmerin schloss mit einer Vorsorgeeinrichtung eine freiwillige Invalidenversicherung ab und beging dabei möglicherweise eine Anzeigepflichtverletzung. Zunächst stellte sich jedoch die Frage, ob die Vorsorgeeinrichtung überhaupt rechtzeitig nach Kenntnis der Verletzung gemäss Art. 6 VVG vom Vertrag zurückgetreten war. Deren Beurteilung war heikel. Denn die Vorsorgeeinrichtung (G) hatte «die administrative Erledigung der Fälle von bei ihr versicherten Personen [der Versicherung (V)] übertragen.» Dazu gehörten «auch die Abklärungen im Zusammenhang mit der Leistungspflicht der [G].»<sup>496</sup> Und es war V, nicht G, die Kenntnis von der Anzeigepflichtverletzung erhielt, dies jedoch im Zusammenhang mit einer anderen, *G nicht betreffenden* Beziehung zur Versicherungsnehmerin. Das EVG führte dazu aus: «Zur Überprüfung des rechtzeitigen Rücktritts vom Vertrag [durch G] stellt sich somit die Frage, ob das Wissen der [V] auch der [G] anzurechnen ist. [Es folgen Hinweise auf das Outsourcing der G an V]. *Angesichts dieser engen Zusammenarbeit auf Grund der Delegation der administrativen Arbeiten an die [V] muss sich die [G] deren Wissen und Handeln anrechnen lassen...*»<sup>497</sup> Da die vierwöchige Frist des Art. 6 VVG mit dieser Kenntnis der V zu laufen begann, erfolgte die Kündigung durch G verspätet, weshalb sich die Frage der Anzeigepflichtverletzung nicht mehr stellte; V blieb damit mangels verwirkten Rücktrittsrechts zu ihren Leistungen an die Versicherungsnehmerin verpflichtet.

Der Entscheid ist für das Nachfolgende in zweifacher Hinsicht wichtig. Zum einen statuiert er ohne irgendwelche substantielle Begründung – welche in Anbetracht der grundlegenden Bedeutung und Neuheit dieser höchstrichterlichen Aussage zu erwarten gewesen wäre<sup>498</sup> – eine weitgehende Wissenszurechnung, sofern

<sup>496</sup> Bger.-Urteil (EVG) B 51/99 vom 20. 9. 2000 Erw. 3.b.

<sup>497</sup> Bger.-Urteil (EVG) B51/99 vom 20. 9. 2000 Erw. 3.b.

<sup>498</sup> Der zur Begründung der Wissenszurechnung aufgrund engerer Zusammenarbeit in Erw. 3.b des besprochenen Urteils erwähnte BGE 108 II 554 Erw. 2.c enthält keine Aussagen zur Wissenszurechnung im engen Sinne, statuiert jedoch, dass sich die Versicherungsgesellschaft «allfällige Fehler» (beim Ausfüllen des Antragsformulars) des von ihr ausgewählten Vertrauensarztes «grundsätzlich anrechnen lassen muss» (BGE 108 II 555).

eine enge Zusammenarbeit zwischen Versicherungen vorliegt.<sup>499</sup> Zum andern wird für die Wissenszurechnung beim *Outsourcing* nicht danach unterschieden, ob der Dienstleistungserbringer das dem Auftraggeber angerechnete Wissen im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit gerade für diesen Auftraggeber erlangt hatte. Auch diese Aussage ist eine Novität und, wenn sie zur Praxis würde, von einiger Bedeutung für das Outsourcing.<sup>500</sup> Trotzdem fehlt auch für diese sehr problematische Behauptung (die dadurch noch heikler wird, dass das fragliche Wissen bei einer anderen Abteilung des «Service Provider» war als der für den Auftraggeber zuständigen!) eine Begründung, lässt es das EVG doch bei Folgendem bewenden: «Daran [an der Wissenszurechnung] ändert auch der Umstand nichts, dass die [V] im Zusammenhang mit einem anderen, die [G] nicht betreffenden Rechtsverhältnis Kenntnis davon erhielt (Abteilung «Privatpersonen» statt «Kollektivversicherung»).»<sup>501</sup>

## b) Deutschland

Traditionellerweise wurde das im *Innendienst* eines Versicherungsunternehmens vorhandene Wissen diesem zugerechnet, wenn das Wissen bei einem *Organ, Prokuristen oder sonst mit Vertretungsmacht* ausgestatteten Mitarbeiter vorhanden war, dies in direkter oder analoger Anwendung von § 166 BGB. Beim Wissen *anderer* mit der Vertrags- und Schadensabwicklung betrauten Mitarbeiter legten die Gerichte dagegen einen eher zurechnungsfeindlichen Massstab an<sup>502</sup>. Dies insbesondere, wenn es um die Zurechnung von Wissen ging, das aus *anderen Versicherungszweigen* stammte,

<sup>499</sup> Auf das Problem, inwiefern enge Zusammenarbeit zwischen Konzerngesellschaften, aber auch zwischen nicht verbundenen Personen, tatsächlich zu einer Wissenszurechnung berechtigt, wird hinten S. 269 ff. ausführlich eingegangen.

<sup>500</sup> Darauf wird hinten S. 269 ff. im Zusammenhang mit der Beurteilung des Outsourcing innerhalb und ausserhalb von Konzernen eingegangen.

<sup>501</sup> Bger.-Urteil (EVG) B51/99 vom 20. 9. 2000 Erw. 3.c.

<sup>502</sup> Interessant ist der Hinweis von MEYER-REIM 1139, wonach das Reichsgericht dagegen noch eine sehr zurechnungsfreundliche Haltung an den Tag gelegt habe und etwa das Wissen von Hilfspersonen sogar quer über verschiedene Versiche-

unter Hinweis auf die komplexe, weitläufige Organisation von Versicherungsunternehmen.<sup>503</sup> Unter dem Eindruck der Elektronisierung der Datenverarbeitung argumentieren neuere Entscheide<sup>504</sup> nun jedoch funktional mit Kriterien wie der Abrufbarkeit von bestimmten Informationen (dank elektronischer Datenverarbeitung), dem Vorliegen eines Anlasses zum Datenabgleich, und – im Falle einer die Grenzen der Rechtspersönlichkeit übersteigenden Zurechnung – den Erwartungen, die das Unternehmen hinsichtlich des Datenaustauschs in den relevanten Verkehrskreisen geweckt hatte.<sup>505</sup>

rungsabteilungen hinweg zurechnete, unter Hinweis auf die «Einheit der Rechtspersönlichkeit».

<sup>503</sup> So OLG Köln VersR 56, 297; vgl. dazu den Überblick über die ältere Rechtsprechung bei MEYER-REIM 1139.

<sup>504</sup> Jedoch immer noch solche, die vor dem bahnbrechenden BGH-Urteil von 1996 erfolgten.

<sup>505</sup> LG Hamburg, VersR 85, 329. Vgl. auch den von BAUM 463 ff. unter dem Titel «Knie-Fall» ausführlich besprochenen Entscheid BGH VersR 1993, 1089 ff., wo es um die Frage ging, inwiefern der Versicherer bei einem Hinweis des antragstellenden Versicherungsnehmers auf eine mit einer anderen Konzerngesellschaft abgeschlossene Versicherung eine Obliegenheit hat, konzernweit zugängliche EDV-Systeme abzufragen. Der BHG entschied, dass eine Zurechnung nur dann ausgeschlossen wäre, wenn der Versicherer nachweisen würde, dass es für seinen Sachbearbeiter keine Möglichkeit gegeben hätte, auf die betreffenden Daten der anderen Konzerngesellschaft zu greifen (BGH VersR 1993, 1089, 1090). Diesfalls hätte jedoch der Versicherer vor Antragsannahme beim Versicherungsnehmer abklären müssen, was dessen Hinweis auf Unterlagen der anderen Konzerngesellschaft bedeute. In casu kam hinzu, dass der Versicherer in seine Antragsformulare die Erklärung aufgenommen hatte, dass der *Versicherungsnehmer mit der konzernweiten Führung von gemeinsamen Datenbanken einverstanden sei und dem konzernweiten Datenaustausch zustimme. Damit wurde die Erwartung geweckt, ein entsprechender Informationsfluss würde tatsächlich stattfinden. Die Auffassung des BGH lässt sich auf folgende Formel bringen: «Einwilligung zur Datensammlung im Konzern und hinreichender Anlass zur Nachforschung begründen eigenes Wissen des Versicherers.» (ANDREAS MÜLLER-WIEDENHORN Wissenszusammenrechnung im Versicherungskonzern 4 ([www.der-syndikus.de/briefings/vs/vs\\_010.htm](http://www.der-syndikus.de/briefings/vs/vs_010.htm))). Im so genannten «Augenkrankheitsfall» (BGH, Urt. vom 13. 12. 1989, VersR 1990, 258 ff., dazu MÜLLER-WIEDENHORN op. cit. S. 3) wurde eine Konzernkenntnis zu Recht verneint, lagen doch nicht Umstände wie im soeben erwähnten «Kniefall» vor, welche eine rechtsformübergreifende Wissenszurechnung gerechtfertigt hätten.*

Die h.L. vertritt eine vergleichbare Auffassung wie die schweizerische Doktrin. So hält etwa MÖLLER dafür, das Unternehmen müsse so organisiert sein, *dass wesentliche* Informationen an die zuständige Stelle weitergeleitet würden<sup>506</sup>. Nach KOLLHOSSER kommt es zur Bestimmung der Wissenszurechnung darauf an, ob der Versicherer Anlass und Möglichkeit hat, interne oder externe Datenbanken abzufragen<sup>507</sup>. MEYER-REIM/TESTORF plädierten schon 1994 für eine «Wissenszurechnung über Organisationsverschulden», in Anerkennung, dass es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Zurechnung des Wissens von anderen Personen als Organen und Vertretern gebe. Dogmatisch stützen sie diese Zurechnung auf eine Analogie zur Figur des Organisationsverschuldens bzw. § 242 BGB. Mit dem Element von Treu und Glauben schliessen MEYER-REIM dabei diejenigen Fälle von der Wissenszurechnung aus, in welchen der Versicherer in für den Versicherungsnehmer erkennbarer Weise «Kontaktpersonen» bestimmt hat.<sup>508</sup>

<sup>506</sup> BRUCK/MÖLLER, VVG Bd. 1, 8.A. Berlin 1961, § 44 N 3.

<sup>507</sup> PRÖLSS/MARTIN-KOLLHOSSER VVG, 44 N 3, wobei nicht näher darauf eingegangen wird, wann ein «Anlass» zur Abfrage vorliegt, sondern nur als unstrittiges Beispiel dafür der in der Praxis so wohl kaum je vorkommende Fall genannt wird, dass der Versicherungsnehmer «hinreichend deutlich auf das Vorhandensein erheblicher Daten in der Sammlung des Versicherers hinweist». Dies ist zu restriktiv und steht auch in Widerspruch zu Urteilen (z.B. im «Kniefall», vgl. vorne Fn. 505), die z.B. bereits das generelle Einholen der Einwilligung zum Datenaustausch etc. als für die Begründung der Abfrageobliegenheit ausreichenden Grund betrachten, *da diesfalls der Versicherungsnehmer davon ausgeht, der Versicherer würde die ihm offenen Informationsquellen auch tatsächlich nutzen*. Vgl. dazu die differenzierenden Ausführungen bei BerlinerKommentar-Vorr § 16 VVG N 86.

<sup>508</sup> MEYER-REIM 1141; diese Lösung leidet daran, dass sie nur in denjenigen Fällen überhaupt angewendet werden kann, wo es um die Zurechnung von Wissen geht, das dem Versicherer durch den Versicherungsnehmer mitgeteilt worden war (an eine unzuständige Person); m. E. trifft in diesem Fall allerdings die unzuständige Person die Pflicht, die betreffende Information weiterzuleiten oder zumindest dem Versicherungsnehmer ihre Unzuständigkeit für die Entgegennahme der Mitteilung klar zu kommunizieren. Es wäre ein Widerspruch, vom Versicherungsnehmer zu erwarten, dass er sich bei seinen Mitteilungen an die bezeichnete zuständige Person halten soll, ohne gleichzeitig vom Versicherer zu verlangen, dass fehlgeleitete Mitteilungen an die zuständige Stelle weitergeleitet werden. Soweit es um solche Mitteilungen geht, folgt dies ohnehin ohne weiteres aus der Empfangstheorie. Umgekehrt ist MEYER-REIMS Lösungsvorschlag gerade für die

Damit weist diese Lösung auf die *Publizität der Informationsorganisation* als Kriterium der Wissenszurechnung hin: Welches Wissen einer Organisation zuzurechnen ist, soll sich u. a. auch danach beurteilen, welche *berechtigten Erwartungen* an die Handhabung von Informationen in einer Unternehmung bestehen.<sup>509</sup>

#### IV. Fazit

##### 1. Agentenwissen

Trotz der entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung in § 44 dVVG ist die *deutsche Rechtsprechung* bei der Zurechnung von Agentenwissen von einer dogmatisch-begrifflichen Unterscheidung abgerückt. Sie stützt seit dem «Auge und Ohr»-Entscheid die Zurechnung vielmehr auf das funktionale Kriterium, *ob der Wissensträger in den Vorgang involviert war, für den es auf sein Wissen ankam*.<sup>510</sup> Entsprechend diesem Zurechnungskriterium wird – ob zu Recht oder nicht wird hinten zu prüfen sein<sup>511</sup> – für die Zurechnung zwischen *dienstlich und privat erlangtem Wissen* differenziert.<sup>512</sup> Die *schweizerische Praxis* zur Frage der Zurechnung von Agentenwissen steht dagegen noch auf der überkommenen dogmatischen Unterscheidung zwischen Vermittlungs- und Abschlussagenten<sup>513</sup>. Diese auf das Vorliegen einer Stellvertretungsbefugnis abstellende Unterscheidung ist jedoch nicht sachgemäss. Denn das Stellvertretungsrecht äussert sich – wie gesehen – naturgemäss nur zur Wissensvertretung in Stellvertretungsverhältnissen. Aus der positiven Regelung der Zurechnung in einem bestimmten Bereich

entscheidenden Wissenszurechnungsfälle, wo es um die Verwertung von Informationen geht, welche von Dritter Seite (zufällig) erlangt wurden, nicht brauchbar.

<sup>509</sup> Zu diesem Kriterium, das bei regulierten Finanzintermediären, wozu auch die Versicherungsunternehmen gehören, besondere Bedeutung erlangt, hinten S. 201 ff.

<sup>510</sup> Vorne S. 95.

<sup>511</sup> Hinten S. 206.

<sup>512</sup> Vorne S. 95.

<sup>513</sup> Vorne S. 96 ff.

kann jedoch nicht geschlossen werden, für andere Bereiche arbeitsteiligen Zusammenwirkens sei damit – gleichsam im Sinne einer negativen Regel – die Wissenszurechnung generell ausgeschlossen. M.a.W.: Dass die Zurechnung des Abschlussagentenwissens mit Stellvertretungsrecht begründet wird, ist nachvollziehbar, da sich dies als einfachste Begründung geradezu anbietet. Dies darf jedoch nicht dazu verleiten, dem Versicherer Kenntnis eines Vermittlungsagenten unter Berufung auf eine im Stellvertretungsrecht bei Lichte gesehen nicht enthaltene Negativaussage *nicht zuzurechnen*. Die vertretungsrechtliche Argumentation unterschlägt auch, dass der Agent nicht nur als Stellvertreter, sondern immer zugleich als Hilfsperson des Versicherers tätig ist<sup>514</sup>; soweit rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen vorliegen, als Vertreter, soweit es um sonstiges Verhalten<sup>515</sup> geht, als blosser Hilfsperson<sup>516</sup>. Die kritisierte Argumentation ist zudem insofern inkonsequent, als bei der Zurechnung des Veranlassungsverhaltens gemäss Art. 8 Ziff. 2 VVG nach h.L. und Praxis *kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Vermittlungs- und Abschlussagenten gemacht* wird.<sup>517</sup> Bei der Zurechnung des Wissens bzw. Wissenmüssens gemäss Art. 8 Ziff. 3 und Ziff. 4 VVG soll dagegen die Frage, ob der Agent rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis habe, entscheidendes Zurechnungskriterium sein, dies obwohl die genannten Normen keinen Hinweis auf eine diesbezügliche Unterscheidung erlauben, sprechen sie doch alle nur vom «Versicherer»<sup>518</sup>.

<sup>514</sup> Es sei denn, der Agent sei Organ, was in der Praxis allerdings kaum der Fall sein dürfte. Diesfalls würde er sich nicht als Hilfsperson qualifizieren, und die Zurechnung seines Verhaltens auf den Versicherer würde nebst Art. 34 VVG durch Art. 55 ZGB bestimmt, vgl. dazu BSK-WIEGAND Art. 101 OR N 9.

<sup>515</sup> Im technischen Sinne um so genannte «Tathandlungen», welche Willensbetätigungen sind, die kraft gesetzlicher Anordnung direkt eine Rechtsfolge eintreten lassen, vgl. dazu BK-KRAMER Art. 1 OR N 67; BK-ZÄCH Vorbem. zu Art. 32–40 OR N 114; Stellvertretung in Tathandlungen ist nicht möglich, VON TUHR/PETER 351 f.

<sup>516</sup> So auch BSK-FUHRER Art. 34 VVG N 3 m. w. H.

<sup>517</sup> Vgl. mit zahlreichen Nachweisen zur Judikatur BSK-NEF Art. 8 VVG N 10 ff.

<sup>518</sup> Art. 8 Ziff. 2, 3 und 4 VVG.

## 2. Andere Fälle

Bei der Zurechnung von *im Innendienst* vorhandenen Wissen, wo Wissensträger oftmals Personen ohne Vertretungsbefugnis sind, ja Wissen oftmals nicht bei einer Person im Gedächtnis vorhanden, sondern nur auf Datenträgern abgespeichert ist und eine stellvertretungsrechtliche Argumentation von vorneherein ausscheidet, beruht die *schweizerische Rechtsprechung* auf einem *funktionalen* Ansatz. Sie rechnet Wissen ausgehend von «objektiven Kriterien»<sup>519</sup> zu, wenn dieses nach der üblichen Sorgfalt im Verkehr zu speichern bzw. aus dem Speichermedium abzufragen war<sup>520</sup>, unabhängig davon, ob die Relevanz des Wissens bereits anlässlich der Speicherung konkret gegeben war.<sup>521</sup> Ungeklärt ist dabei jedoch, wie sich diese Obliegenheit zur Nutzung von – in casu externen – EDV-Informationssystemen mit der höchstrichterlichen Feststellung<sup>522</sup> verträgt, es bestünde *keine* Pflicht zum Anschluss an solche Informationssysteme.<sup>523</sup>

Generell ist in der schweizerischen Rechtsprechung jedenfalls festzustellen, dass der Einsatz von EDV-Systemen tendenziell als Grund für eine weitergehende Wissenszurechnung betrachtet wird – auch das ein funktionaler Ansatz.<sup>524</sup>

Eine höhere Stufe funktionaler Zurechnung hat das schweizerische Bundesgericht – die deutsche Praxis in der Konsequenz der funktionalen Argumentationsweise hinter sich lassend – in den beiden vorne ausführlich diskutierten neueren Urteilen erklommen.

<sup>519</sup> BGE 111 II 388, Regeste 2.

<sup>520</sup> Deutlich BGE 111 II 388, Regeste 2 (zum Urteilstext siehe vorne S. 98): «Von einem Versicherer, der einem «Zentralen Informationssystem» der Versicherungsgesellschaften angeschlossen ist, wird angenommen, dass er durch dieses von der verschwiegenen oder unrichtig angezeigten Tatsache in Kenntnis gesetzt worden ist.»

<sup>521</sup> Vorne S. 98 f.

<sup>522</sup> Vorne S. 100.

<sup>523</sup> Hinten S. 195 ff. wird auf die Frage ausführlich eingegangen, ob die Zurechnung gestützt auf ordnungsgemässe Organisation auf die konkret vorhandene oder aber die technisch mögliche und zumutbare Kommunikationsordnung abzustellen hat.

<sup>524</sup> Vorne S. 100 f.

Zum einen rechnet es – sehr abstrakt – Kenntnis dann zu, wenn das betreffende Wissen «objektiv abrufbar» ist<sup>525</sup>. Zum andern bejaht es eine Wissenszurechnung sogar unter *nicht konzernmässig verbundenen Versicherern*, sofern diese in *einer engen Zusammenarbeit bei der administrativen Abwicklung* von Geschäftsvorfällen stehen. Dabei wird in problematischer Weise *nicht danach unterschieden, woher der Outsourcing-Dienstleistungserbringer die fraglichen Kenntnisse erlangt hat* und in welcher seiner Abteilungen sich diese befinden.<sup>526</sup>

Hervorzuheben sind im weiteren Ansätze, nach welchen die *Publizität* der Informationsorganisation als relevantes Kriterium der Wissenszurechnung erscheint.<sup>527</sup>

Grosse Unsicherheit herrscht bei der Zurechnung von *zufällig erlangter* Information: nach herrschender schweizerischer Auffassung ist diese zuzurechnen, tendenziell umgekehrt dagegen deutliche Lehre und Praxis.<sup>528</sup> Allerdings erscheinen die diesbezüglichen Stellungnahmen zu punktuell, um daraus eindeutige Schlüsse ziehen zu können.<sup>529</sup>

<sup>525</sup> Vorne S. 102.

<sup>526</sup> Vorne S. 102 ff.

<sup>527</sup> Vorne S. 106 Fn. 507.

<sup>528</sup> Vorne S. 101 und 104 f.

<sup>529</sup> Die Unsicherheit im Umgang mit zufällig erlangter Kenntnis erstaunt nicht weiter. Wie hinten S. 206 ff. gezeigt wird, handelt es sich dabei um eines der schwierigsten Probleme der Wissenszurechnung.

### 3. Kapitel Vorschlag zur Bestimmung der Wissenszurechnung

#### § 1 Vorbemerkung: Vorliegen einer Gesetzeslücke

##### I. Vorbemerkung

Der Frage, ob das Gesetz auf die Wissenszurechnung überhaupt Anwendung finden kann, was voraussetzt, dass es dafür «nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält»<sup>530</sup>, wird eingangs des folgenden dritten Kapitels nachgegangen. Dass die Wissenszurechnung jedenfalls nicht *explizit* geregelt ist, bedarf dabei keiner weiteren Begründung. Schwieriger wird die Beurteilung sein, ob das Gesetz allenfalls Normen enthält, die analogieweise zur *umfassenden* Lösung der Wissenszurechnungsfrage herangezogen werden könnten. Dabei wird sich zeigen, dass dies nicht der Fall ist.<sup>531</sup> Entsprechend muss die Frage der Wissenszurechnung nach schweizerischem Recht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB durch Aufstellen einer Regel modo legislatoris beantwortet werden. Damit befasst sich der zweite Teil des folgenden Kapitels.<sup>532</sup>

Das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage eröffnet dabei die – auch von der schweizerischen Judikatur neuerdings ansatzweise wahrgenommene – <sup>533</sup> Möglichkeit, das Wissen der juristischen Person in wertender Beurteilung mittels eines funktionalen Ansatzes sachgerecht zu bestimmen – was im letzten Teil des nachfolgenden Kapitels erfolgt. Das definitive Überwinden der Organtheorie und ähnlicher formaler, insbesondere aus dem Stellvertretungsrecht abgeleiteter Zurechnungskonzepte ist dabei umso notwendi-

<sup>530</sup> Art. 1 Abs. 1 ZGB: «Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.»

<sup>531</sup> Hinten S. 114 ff.

<sup>532</sup> Hinten S. 117 ff.

<sup>533</sup> Die Judikatur hat gegenüber der Lehre diesbezüglich jedenfalls in der Schweiz zur Zeit die Vorreiterrolle inne.

ger, als die Verhältnisse seit VON GIERKE<sup>534</sup> deutlich an Komplexität zugenommen haben. Dies trifft in besonderem Masse für das hier speziell betrachtete Bank- und Kapitalmarktgeschäft, aber auch die Versicherungsbranche zu, wo aufsichtsrechtliche Normen, die vorab auf funktionalen Ansätzen bzw. einer wirtschaftlichen, nicht formal-juristischen Betrachtungsweise beruhen, Einfluss auf die Informationsorganisation nehmen. Es gilt aber auch ausserhalb der hochregulierten Finanzindustrie. Denn die Grösse heutiger Unternehmen, die Komplexität derer Aufbau- und Führungsstruktur, der u. a. dank der Informationstechnologie mögliche Grad der Arbeitsteilung sowie das Konzernphänomen als solches – alles Elemente, die *in dieser Qualität* zu Zeiten von Gierkes nicht vorlagen – führen dazu, dass eine Wissenszurechnung gestützt auf die Organtheorie oder offen oder verdeckt daran anknüpfende Konzepte einerseits unsinnige Anforderungen an die Informationsorganisation innerhalb eines Unternehmens stellen würde, andererseits einem solchen je nach dessen rechtlicher Struktur wichtige Kenntnisse nicht angerechnet würden<sup>535</sup>.

## II. Unentbehrlichkeit der Bestimmung des Wissens von arbeitsteiligen Organisationen

Wie in der Einführung erwähnt,<sup>536</sup> kennt das Privatrecht viele hier *Wissensnormen genannte Bestimmungen*. Diese sind für die Operabilität wichtiger Institute u. a. des Schuldrechts, z. B. der Verjähr-

<sup>534</sup> Falls VON GIERKE denn tatsächlich ein Vertreter einer absoluten Wissenszurechnung gewesen sein sollte, vgl. dazu vorne S. 41.

<sup>535</sup> Man denke etwa an die UBS AG, deren weltweit tätige Geschäftsbereiche UBS Wealth Management & Business Banking, UBS Investment Bank, UBS Global Asset Management und Wealth Management USA sowie das Corporate Center grundsätzlich im Stammhaus der UBS AG integriert sind (vgl. die Beschreibung der Struktur mit den drei Unternehmensgruppen in «UBS Handbuch 2002» 4 ff. sowie die Anmerkung 35 in «Finanzbericht 2002», beide Dokumente verfügbar unter [www.ubs.com](http://www.ubs.com)) und stelle dies etwa der bekannten Holding-Struktur der Credit Suisse Group gegenüber, wo die Geschäftsbereiche in getrennte juristische Personen aufgliedert sind.

<sup>536</sup> Vorne S. 6.

ung, der Verwirkung, der Willensmängelregeln, der Rechts- und Sachmängelgewährleistung und verschiedener Haftungsbestimmungen<sup>537</sup> unentbehrlich.<sup>538</sup> Im Falle von alleine handelnden natürlichen Personen als Adressaten der Wissensnormen stellt sich die Frage nach der *Wissenszurechnung* als solcher nicht. Ob ein urteilsfähiger Mensch etwas wusste oder wissen musste, stellt – zumindest nach herkömmlicher Auffassung –<sup>539</sup> keine grundlegenden juristischen Probleme<sup>540</sup>. Heikel ist allerdings die prozessuale Frage, wann in beweisrechtlicher Sicht von tatsächlicher Kenntnis einer Person ausgegangen werden kann<sup>541</sup>.

Ist die Wissensnormadressatin dagegen nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person oder andere arbeitsteilige Organisation, ergibt sich als Ausgangslage, dass diese als solche des Wissens oder Wissenmüssens nicht fähig ist. Folglich bedarf es der Zurechnung von Kenntnis und Kennensollen «wissensfähige[r] Mitglieder»<sup>542</sup> der Organisation auf dieselbe, damit die Wissensnormen überhaupt zur Anwendung gelangen können. Dabei ist es

<sup>537</sup> Z. B. Art. 41 Abs. 2, Art. 43 Abs. 1, Art. 44 Abs. 2, Art. 99 Abs. 3 OR.

<sup>538</sup> Vgl. die Gliederung der Anwendungsbereiche und Kategorien von Wissensnormen bei VON TUHR/PETER 178 f.

<sup>539</sup> Hinten S. 126 ff. wird ausgeführt, dass «Kenntnis auch des Menschen nicht lediglich Tatfrage» (BOTT 14) ist, und – gleich wie die Bestimmung des Wissens juristischer Personen – ebenfalls nur im Rahmen von normativen Wertungen beurteilt werden kann. Vgl. dazu auch die Dissertation von GASSER, insbes. 169 ff.

<sup>540</sup> Dagegen Fragen grosser Komplexität in Philosophie, Psychologie und Medizin, vgl. dazu etwa GERHARD ROTH, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, Frankfurt a. M. 1997; FRANCISCO J. VARELA, *Kognitionswissenschaft – Kognitionstechnik*, 3. A. Frankfurt a. M. 1993; JOHN R. ANDERSON, *Kognitive Psychologie, Eine Einführung* 2. A. Heidelberg 1989. Vgl. dazu die Übersicht zur Kognitionstheorie bei GASSER 75 ff.

<sup>541</sup> Zur Vermutung des guten Glaubens im Gefüge des Beweisrechts siehe BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 92ff., insbes. N 101. Die Frage des Wissenmüssens stellt dagegen in der Regel kaum beweisrechtliche Probleme, sondern vielmehr solche, nach welchem Standard beurteilt werden soll, ob «Kennenmüssen» vorlag, welcher Grad an Aufmerksamkeit unter den konkreten Umständen erforderlich war, BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 114f.

<sup>542</sup> Z. B. Organe, nicht organschaftliche Hilfspersonen, Beauftragte. Mit dieser untechnischen Wortwahl soll die Beantwortung der Frage, ob auch «nichtmenschliche» Datenspeicher wie Akten oder EDV-Systeme der Organisation Wissen vermitteln können, nicht präjudiziert werden.

zur Sicherstellung der Funktion der zahlreichen und bedeutenden Wissensnormen zwingend notwendig, verbindlich *zu wissen*, auf wessen Wissen oder Wissenmüssen innerhalb der juristischen Person für die Anwendung der Wissensnormen abzustellen ist. Eine Antwort auf diese Fragestellung bleibt das Gesetz aber schuldig.<sup>543</sup>

### III. Keine Normierung von Wissen und Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen – Feststellung der Lücke

#### 1. (Wissens-)Normen enthalten keine Angaben zur Zuordnung von Wissen

Die *Wissensnormen* des schweizerischen Rechts äussern sich – mit der Ausnahme von Art. 28 Abs. 2 OR<sup>544</sup> und einer spezialgesetzlichen Sonderregelung<sup>545</sup> – nicht zur Frage, auf wessen Wissen innerhalb von Normadressaten, für den Fall, dass diese nicht (selbst handelnde) natürliche Personen sind, abzustellen ist. Das Gleiche gilt mit Ausnahme der wichtigen, vorne erörterten stellvertretungs-

<sup>543</sup> Dazu der folgende § 2.

<sup>544</sup> Art. 28 Abs. 2 OR ist insofern eine Zurechnungsnorm, als ihm e contrario entnommen werden kann, dass bei Täuschung durch Personen «im Lager des Vertragspartners» (z. B. Vertreter, Hilfspersonen) deren täuschendes Verhalten dem Vertragspartner voraussetzungslos zuzurechnen ist (vgl. BSK-SCHWENZER Art. 28 OR N 16); dies im Gegensatz zur Täuschung durch «Dritte» im Sinne dieser Bestimmung, wo vorausgesetzt wird, dass der Vertragspartner die «Täuschung gekannt hat oder hätte kennen sollen».

<sup>545</sup> Art. 5 VVG (siehe dazu ausführlich vorne 2. Kap. § 4, S. 89 ff.) regelt für den Fall des Vertragsabschlusses durch Stellvertreter den Umfang der Anzeigepflicht dahingehend, dass diesfalls auf Kenntnis und Kennensollen sowohl des Vertreters als auch des Vertretenen abzustellen ist (Abs. 1). Eine leicht modifizierte Vorschrift stellt Abs. 2 für den Fall des Versicherungsabschlusses für «fremde Rechnung» auf: Hier sind nebst dem Bewusstsein des Abschliessenden auch Wissen und Wissenmüssen des «versicherten Dritten» und auch eines allfälligen «Zwischenbeauftragten» zu berücksichtigen, «es sei denn, dass der Vertrag ohne Wissen dieser Personen abgeschlossen wird, oder dass die rechtzeitige Benachrichtigung des Antragstellers nicht möglich ist».

rechtlichen Bestimmung des § 166 BGB sowie der spezialgesetzlichen Normen von §§ 2 Abs. 2 und 19 dVVG für das deutsche Recht. Auch enthalten die allgemeinen schuld- und gesellschaftsrechtlichen Teile der deutschen und schweizerischen Privatrechtskodifikationen – im Gegensatz zum österreichischen Recht und dem historischen ALR<sup>546</sup> – keine Aussagen darüber, wann eine *arbeitsteilige Organisation*, z. B. eine juristische Person, etwas weiss oder wissen muss. Vorhandene Zurechnungsnormen, wie etwa Art. 101 und 55 OR bzw. §§ 31 und 278 BGB, oder Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB (Zurechnung des Verhaltens von *Organen*)<sup>547</sup> stellen *keine Wissenszurechnungsnormen* dar<sup>548</sup>. Die hinter ihnen stehenden Wertungen dürften jedoch für die Lösung des hier erörterten Problems mit Gewinn heranziehbar sein<sup>549</sup>.

Wie BUCK, KOLLER und andere gezeigt haben, beruht das gesetzgeberische Schweigen auf eine sich für die Rechtsanwendung unmittelbar stellende Frage darauf, dass die Wissensnormen vom prototypischen Fall der allein tätigen, natürlichen Person als Normadressatin ausgehen<sup>550</sup> und nicht regeln, wie Wissen und Wissenmüssen bei juristischen Personen oder anderen arbeitsteiligen Organisationen zu bestimmen ist. Es liegt demnach eine «planwidrige Unvollständigkeit» des Gesetzes vor,<sup>551</sup> in der traditionellen Doktrin als *echte Lücke* bezeichnet, da «das Gesetz eine sich unvermeidlicherweise stellende Rechtsfrage überhaupt nicht beantwortet»<sup>552</sup>.

<sup>546</sup> Vgl. S. 73 Fn. 350 und S. 236 Fn. 1050.

<sup>547</sup> Vgl. dazu vorne S. 35 f.

<sup>548</sup> Diese Normen legen nur fest, unter welchen Umständen ein Geschäftsherr für das *Verhalten* der tatsächlich für ihn tätigen Personen haftet, während das Wissen völlig unabhängig von einem Verhalten dieser handelnden Person relevant sein kann.

<sup>549</sup> Zu dieser Frage hinten S. 117 ff.

<sup>550</sup> Statt vieler neuerdings etwa BUCK 2, unter Bezug auf VON GIERKE; für die Schweiz etwa ALFRED KOLLER Der gute und der böse Glaube N 10, der dies als Normalfall bezeichnet (und auf Abweichungen davon bewusst nicht eingeht).

<sup>551</sup> CANARIS Die Feststellung von Lücken im Gesetz 30.

<sup>552</sup> BGE 90 I 141; es ist hier nicht der Ort, auf die methodologische Diskussion über Rechtslücken und Lückenfüllung einzugehen; vgl. dazu aus jüngerer Zeit etwa HUWILER 14 ff.; KRAMER 137 ff. Es genügt die Feststellung, dass die Frage der Wis-

## 2. Beschränkte Zulässigkeit von Analogieschlüssen und Notwendigkeit der Rechtsfortbildung extra legem

Insbesondere die deutsche Literatur befasste sich sehr ausführlich mit der Frage, inwiefern die Wissenszurechnungsproblematik mittels Analogieschlüssen aus § 166 BGB und anderen Zurechnungsnormen gelöst werden könnte. Wie oben dargelegt, hat insbesondere BAUM nachgewiesen, dass § 166 BGB, wie auch § 278 BGB<sup>553</sup>, als Analogiebasis nur zur Bestimmung handlungsabhängiger Wissenszurechnung herangezogen werden darf, nicht aber für die handlungsunabhängige.<sup>554</sup> Dieser Befund trifft auch für die §§ 166 und 278 BGB entsprechende schweizerische Praxis und Doktrin zur Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht bzw. zu Art. 101 und 55 OR zu.

Zur umfassenden Lösung der Wissenszurechnung bedarf es demnach eines anderen methodischen Instruments als desjenigen der Analogie, nämlich der *Rechtsfortbildung extra legem*.<sup>555</sup> Es ist dabei im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB eine Lösung zu erarbeiten, die mit den Grundwertungen der Privatrechtsordnung, insbesondere den auf arbeitsteilige Verhältnisse anwendbaren, in Einklang steht und die sich als eine gerechte und billige Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen präsentiert, Rechts- und Verkehrssicherheit bewirkt, zweckmässig ist<sup>556</sup> und Vertrauensschutzüberlegungen Rechnung trägt.

senszurechnung von den Wissensnormen nicht geregelt wird, obwohl dies zur Rechtsanwendung notwendig wäre.

<sup>553</sup> Vorne Kap. 2; BAUM 132 ff., 139 f.

<sup>554</sup> Vorne Kap. 2. Auch BUCK legt dar, dass § 166 BGB nur sehr beschränkt als Analogiebasis herangezogen werden kann, nicht z. B. für die Zurechnung von Organwissen, vgl. dazu vorne Kap. 2 (S. 82 Fn. 402).

<sup>555</sup> BAUM 156; Grundlegend zur Rechtsfortbildung extra legem im deutschen Recht LARENZ/CANARIS 232 f.; im schweizerischen Recht HUWILER 20 f.; KRAMER 173 ff. Die beiden letztgenannten Autoren weisen auf die Bedeutung ausserrechtlicher (auch ökonomischer) Argumente für die Lückenfüllung modo legislatoris hin, KRAMER 193, HUWILER 22, wobei sie aber gegen eine vorbehaltlose Anwendung der Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts plädieren.

<sup>556</sup> Vgl. die Aufzählung der «Leitsterne», nach welchen sich der Richter bei der Lückenfüllung zu richten hat, TUOR/SCHNYDER/SCHMID 42.

## § 2 Wissenszurechnung gestützt auf allgemeine Grundwertungen der Privatrechtsordnung

### I. Prinzip der Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen

#### 1. Bedeutung und Problematik

Soweit sich Lehre und Rechtsprechung zur tieferen Begründung funktionaler Zurechnungsansätze überhaupt äussern, berufen sie sich überwiegend auf das so genannte *Gleichstellungsargument*<sup>557</sup>. Dieses besagt in seinem Kern: Eine juristische Person bzw. eine arbeitsteilige Organisation darf nicht besser oder schlechter gestellt sein als eine natürliche Person bzw. eine Einmannunternehmung. Oder, vom Blickwinkel von aussen her betrachtet: Ein Dritter, der mit einer juristischen Person oder einer Organisation in Kontakt tritt, soll nicht «schlechter stehen ..., als wenn er es mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hätte»<sup>558</sup>.

So intuitiv einleuchtend das Gleichstellungsargument – das von BYDLINSKI als ein Grundprinzip des Privatrechts aufgeführt wird<sup>559</sup> – auf den ersten Blick auch erscheint, ist dessen Heranziehung in zweierlei Hinsicht nicht unproblematisch: Zwar kann das

<sup>557</sup> Seitens der Judikatur hat der vorne erwähnte BGH-Entscheid vom 8. 12. 1989 das Gleichstellungsargument als zentrales Wertungsargument zur Bestimmung des Wissens einer Körperschaft eingesetzt, unter weitgehender Zustimmung der Lehre, vgl. BOTT 56 m. w. H. Allgemein zum Gleichstellungsargument BAUM 176 ff.–208, DREXL 505, BAUMANN 290 f., BOTT 56 ff., Ingo KOLLER 77 ff., FASSBENDER 123 ff.

<sup>558</sup> So etwa SINGER 69.

<sup>559</sup> BYDLINSKI System 142 f. und 773 (Prinzip Nr. 11). BYDLINSKI weist – wichtig für das vorliegende Thema – zu Recht darauf hin, dass «aus Gründen der Rechtssicherheit im allgemeinen und des Vertrauens- und Verkehrsschutzes im besonderen normative Mindestanforderungen an die Organisationen» zu stellen sei (BYDLINSKI System 143). Die Zulassung eines «überpersonalen Gebildes als rechtlich selbständiges Subjekt im Rechtsverkehr» bedingt eine «zur Verselbständigung geeignete Organisation» (loc. cit), wozu m. E. auch die Sicherstellung der Anwendbarkeit der Wissensnormen durch ein adäquates Zurechnungsmodell gehört.

Gleichstellungsargument, auch wenn es für eine privatrechtliche Fragestellung herangezogen wird, auf das verfassungsrechtliche (auch juristische Personen schützende) Rechtsgleichheitsgebot abgestützt werden<sup>560</sup>. Denn – so J. P. MÜLLER –,

«[w]o immer ein Grundrechtsgehalt in irgendeiner Rechtsfrage angesprochen ist, muss er zur Geltung gebracht werden, so in der Auslegung des Zivil-[...]rechts. Dem heute in Lehre und Praxis unbestrittenen Gebot verfassungskonformer Auslegung steht nicht entgegen, dass im Bereich der Bundesgesetzgebung eine Verfassungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen ist; vielmehr ist es gerade Aufgabe der Gerichte, den Grundrechten im Rahmen der Auslegung der Gesetze und der Konkretisierung ihrer Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe so weit wie möglich Rechnung zu tragen.»<sup>561</sup>

In concreto bedeutet dies z. B., dass der Richter bei Auslegung und Entscheidungsfindung die Verfassungskonformität seiner Wertungen zu prüfen hat. Allerdings muss er auch die Aussagen und Wertungen des Gesetzgebers zum Verhältnis von natürlichen und juristischen Personen berücksichtigen, da ein Entscheid über die Wissenszurechnung bei der juristischen Person – soweit in Einklang mit dem Rechtsgleichheitsgebot – auch in Einklang mit den vom Privatrechtsschöpfer festgehaltenen Wertungen zur rechtlichen Ausgestaltung von Organisationen bzw. arbeitsteiliger Aktivität stehen sollte<sup>562</sup>. Ergibt eine Analyse der die arbeitsteiligen Aktivitäten normierenden Vorschriften, dass der Gesetzgeber diese gegenüber Einmannunternehmungen z. B. bewusst privilegieren (oder benachteiligen wollte), kommt dem Gleichbehandlungsprinzip nur noch eingeschränkte Bedeutung zu. Dies wird nachfolgend untersucht<sup>563</sup>.

<sup>560</sup> Solche Fragen wurden ursprünglich unter dem Stichwort «Drittwirkung» diskutiert, wobei die Kontroverse vor allem bei der Frage der direkten Drittwirkung intensiv geführt wurde. Mit dem Erlass von Art. 35 Abs. 3 BV, der «Resultat» der Drittwirkungsdiskussion ist, hat die Kontroverse klar an Bedeutung verloren (BV-THÜRER/AUBERT/MÜLLER-MÜLLER § 39 N 36). Zur Rechtslage in Deutschland siehe LARENZ/CANARIS 155.

<sup>561</sup> BV-THÜRER/AUBERT/MÜLLER-MÜLLER § 39 N 33.

<sup>562</sup> Für das deutsche Recht so auch BAUM 164.

<sup>563</sup> Hinten S. 119 ff.

Die zweite Problematik der Heranziehung des Gleichstellungsarguments liegt darin, dass dieses naturgemäss selbst höchst konkretisierungsbedürftig ist: Rechtsgleichheit bedeutet, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich behandelt wird. Kann damit überhaupt das Wissen einer Einzelperson, eines der Wahrnehmung tatsächlich fähigen Menschen, mit demjenigen einer fingierten, selbst nicht wahrnehmungsfähigen juristischen Person (bzw. einer anderen arbeitsteiligen Organisation) verglichen werden, was die Anwendung des Gleichheitsprinzips insgesamt in Frage stellen könnte? Oder führt die Beachtung der relevanten Unterschiede dazu, dass – wegen des Gebots relativer Gleichbehandlung – aus der Betrachtung der Wissensbestimmung bei natürlichen Personen nichts für die Wissenszurechnung bei juristischen Personen gewonnen werden kann?

## 2. Vorfrageweise Prüfung der gesetzgeberischen Bewertung arbeitsteiliger im Verhältnis zu «Einmann»-Aktivitäten

### a) Zulässigkeit eines Vergleichs der Wertungen

Vorne wurde ausgeführt, dass aus den verschiedenen Bestimmungen, die Aspekte des Wirtschaftens unter Beiziehung von Hilfspersonen etc. regeln, z. B. den Artikeln 55 Abs. 2 ZGB, 55 Abs. 1 OR, 101 OR (nachfolgend untechnisch «Personalhaftungstatbestände» genannt), nicht *direkt* auf eine Lösung für die Wissenszurechnung geschlossen werden kann, da diese Tatbestände eine *Haftung für das Verhalten* der für eine juristische Person oder andere Organisation tätigen Personen statuieren. Trotzdem können die entsprechenden Regeln auf die ihnen zugrunde liegenden Bewertungen arbeitsteiliger Aktivität hin untersucht werden und die vorgefundenen *Wertungen* für die Wissenszurechnung bei juristischen Person und Organisationen fruchtbar gemacht werden. Denn die Vergleichbarkeit der den Personalhaftungstatbeständen<sup>564</sup> zugrunde

<sup>564</sup> Zu diesem Begriff soeben oben im Text.

liegenden Sachverhalte mit denjenigen der Wissenszurechnung ist gegeben. In beiden Fällen geht es um Zurechnung, verstanden als «Gesamtschau (Addition) tatbestandsrelevanter Verhältnisse bei gleichzeitiger Zuordnung zu einem Rechtssubjekt»<sup>565</sup>; bei Art. 101 Abs. 1 OR etwa um die *Zurechnung* des Verhaltens der Hilfsperson auf den aus einer Obligation Verpflichteten oder ein Recht Ausübenden, indem dieser selbst für den Schaden haftet, den die Hilfsperson in Ausübung ihrer Verrichtungen verursacht,<sup>566</sup> bei der Wissenszurechnung um die Massgeblicherklärung des Wissens bestimmter natürlicher Personen für das Wissen der juristischen Person. In beiden Fallgruppen ist demnach die «Addition tatbestandsrelevanter Verhältnisse bei gleichzeitiger Zuordnung zu einem Rechtssubjekt» im soeben genannten Sinne angesprochen.

Die den Regeln über die Haftung bei arbeitsteiligem Wirtschaften zugrunde liegenden *Wertungen* (nicht die Normen!) sind also grundsätzlich auch für die Beurteilung der Wissenszurechnung zu beachten, um Wertungskongruenz und Widerspruchsfreiheit innerhalb der Privatrechtsordnung sicherzustellen.

#### b) Analyse der Wertungen und deren heutige Relevanz

Baum hat die beim Erlass des BGB der rechtlichen Normierung arbeitsteiliger Aktivitäten zugrunde liegenden Wertungen analysiert und dabei eine Privilegierung arbeitsteiliger Aktivität (im Vergleich zum Einzelunternehmer) festgestellt. Diese Besserstellung ist zum einen wirtschaftspolitisch motiviert, zum andern liegt sie laut Baum in der dem individualistisch-liberalen Gesellschaftsmodell inhärenten Zurechnungsfeindlichkeit als solchen begrün-

<sup>565</sup> So BORK 238 f., der die Zurechnung richtigerweise als Rechtstechnik bezeichnet, die mit verschiedenen Mitteln arbeitet: z. B. Zurechnungsnormen, welche eine (bestimmte) Haftung des einen Rechtssubjekts für Handlungen anderer statuieren (z. B. die genannten ZGB- und OR-Bestimmungen) oder welche die bei einem Rechtssubjekt vorhandenen Gegebenheiten als für ein anderes Rechtssubjekt massgeblich bezeichnen (z. B. Art. 55 Abs. 1 ZGB oder § 166 BGB).

<sup>566</sup> Zur Wissenszurechnung bei Bezug von Hilfspersonen vgl. vorne S. 28 ff.

det<sup>567</sup>. Die *wirtschaftspolitisch motivierte* Privilegierung zeigt Baum am Beispiel der Haftung des Geschäftsherrn für deliktisches Gehilfenverhalten (§ 831 BGB). So schien die Mehrheit in der vorberatenden Kommission – geprägt von der grossen Depression im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts – zu fürchten, dass eine diesbezügliche Haftpflicht den Industriestandort Deutschland wegen damit verbundener höherer Produktionskosten gefährden könnte, bzw. es wurde die Frage einer verschuldensunabhängigen Haftung als Argument von den Interessenvertretern «zur schicksalhaften Grundentscheidung über die Zukunft des Wirtschaftsstandorts Deutschland stilisiert.»<sup>568</sup> Also kann hier ein bewusstes Abweichen vom Gleichbehandlungsprinzip, eine Privilegierung arbeitsteiliger Aktivität im industriepolitischen Interesse festgestellt werden. Der zweite Grund für die Privilegierung war ein gleichsam negativer, nämlich die Zurechnungsfeindlichkeit der damals herrschenden *rechtsphilosophischen Grundüberzeugungen*. Danach schliessen das individualistische Menschbild, die Willenstheorie und das damit verbundene Schuldprinzip eine Schadenersatzpflicht für das Verhalten von Hilfspersonen ohne Nachweis des eigenen Verschuldens des Pflichtigen aus.<sup>569</sup>

Die Wertungen und Überzeugungen, die diesen – arbeitsteilige im Vergleich mit nicht arbeitsteiligen Aktivitäten privilegiert behandelnden – Normen zugrunde liegen, stehen jedoch im Widerspruch zu den Aufgaben des Privatrechts, wie sie heute verstanden werden. So wird die Privatrechtsordnung generell nicht als taugliches Mittel zur wirtschaftspolitischen Steuerung gesehen<sup>570</sup>, und die ursprünglich individualistische Konzeption derselben<sup>571</sup> macht mehr denn je einer Normierung von willens- und verschuldensun-

<sup>567</sup> BAUM 165–170.

<sup>568</sup> BAUM 166.

<sup>569</sup> BAUM 170.

<sup>570</sup> Wenn schon, würde die heute feststellbare Offenheit des Privatrechts für sozialstaatliche Gedanken tendenziell eher zu einer Benachteiligung grosser arbeitsteiliger Organisationen im Vergleich mit den «schwachen» Einmannunternehmungen führen, BAUM 174.

<sup>571</sup> Vgl. dazu und zu deren Hintergründen grundlegend CARONI, insbes. 183 ff.

abhängigen Haftungs- und Zuordnungstatbeständen Platz<sup>572</sup>. Folglich berücksichtigt etwa Baum diese Wertungen bei der Erarbeitung seines Zurechnungskonzepts nicht weiter.<sup>573</sup>

Nachdem das OR und das BGB mit der «jüngere[n] Pandektenwissenschaft» die gleiche «unmittelbare wissenschaftliche Basis»<sup>574</sup> haben, kann für den ideengeschichtlichen Hintergrund der auf arbeitsteilige Verhältnisse anwendbaren Bestimmungen (Art. 55, 101 OR) des schweizerischen Schuldrechts auf die Ausführungen zum deutschen Recht verwiesen werden.<sup>575</sup> In politischer Hinsicht ist das OR ebenfalls gleich wie das BGB «mit dem Liberalismus des 19. Jahrhunderts und der von ihm postulierten Wirtschaftsfreiheit verbunden»<sup>576</sup>. Allerdings ist das ZGB samt seinem 5. Teil, dem OR, gerade im Vergleich zum BGB, wie an anderer Stelle gezeigt, von «erhöhter sozialer Valenz»<sup>577</sup>. Es ist mehr von «sozialem Individualismus geprägt» als das «deutlich individualistisch» ausgestaltete BGB.<sup>578</sup>

Fazit: Trotz ursprünglich möglicherweise vorgesehener Privilegierung arbeitsteiliger Organisationen ist eine solche aus den dargelegten Gründen im schweizerischen und deutschen Recht nicht

<sup>572</sup> Vgl. BSK-WIEGAND Art. 99 OR N 9 f.; BAUM 175. Z. B. Kausalhaftungen, Haftung aus der Schaffung von Gefährdungstatbeständen, Heranziehen von verschuldensunabhängigen Haftungskriterien wie Rolle, Funktion; gesetzliche Schuldverhältnisse; Vertrauenshaftung; Garantshaftung im Rahmen der Produkthaftungspflicht etc.

<sup>573</sup> Dies lässt sich auch mit dem Alter der legislatorischen Absichten begründen, vgl. dazu etwa TUOR/SCHNYDER/SCHMID 38; BGE 116 II 415.

<sup>574</sup> BUCHER AT 18; vgl. auch EUGEN BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: wo stehen wir heute im Vertragsrecht, ZSR 102 1983, 304/5. Eine hilfreiche Darstellung des geistesgeschichtlichen Hintergrunds (auch) des OR findet sich etwa bei THOMAS KOLLER Privatrecht und Steuerrecht 50 ff.

<sup>575</sup> Vorne S. 117 ff.

<sup>576</sup> THOMAS KOLLER Privatrecht und Steuerrecht 51; vgl. grundlegend zum sozialhistorischen Hintergrund des schweizerischen Privatrechts CARONI, insbes. 183 ff.; vgl. auch ABEGGLEN Summum ius 111 f.

<sup>577</sup> ABEGGLEN Summum ius 111.

<sup>578</sup> ABEGGLEN Summum ius 112. Das schweizerische Schuldrecht ist auch «besonders offen für kasuistische und einzelfallgerechte Lösungen» (ABEGGLEN Summum ius 113; dies dank dem – im Vergleich mit dem BGB – weitgehenden Verzicht auf «systematisch geschlossene [...] Regelung von grösstmöglicher Vollständigkeit» (BK-LIVER I/1 N 125).

mehr sachgerecht. Die Normen, die arbeitsteilige Aktivitäten privilegieren, vermögen deshalb die Anwendung des Gleichheitsprinzips in Fragen der Wissenszurechnung nicht zu relativieren.

### 3. Dem Personenbegriff zu entnehmende Aufschlüsse über Gleich- oder Ungleichbehandlung von juristischer und natürlicher Person

Die Heranziehung des Gleichbehandlungsprinzips für die Bestimmung des Wissens der juristischen Person setzt voraus, dass der Gesetzgeber die beiden Personenarten im Wesentlichen gleichstellen wollte. In Anbetracht der häufigen Anrufung des Gleichbehandlungsprinzips<sup>579</sup> erstaunlich, untersucht Baum als einziger Autor, ob die der Anwendung dieses Prinzips zugrunde liegende *Annahme zutrefte*, wonach es sich bei der natürlichen und der juristischen Person «um wertungsmässig gleiche Tatbestände» handle. Er legt dabei dar, dass die im gesetzlichen Personenbegriff<sup>580</sup> enthaltene Gleichstellung von natürlicher und juristischer Person von sehr beschränkter Reichweite ist, da der *Personenbegriff* ein formaler ist, der sich einzig durch das natürlicher und juristischer Person gemeinsame Merkmal der Rechtsfähigkeit auszeichne. Dies bedeute, so BAUM, dass aus dem einheitlichen Personenbegriff nur etwas für die Rechtsfähigkeit, aber nichts für die Frage der Wissenszurechnung abgeleitet werden könne.<sup>581</sup>

Das *schweizerische* Recht legt dagegen nebst der Rechtsfähigkeit der juristischen Person in Art. 53 ZGB in Art. 54 ZGB ausdrücklich fest, dass die juristische Person handlungsfähig (im Sinne von Art. 12 ZGB) ist. Der deutschen und der schweizerischen Rechtsordnung liegt diesbezüglich das vom ZGB explizit genannte Prinzip zugrunde, dass die juristische Person grundsätzlich mit gleichen rechtlichen Möglichkeiten wie die natürliche Person ausge-

<sup>579</sup> Dazu hinten S. 124.

<sup>580</sup> Das ZGB unterteilt die Personen, verstanden als Rechtsträger, in zwei Gruppen, scil. die natürlichen und die juristischen Personen (vgl. Erster Titel bzw. Zweiter Titel des Ersten Teils des ZGB).

<sup>581</sup> BAUM 181.

stattet ist, soweit diese «nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen ... zur notwendigen Voraussetzung haben.»<sup>582</sup>

Als *Fazit* ergibt sich: Gerade im schweizerischen Recht und vor dem Hintergrund von Art. 12 ZGB ist dem Begriff der juristischen Person durchaus zu entnehmen, dass der Zivilgesetzgeber selbst, ohne dass es dazu noch des spezifischen Abstellens auf das Verfassungsrecht bedürfte, juristische Personen *so weitgehend wie möglich gleich wie natürliche Personen behandelt* wissen will.<sup>583</sup> Dies lässt das Gleichstellungsargument grundsätzlich als taugliches Kriterium zur Bestimmung des Wissens der juristischen Person erscheinen.

#### 4. Kernaussagen des Gleichbehandlungsprinzips

Nachfolgend ist *materiell* zu prüfen, was Gleichbehandlung von natürlichen Personen einerseits und juristischen Personen (bzw. anderen arbeitsteiligen Organisationen) andererseits *für die Wissenszurechnung* bedeutet.

Das Gleichbehandlungsprinzip besagt, dass eine Organisation<sup>584</sup> im Vergleich mit einer Einzelperson bei der Bestimmung des Wissens weder privilegiert noch benachteiligt werden dürfe<sup>585</sup>. Von der juristischen Person aus betrachtet geht es um eine sachgerechte Anpassung der Wissensbestimmungskriterien von natürlichen Personen an die arbeitsteilige Persönlichkeitserweiterung<sup>586</sup> der juristischen Person bzw. Organisation. Dieses Prinzip zur Bestimmung

<sup>582</sup> Art. 53 ZGB.

<sup>583</sup> Vgl. dazu auch den Hinweis vorne S. 117 auf BYDLINSKI System 142 f. und 773, Prinzip Nr. 11. Unter dem Vorbehalt historischer Privilegierung arbeitsteiliger Organisationen, welche jedoch nicht mehr von aktueller Bedeutung ist, siehe dazu vorne S. 120 ff.

<sup>584</sup> Nachfolgend wird nur noch von juristischen Personen gesprochen, ausser wenn eine unterschiedliche Behandlung von juristischen Personen und Organisationen erfolgt.

<sup>585</sup> In der Literatur wird der Vergleich z. T. zwischen natürlichen und juristischen Personen (z. B. SCHÜLER 75; BAUM 178 f.), z. T. zwischen Alleinunternehmern und arbeitsteiligen Unternehmen (z. B. CANARIS Bankvertragsrecht N 106; DREXL 505) vorgenommen.

<sup>586</sup> Begriff nach SCHÜLER 75.

des Wissen bei juristischen Personen wird dabei in Judikatur und Literatur meistens nicht näher begründet<sup>587</sup>, sondern vorausgesetzt, ja gar als «Gerechtigkeitsgebot» bezeichnet.<sup>588</sup> Baum meint dazu denn auch, das liege wohl daran, «dass vom Gleichstellungsargument ... eine schon suggestive Überzeugungskraft» ausgehe<sup>589</sup>. Allerdings ergibt sich das Gleichbehandlungsprinzip, wie oben gesehen, aus Verfassungs- und Gesetzesrecht.

Gestützt auf das Gleichbehandlungsprinzip findet in erster Linie eine Gleichbehandlung der juristischen mit der natürlichen Person, hier in der Beurteilung des Wissens, statt. Wie auch der BGH erkennt, wird das Gleichbehandlungsprinzip aber – gleichsam auf einer zweiten Ebene – auch für die Bestimmung des Wissens von anderen arbeitsteiligen Organisationen herangezogen.<sup>590</sup> Sein Anwendungsbereich wird also über die Kategorien der natürlichen und juristischen Personen hinaus erweitert.

#### 5. Materielle Prüfung

##### a) Ansatzpunkt – Vergleichsbasis

Gerade um die gesetzgeberische Risikoverteilung – die sich unabhängig von der Kategorie der Normadressaten bestimmt – nicht zu unterlaufen, muss das *Wissen der juristischen Person mit dem Wissen der natürlichen Person als Einzelperson verglichen* werden. *Nicht*, wie etwa auch vorgeschlagen wird<sup>591</sup>, mit dem Wissen der Einzelperson, die eine Hilfsperson einsetzt. Dies ist zunächst schon deshalb falsch, weil man diesfalls zumindest das Wissen der juristischen Person, die ebenfalls Hilfspersonen heranzieht, betrachten müsste<sup>592</sup>. Zudem machen gesetzliche Zurechnungsnormen über

<sup>587</sup> Siehe etwa CANARIS Bankvertragsrecht N 106; SCHÜLER 75; DREXL 505; BGH 2. 2. 1996, NJW 1996, 1339.

<sup>588</sup> CANARIS Bankvertragsrecht N 106.

<sup>589</sup> BAUM 179.

<sup>590</sup> BGH NJW 1996, 1339 1341.

<sup>591</sup> BAUM 184 f.

<sup>592</sup> Soweit BAUM stillschweigend davon ausginge, müsste ihm vorgeworfen werden, den Grundsachverhalt, nämlich die juristische Person, die nur durch ihre Organe handelt und aus diesen besteht, nicht zu betrachten.

das Verhalten von Hilfspersonen (Art. 101 OR) keinen Unterschied danach, ob die Hilfspersonen solche natürlicher oder juristischer Personen sind. Weiter würde der soeben erwähnte Vergleich daran scheitern, dass er eine Gleichung eröffnet, deren beide Seiten die gleichen Unbekannten enthalten. Denn es ist ja gerade Untersuchungsgegenstand, wie das Wissen innerhalb von arbeitsteiligen Organisationen zu bestimmen ist. Dies kann nur im Vergleich mit dem prototypischen Normadressaten, der eine allein handelnde, natürliche Person ist<sup>593</sup>, bestimmt werden.

Ein Vergleich also der juristischen Person mit der «Privatperson, die eine Hilfsperson einsetzt»<sup>594</sup>, ist nicht zielführend, gerade weil es sich hier «um dasselbe Phänomen handelt wie bei einer Organisation, nämlich um eine arbeitsteilige Struktur»<sup>595</sup>, wo sich die gleichen – ungelösten – Zurechnungsprobleme wie bei juristischen Personen stellen.

Folglich ist für die Untersuchung mittels des Gleichbehandlungsprinzips zwischen juristischer Person (egal, ob mit oder ohne Hilfspersonen) und allein «auftretender» natürlicher Person zu unterscheiden. Dabei soll zunächst die Bestimmung des Wissens der natürlichen Person untersucht werden.

b) Das Wissen natürlicher Personen

aa) Tatsächliche Kenntnis

Die Fälle, wo der Wissenstatbestand Wissenmüssen nicht genügen lässt, sondern (*präsentes*) Wissen voraussetzt, sind im schweizerischen Recht weniger zahlreich als diejenigen des Wissenmüssens. Zu nennen sind etwa Art. 933 Abs. 2 OR, Art. 60 Abs. 1 OR, Art. 200 Abs. 1 OR, Art. 30 VVG<sup>596</sup>, weiter etwa das Wissen um die Täuschung bei Art. 28 Abs. 1 OR<sup>597</sup>.

<sup>593</sup> Dazu vorne S. 125.

<sup>594</sup> BAUM 185.

<sup>595</sup> BAUM 185.

<sup>596</sup> Für weitere Beispiele aus dem VVG siehe vorne S. 89 ff.

<sup>597</sup> «Fahrlässige Falschangaben» genügen nicht, wohl aber eventualvorsätzliches Handeln, siehe BSK-SCHWENZER Art. 28 OR N 11.

Die Frage nach der *Kenntnis einer natürlichen Person* erscheint auf den ersten Blick – fälschlicherweise – materiell-rechtlich als unproblematisch,<sup>598</sup> da eine reine Tatfrage betreffend.<sup>599</sup> Zwar handelt es sich *auch* um eine Tatfrage, aber nicht nur. Denn in Anbetracht der faktischen Unmöglichkeit einer Überprüfung, ob ein Mensch tatsächliche Kenntnis von einem Umstand hat, sowie der Tatsache, dass es auch naturwissenschaftlich als ausgeschlossen gilt, Kenntnis exakt festzustellen,<sup>600</sup> bedarf es auch zur Bestimmung des Wissens natürlicher Personen einer Wertung. Während dies kaum relevant ist, wenn die Person Kenntnis überzeugend (egal etwa, woher, weshalb und wie das Wissen erlangt wurde) eingesteht, ergibt sich die Problematik bereits, wenn die natürliche Person in Abrede stellt, etwas zu wissen bzw. gewusst zu haben. Dann stellt sich – da es beim Wissen um eine nur dem Betroffenen bekannte Bewusstseinslage geht – einmal eine beweisrechtliche Frage, wann mit (je nach erforderlichem Beweismass) genügender Wahrscheinlichkeit *vom tatsächlichen Bestehen des aktuellen Wissens* ausgegangen werden kann. Welche Indizien es jedoch sind, die darüber entscheiden, ob nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden kann, dass eine Person etwas weiss oder z. B. wieder vergessen hat, sind normative *Wertungsentscheide*.<sup>601</sup> Genannt werden etwa Kriterien wie Wesentlichkeit der Information, Zeitpunkt der Informationser-

<sup>598</sup> Es dürfte bezeichnend sein, dass etwa von TUHR/PETER 178 f. sich zwar ausführlich der Einordnung von Wissen in die passende Kategorie von «Rechtshandlungen» widmen, und auch einen guten Überblick über die Tatbestände geben, für welche Wissen oder Wissenmüssen relevant werden, jedoch nicht auf die Problematik der Feststellung des Wissens eingehen. Sie belassen es bei der Definition, dass Wissen «die bei einer beteiligten Person in einem bestimmten Moment vorhandene oder nicht vorhandene Kenntnis eines Umstandes» sei, von dem sich etwa die Vermutung dadurch unterscheidet, dass dieser Vorstellung ein «geringerer Grad der Sicherheit» eigen sei.

<sup>599</sup> BOTT 147 dies ebenfalls als unzulässige Vereinfachung kritisierend.

<sup>600</sup> Vgl. dazu CHOU 18 m. w. H.

<sup>601</sup> BOTT 147, dahingehend auch CHOU 18, wonach mangels tatsächlicher Beweisbarkeit des Wissens «dem Jurist ... nur das Abstellen auf eine rechtliche Wertung sowie der Bezug von Erfahrungswerten» verbleibe.

langung sowie Bedeutung der von der Information betroffenen Geschäfte<sup>602, 603</sup>.

Für die nachfolgende Übertragung der Wissenskriterien auf die juristische Person ist dies von grosser Bedeutung: *Es zeigt sich nämlich, dass auch bei der natürlichen Person zur Bestimmung des aktuellen Wissens Wertungen vorzunehmen* sind. Denn es kann naturgemäss – da es bei der aktuellen Kenntnis um innere Bewusstseinsvorgänge geht – *nicht tatsächlich* festgestellt werden, welches das aktuelle Wissen war, sondern nur mittels Wertungen auf ein unter gegebenen Umständen typischerweise präsentenes Wissen geschlossen werden. In diesem Sinne ist auch die Frage der Kenntnis einer natürlichen Person ein «regelungs- und bewertungsbedürftiges Problem», das «nur im Blick auf Menschen nicht ohne weiters deutlich [wird], weil es geläufige und konsensfähige Alltagsvorstellungen darüber gibt, was «Kenntnis» bedeutet».<sup>604</sup> Abgesehen davon, dass es auch naturwissenschaftlich unmöglich ist, Wissen eines Menschen zu bestimmen (somit erst recht eine solche Beurteilung durch den Richter undenkbar ist), ist auch Wissen einer natürlichen Person letztlich eine rechtliche Konstruktion, ein normativer Begriff.

#### bb) Wissenmüssen

Ob aktuelle Kenntnis vorliegt, ist i. d. R. nicht zu bestimmen,<sup>605</sup> wenn bereits Wissenmüssen für die Verwirklichung des Tatbe-

<sup>602</sup> SCHÜLER 76.

<sup>603</sup> Vgl. ZK-BAUMANN Art. 3 ZGB N 15 (e); BK-JÄGGI Art. 3 ZGB N 122 ff.

<sup>604</sup> BOTT 147.

<sup>605</sup> Es sei denn, dass die Unterschiede in der Wissensform (aktuelle Kenntnis, Wissenmüssen) unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen, was z. B. bei der Bemessung des Schadenersatzes im deliktischen (Art. 43 Abs. 1 OR) und im vertraglichen Bereich (Art. 99 Abs. 3 i. V. m. Art. 43 Abs. 1 OR) der Fall ist, indem dort für die Bestimmung des Schadenersatzumfangs der Verschuldensgrad und damit die Frage, ob der Schädiger aktuelle Kenntnis oder bloss Kenntnismöglichkeit hatte, angesprochen wird. Vgl. dazu ROBERTO 266 mit ausführlichen Erläuterungen zur Entwicklung der Doktrin in der Frage, ob der Verschuldensgrad für die Schadenersatzbestimmung zu berücksichtigen sei (op. cit. 249 ff.); BSK-SCHNYDER Art. 43 OR N 6 ff.

stands ausreicht. Wann eine Person etwas wissen *muss*, bestimmt sich nach dem Mass der Sorgfalt, wie es von Art. 3 Abs. 2 ZGB aufgestellt wird, nämlich «der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen ... verlangt werden konnte ...», bei deren Fehlen die Berufung auf den guten Glauben nicht zulässig ist. Hieraus ergibt sich die Pflicht zur *Abfrage von Wissensspeichern*.<sup>606</sup>

#### cc) Fazit

Aus der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsprinzips auch für die Fragen nach der Wissenszurechnung<sup>607</sup> ergibt sich, dass die Wissenszurechnung bei arbeitsteiligen Organisationen bzw. der juristischen Person von den Grundwertungen her nicht anders bestimmt werden sollte als das Wissen natürlicher Personen.

Es zeigte sich dabei, dass der einfachere Fall derjenige des *Wissenmüssens* ist: Dieses bestimmt sich bei natürlichen Personen danach, was der Person bei gebotener Aufmerksamkeit hätte bekannt sein können, diese aber infolge mangelnder Sorgfalt tatsächlich nicht wusste. Überträgt man dies auf die juristische Person, so kann das dieser Überlegung zugrunde liegende Prinzip der *ordnungsgemässen Wissensorganisation* ohne weiteres als Leitmotiv für die Wissensbestimmung herangezogen werden.

Schwieriger ist es beim *aktuellen Wissen*: Der Vergleich natürlicher und juristischer Personen darf erst dann als zulässig erachtet werden, wenn man erkennt, dass auch aktuelles Wissen der natürlichen Person *nicht einen Zustand meint, den diese ohne jegliche Anstrengung erreicht*, sondern dass auch aktuelles Wissen bereits aus beweisrechtlichen Gründen eine Feststellung ist, die «in Wahrheit nicht die innere Tatsache eines realen Wissens, sondern bloss dessen wahrscheinliches Vorliegen unter typischen Verhältnissen» bedeutet.<sup>608</sup> Da also aufgrund der (naturwissenschaftlichen) Unmög-

<sup>606</sup> Z. B. der Bank, «Oppositionslisten» zu konsultieren, ZK-BAUMANN Art. 3 ZGB N 54 (10); vgl. auch zur gebotenen Aufmerksamkeit BSK-HONSELL Art. 3 ZGB N 37.

<sup>607</sup> Zur Legitimität der Anwendung dieses Prinzips siehe vorne S. 119f. und 124f.

<sup>608</sup> MEDICUS 13.

lichkeit des sicheren Nachweises von Wissen bei einem Menschen *auch aktuelles Wissen immer nur mit Hilfe von «Indizien und Erfahrungssätzen» feststellbar ist*<sup>609</sup>, enthält auch das aktuelle Wissen eine ganz stark *normative* Komponente bzw. ist nach hier vertretener Auffassung ein rein rechtliches Konstrukt, was es juristischen Wertungen zugänglich macht<sup>610</sup>.

Die entscheidende Wertung ist bei natürlichen Personen letztlich ein bestimmter Grad an Aufmerksamkeit, Sorgfalt oder Mühe, bei deren Anwendung ein Mensch unter vergleichbaren Umständen als über eine Tatsache wissend angesehen wird. Den Vergleich weiterführend lässt sich die Aussage machen, was ein Mensch wisse, bestimme sich nach dem, was er typischerweise aus seinem Gedächtnis mit normaler Anstrengung, man könnte auch sagen unter vernünftigem Aufwand unter Berücksichtigung der Bedeutung der Angelegenheit, von dort auch abrufen könne<sup>611</sup>. Dagegen kann – um ein Extrembeispiel zu nennen – nicht verlangt werden, dass eine Person sich etwa in Hypnose versetze, um festzustellen, ob in einer Angelegenheit noch Wissen gespeichert ist. Neben der Frage, inwiefern ein Mensch etwas aus seinem Gedächtnis *abrufen* kann, bestimmt sich auch dessen *Inhalt*, das Erinnerungsvermögen, nur mit einem normativen Massstab, der auf die «Wichtigkeit der Wahrnehmung» und die seit dieser Wahrnehmung vergangene Zeitspanne abstellt.<sup>612</sup>

Es zeigt sich, zusammengefasst, dass *aktuelle Kenntnis Wissen ist, welches eine natürliche Person in Anbetracht der Umstände typischerweise in Erinnerung hat und von dort mit einem vernünftigen Masse an Sorgfalt und Anstrengung abrufen kann.*

#### dd) Übertragung auf die juristische Person

Diese Wissensbestimmungskriterien lassen sich nun aber auch auf die juristische Person – im Sinne des Gleichheitssatzes – anwenden, indem daraus Schlüsse für die Beantwortung etwa der Frage, wel-

<sup>609</sup> MEDICUS 13.

<sup>610</sup> MEDICUS 6.

<sup>611</sup> MEDICUS 15 spricht in diesem Zusammenhang plastisch von «Durchforsten des Gedächtnisses».

<sup>612</sup> MEDICUS 15.

che Informationen wie lange<sup>613</sup> gespeichert werden müssen, gezogen werden können oder indem damit beantwortet werden kann, inwiefern in Wissensspeichern abgelegtes Wissen der juristischen Person angerechnet werden soll. Dabei drängt sich eine *Differenzierung* auf:

Bei *natürlichen* Personen kann unter dem Stichwort des *aktuellen Wissens* nur zugerechnet werden, was als im Gedächtnis vorhanden fingiert wird, und zusätzlich der Inhalt von künstlichen Wissensspeichern, soweit es in Anbetracht der Bedeutung der Angelegenheit und des mit der Suche verbundenen Aufwands zumutbar war, diese Wissensspeicher zu konsultieren. Bei *juristischen Personen* dagegen, die gerade aufgrund der arbeitsteiligen Organisation Informationen z.T. nur in künstlichen Wissensspeichern oder verteilt auf verschiedene natürliche Personen aufbewahren, diese Speicher mithin weitgehend das Pendant zum Gedächtnis der natürlichen Person sind, muss für die Frage der Konsultation solcher Speicher ein strengerer Massstab herangezogen werden: nämlich derjenige, der bei natürlichen Personen für die Abfrage von Wissen aus ihrem Gedächtnis angewendet wird. Danach weiss die juristische Person, was sie in Anbetracht der Umstände typischerweise gespeichert hat, und von dort mit zumutbarem Aufwand abfragen kann, ohne dass aber für die Vornahme der Abfrage ein ganz spezieller Grund vorliegen müsste, ist dies doch für das «Sich-aus-dem-Gedächtnis-Erinnern» auch nicht gefordert.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass eine *juristische Person aktuelles Wissen* nicht nur gerade dann hat, wenn der mit einer Angelegenheit Betraute zufälligerweise auch gerade das fragliche Wissen präsent hatte, sondern bereits dann, *wenn dieses Wissen, sei es geteilt oder ungeteilt, in künstlichen Wissensspeichern oder bei (anderen) Personen vorhanden gewesen war, und sich dieses Wissen mit in Anbetracht der Umstände vernünftigem Aufwand hätte erschliessen lassen.* Dahinter zeigen sich wiederum Kriterien wie ordnungsgemässe Organisation, Zumutbarkeit, Möglichkeit der Informationsabfrage, und Bedeutung der Information.

<sup>613</sup> MEDICUS 15 sagt denn auch, dass der Gleichheitsgrundsatz der juristischen Person das Vergessen ermögliche.

## ee) Methodischer Hinweis

Hier könnte eingewendet werden, ein zumindest ähnlicher Massstab gelte ja auch für das *Wissenmüssen*, was auf die Fehlerhaftigkeit der bisherigen Überlegungen hindeute. Das Gegenteil ist der Fall. Genauso wie bei der natürlichen Person lassen sich aktuelles Wissen und Wissenmüssen bei der juristischen Person nur normativ bestimmen. Dies impliziert die Anwendung eines bestimmten Wertungsmasstabes, der sich nicht prinzipiell, qualitativ, sondern immer nur graduell – hinsichtlich der Höhe der Anforderungen – unterscheidet.<sup>614</sup> Der Unterschied zwischen Wissen und Wissenmüssen ist aus der Sicht des Rechts demnach nur ein *quantitativer*, was sich naturgemäss auch auf die Kriterien zu deren Bestimmung auswirken muss, d. h. erklärt, weshalb diese für das aktuelle Wissen im Vergleich zum Wissenmüssen nicht von grundsätzlich anderer Natur sind.

## c) Anwendung der Kriterien bei der juristischen Person

## aa) Wissenmüssen

Wendet man diese vorgefundenen Kriterien auf die Wissensbestimmung bei juristischen Personen an, zeigt sich, dass das *Kriterium der gebotenen Aufmerksamkeit*, das mit *ordnungsgemässer Wissensorganisation* gleichgesetzt werden kann, ohne prinzipielle<sup>615</sup> Schwierigkeiten zur Bestimmung des *Wissenmüssens* juristischer Personen heranziehbar ist.

## bb) Wissen

## (1) Kenntnis einer oder mehrerer Personen

Problematisch ist dagegen die Verwertung der Kriterien für die Bestimmung *aktueller Kenntnis*. Abgesehen von den Fällen, wo eine

<sup>614</sup> In diese Richtung auch MEDICUS 13.

<sup>615</sup> Die heiklen Probleme ergeben sich hier aber bei der Bestimmung, was eine gebotene Aufmerksamkeit, eine ordnungsgemässe Wissensorganisation sei, dazu hinten S. 170 ff.

Person, deren Wissen der juristischen Person direkt zugerechnet werden kann<sup>616</sup>, Kenntnis «zugibt», gilt es hier, die bei natürlichen Personen relevanten Wertungskriterien so anzuwenden, dass nicht der Standard des präsenten Wissens überschritten und anstelle dessen bereits der strengere Massstab des Wissenmüssens angelegt wird.

Weiss *eine* der juristischen Person ohne weiteres «zurechenbare» natürliche Person um einen relevanten Sachverhalt als Ganzen, stellt sich auch hier, Beweisschwierigkeiten beiseite gelassen, kein Problem.

Doch wie ist es, wenn das *präsenste Wissen auf mehrere Personen verteilt* ist?<sup>617</sup> Verneinte man hier prinzipiell präsenste Kenntnis, hiesse dies, arbeitsteilige Organisationen, die Wissen intern aufteilen können, gegenüber natürlichen Personen, die ihren Bewusstseinszustand nicht «spalten» können, zu bevorzugen. Um die juristische Person hier nicht zu privilegieren, muss demnach *auf mehrere Personen aufgespaltenes Wissen der juristischen Person durch Addition von Teilwissen zugerechnet* werden. Eine absolute, voraussetzungslose Addition von Teilwissen wäre jedoch wiederum nicht zulässig, denn dadurch würde der Kontrahent einer juristischen Person besser gestellt, als wenn er es mit einer Einmann-Unternehmung zu tun hätte: Denn der Umfang an potentiell verfügbarer Information ist bei einer Organisation unter Berücksichtigung deren grösseren Aktionsradius *überproportional* grösser als bei einem Einpersonenbetrieb<sup>618</sup>. Es gilt deshalb im Falle einer

<sup>616</sup> So – nach formalen Ansätzen – im Falle von Organen. Zu den Kriterien, auf Wissen welcher Personen abgestellt werden kann, vgl. hinten S. 188 ff.

<sup>617</sup> Vgl. dazu auch hinten S. 212 ff.

<sup>618</sup> So wohl auch BOTT 60. Überproportional deshalb, da die Menge an Informationen nicht proportional mit der Grösse des geschäftlichen Wirkungskreises ansteigt, sondern, wenn Teilwissen addiert werden, aufgrund der Wissenskombinationsmöglichkeiten Wissen exponentiell zunimmt. Auch von anderen Autoren wird am Gleichstellungsargumente kritisiert, dass es zu einer Besserstellung des Kontrahenten von (Gross-)Unternehmen führen könne. Sie scheinen diese Auffassung jedoch generell, *also auch für nicht geteiltes Wissen zu vertreten*, so etwa FASSBENDER 128, wenn sie ausführen, im Kontakt mit einem «Eine-Person-Betrieb» käme ihnen nur das Wissen des Geschäftsinhabers zugute, beim Geschäft mit einem Grossbetrieb dagegen das Wissen von mehreren Beschäftigten (FASSBENDER 128). Diese Auffassung übersieht, dass – soweit es nicht um gespal-

Wissensaufspaltung den Mittelweg zwischen Privilegierung und Benachteiligung des Kontrahenten einer Organisation zu finden. *Aufgespaltenes Wissens soll so nur als zusammengefügt betrachtet und der juristischen Person zugerechnet werden, wenn seitens der über Teilkenntnisse verfügenden Person bzw. der diese einsetzenden Organisation ein Anlass bestand, sicherzustellen, dass das fragliche Teilwissen von anderen Stellen innerhalb der Organisation zur Kenntnis genommen oder zumindest abgerufen werden konnte.*<sup>619</sup> *Wann das Bestehen eines solchen Anlasses als gegeben betrachtet werden kann, lässt sich naturgemäss nicht generell-abstrakt festlegen, jedoch können Kriterien genannt werden, deren Vorliegen für eine Zusammenfügung von Teilwissen sprechen.*<sup>620</sup>

- (2) Wissen ist nur (noch) gespeichert bzw. hätte gespeichert werden sollen

Ist Wissen nur (noch) in gespeicherter Form vorhanden, aber keiner natürlichen Person (mehr) präsent, oder hätte es gespeichert werden sollen, drängt sich ein *Vergleich zum Fall der natürlichen Person, die eine bestimmte Information ebenfalls nicht mehr im Gedächtnis, immerhin aber noch in ihren Akten verfügbar* hat, auf: Gilt das dort gespeicherte Wissen als ihr aktuelles Wissen? Von praktischer Relevanz ist diese Frage etwa bei der Anzeigepflichtverletzung gemäss Art. 30 Abs. 1 VVG, wo sich die Frage stellt, ob dem Versicherungsnehmer die wesentliche Gefahrserhöhung auch dann noch als «bekannt» gilt, wenn er diesbezüglich kein Bewusstsein hat, die Gefahrserhöhung (z. B. eine Vorerkrankung) sich jedoch aus seinen Akten ergeben würde.

tenes Wissen geht – die Erweiterung des Wissens aufgrund höherer Anzahl von natürlichen Wissensträgern mit der Erweiterung des Aktionsradius einhergeht und insofern im Vergleich mit einer Einmannunternehmung proportional zum Geschäftsvolumen ansteigt, d. h. grundsätzlich gleich gross ist, wie bei mehreren Einzelunternehmen, denen aber eben auch – genau gleich wie dem Grossunternehmen – entsprechend mehr Kontrahenten gegenüberstehen.

<sup>619</sup> Es versteht sich von selbst, dass die weite Verbreitung moderner Informationstechniken bei der Beurteilung, ob (und innert welcher Frist!) Teilwissen verfügbar zu machen sei, zu berücksichtigen ist. Auch die schweizerische Gerichtspraxis hat darauf schon Bezug genommen, vgl. dazu vorne S. 98 ff.

<sup>620</sup> Dazu ausführlich hinten S. 212 ff.

In der deutschen Rechtsprechung findet sich eine indirekte Aussage zum Fall der nur noch in gespeicherter Form vorhandenen Kenntnis: Vergessenes Wissen wird danach zugerechnet, wenn es solches sei, das typischerweise aktenmässig festgehalten werde.<sup>621</sup> Die Gleichbehandlung gespeicherten Wissens von juristischen und natürlichen Personen muss allerdings dort unterbleiben, wo die Speicherung *nur gerade wegen der Arbeitsteiligkeit der arbeitsteiligen Organisation erfolgt*, sie mithin ein in der Natur derselben liegendes, besonderes Merkmal ist. Dabei geht es nicht darum, dass in Unternehmen im Vergleich zu natürlichen Person u. U. eher und mehr Wissen mittels technischen Hilfsmitteln gespeichert wird. Denn auch natürliche Personen, die ein Einmannunternehmen betreiben, arbeiten dank neuer Informationstechniken mit «künstlicher Intelligenz», was dazu führt, dass eine grosse Fülle an Informationen gespeichert ist. Abzugrenzen sind vielmehr diejenigen Informationen, die gespeichert sind, *weil und nur weil eine arbeitsteilige Organisation* (im Gegensatz zur Privatperson oder zum Einmannunternehmung<sup>622</sup>) vorliegt.

Für die Frage der Wissenszurechnung bedeutet dies folgendes: Sowohl bei natürlichen als auch bei juristischen Personen gibt es einen Bereich von Informationen, die typischerweise gespeichert werden – diese sind den jeweiligen Personen zuzurechnen, sei es im Rahmen von Kenntnis oder Kennenmüssen. Sodann gibt es Sachverhalte, die weder bei natürlichen noch bei juristischen Personen gespeichert werden müssen – sie werden grundsätzlich nicht zugerechnet. Schliesslich – und hier besteht der Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Personen – gibt es Wissen, das von natürlichen Personen im Gedächtnis memoriert wird, bei juristischen Personen dagegen typischerweise nur noch in technischen Datenspeichern verfügbar ist. Es handelt sich dabei um solche Informationen, die mangels eines natürlichen, d. h. menschlichen, Wissensspeichers, solcherart für spätere Nutzungsarten gesichert und verfügbar gemacht werden. Dies kann in der stets gegebenen Möglich-

<sup>621</sup> BGH NJW 1996 1205 ff.

<sup>622</sup> D. h., wo es keinerlei Hilfspersonen, sondern nur den Firmeninhaber und deshalb keine Arbeitsteilung gibt.

keit des Ausfalls oder Austritts einer Person aus der Organisation begründet liegen,<sup>623</sup> oder darin, dass im Rahmen von Arbeitsteilung einzelne Mitarbeiter bewusst nicht mit der Memorierung von Informationen belastet werden sollen und anstelle dessen angewiesen werden, zur Kenntnis genommene Umstände in (elektronische) Speichermedien einzugeben. Ist dies der Fall, bzw. hätte bei ordnungsgemässer Organisation<sup>624</sup> eine Speicherung bzw. Speicherabfrage erfolgen sollen, so kann das (je nachdem nur fiktiv vorhandene) Speicherwissen zugerechnet werden.

### (3) Beispiel: Wissende Person ist ausgeschieden

Ein besonderes Problem, das sich nur bei der juristischen Person stellt, und für das die Erkenntnisse zur Bestimmung des Wissens der natürlichen Person nicht herangezogen werden können, ist das Wissen, das bei einer Person vorhanden war, die vor längerer oder kürzerer Zeit aus den Diensten der Unternehmung ausgetreten ist, *ohne* dass die Kenntnis vor dem Austritt gespeichert worden wäre. Hier liesse sich als Ausgleich zum konstanten, institutionell vorgegebenen Wechsel der Wissensträger, der bei natürlichen Personen nicht auftritt, eine «Pflicht» zur Speicherung solchen Wissens statuieren, und diese Kenntnis dann zurechnen<sup>625</sup>. Diesen Weg hat der BGH in einem Entscheid beschritten, als zu beurteilen war, ob eine Gemeinde den Mangel eines Grundstücks, den der zum Zeitpunkt des Liegenschaftsverkaufs nicht mehr amtierende Bürgermeister gekannt hatte, arglistig verschwiegen habe. Unter Differenzierung zwischen der institutionellen Funktion und dem konkreten Funk-

<sup>623</sup> Vgl. dazu sogleich den nachfolgenden Abschnitt.

<sup>624</sup> Zur Frage, wie sich diese bestimmt und der Erarbeitung der relevanten Details (gemäss der dortigen Verweisung) hinten S. 181 ff.

<sup>625</sup> Vgl. dazu SCHILKEN 138, der den Kenntnisstand ausgeschiedener Personen zurechnen will, wenn er den noch amtierenden Personen auch bekannt war – gerade hier stellt sich das Problem ja gar nicht! – oder hätte bekannt sein müssen. D. h. das *Wissenmüssen* um das präsenste *Wissen* der ausgeschiedenen Personen führt zum präsenten Wissen der juristischen Person – was nicht widersprüchlich ist, da es sich bei diesem Wissenmüssen um eine Zurechnungsform, nicht um eine Wissensform, die ja immer nur von der natürlichen Person selbst ohne Zurechnung erfüllt sein kann, handelt.

tionsträger<sup>626</sup> entschied der BGH, dass *typischerweise aktenmässig festgehaltenes Wissen* zugerechnet werden müsse<sup>627</sup>, dies auch, wenn das konkrete Wissen des Bürgermeisters nicht aktenmässig abgelegt worden war.<sup>628</sup> Das führt nicht etwa zur Anwendung des Wissenmüssen-Standards auf einen Fall des blossen Wissens: Der Bürgermeister wusste, bei ihm ist die Wissensform «Kenntnis» erfüllt; wann die juristische Person als wissend gilt, ist nicht mehr eine Frage der *Wissensform*, sondern eine mit Wertungen zu beantwortende *Zurechnungsfrage*. Zu beachten ist hier – was das Ungenügen der dogmatischen Theorien zeigt – dass nach der Organtheorie das Wissen aller ausgeschiedenen Organe stets und gleichsam für ewig zugerechnet würde<sup>629</sup>. Um Letzteres zu vermeiden und auch der juristischen Person «Vergessen» zu ermöglichen, kann auch in dem hier genannten Beispielfall nur innerhalb einer angemessenen Frist auf das anlässlich des Rücktritts des Wissensträgers zu speichernde Wissen zurückgegriffen werden. Denn es gehört zum *Wesen* typischerweise aktenmässig festgehaltenen Wissens, dass die körperlichen bzw. elektronischen Datenträger je nach Bedeutung der gespeicherten Information nach einem gewissen Zeitablauf vernichtet bzw. gelöscht werden. Zur Bestimmung der Speicherdauer wird man dabei einerseits einen Vergleich mit der Situation bei natürlichen Personen anstellen, andererseits gesetzliche Aufbewahrungsvorschriften heranziehen.<sup>630</sup>

## 6. Fazit

Das Gleichstellungsargument, d. h. die Bestimmung des Wissens der juristischen Person anhand von Kriterien, die bei der Bestim-

<sup>626</sup> Die Unterscheidung zwischen Funktion und Funktionsträger und ihre Bedeutung für die Wissensbestimmung wird später aufgenommen.

<sup>627</sup> BGH vom 8. 12. 1989 NJW 1990 975 f.

<sup>628</sup> Ausführlich zu den Details dieser Dokumentationspflicht siehe ERTEL 38 ff., mit Hinweisen zur Archivierungsdauer, die nach ihrer Auffassung 30 Jahre betrage, dies im Gegensatz zum dort auch diskutierten BGH-Erscheid, der eine an der typischen Vergesslichkeit natürlicher Personen anknüpfende Dauer statuiert.

<sup>629</sup> So die lange Zeit h. L., vgl. dazu vorne S. 64 sowie etwa BAUMANN (ihr selbst nicht zustimmend) m. w. H. 285 f.

<sup>630</sup> Dazu hinten S. 187.

mung des Wissens von natürlichen Personen gelten, ist ein zulässiges und für einen Grossteil der möglichen Fälle der Wissensbestimmung bei juristischen Personen anwendbares Prinzip. Die diesem Prinzip zugrunde liegenden Wertungen und aus ihm abgeleiteten Kriterien sind deshalb in einer Gesamtlösung zu beachten.<sup>631</sup> In Fällen, die Besonderheiten aufweisen, die es in dieser Form bei natürlichen Personen nicht gibt, vermag das Gleichstellungsargument jedoch mangels einer Referenzlösung bei der natürlichen Person nicht abschliessend zur Lösung beizutragen. Hier bedarf es zusätzlicher, z. T. kompensatorischer Wertungen, die aus anderen Prinzipien abgeleitet werden müssen.<sup>632</sup>

### III. Effizienz als Wertungselement der Bestimmung der Wissenszurechnung

#### 1. Vorbemerkungen

«Law and Economics», der auf dem Prinzip der Reichtumsmaximierung basierende Theorieansatz,<sup>633</sup> der der Ökonomie vor anderen Ordnungsmitteln wie dem Recht das Primat einräumt, wurde im deutschsprachigen Raum unter dem Begriff ökonomische Analyse des Rechts bekannt<sup>634</sup>. Neben der umfassenden ökonomi-

<sup>631</sup> Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher, -korrespondenz und Buchungsbelege während zehn Jahren (Art. 962 Abs. 1 OR).

<sup>632</sup> Hinten S. 152 ff.

<sup>633</sup> Grundlegend dazu im US-Schriftum RICHARD A. POSNER *Economic Analysis of Law* 3. A. Boston/Toronto 1986; RONALD H. COASE *The Firm, the Market and the Law* Chicago/London 1988; R. COOTER/TH. ULEN *Law and Economics* Glenview 1988; WERNER Z. HIRSCH *Law and Economics* 2. A. Boston 1988.

<sup>634</sup> Siehe etwa PETER BEHRENS *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts* Tübingen 1986; MICHAEL ADAMS *Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? – Über Nutzen und Frommen der ökonomischen Analyse des Rechts* *Jura Zeitschrift für juristische Ausbildung* 1984 337 ff.; C. OTT/H.-B. SCHÄFER *Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?* *JZ* 43 1988 213 ff.; SCHÄFER *Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts*, in OTT/SCHÄFER (Hrsg.) *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung* Berlin/Heidelberg 1989 1 ff.; TAUPITZ *Ökonomische Analyse* 114 ff.; EIDENMÜLLER *Rechtsanwendung* 80 ff. Einen guten Überblick über die Theorie und eine

schen Theorie des Rechts<sup>635</sup> enthält dieser Theorieansatz – wie es dessen deutsche Umschreibung zum Ausdruck bringt – eine *Analysetechnik*, mittels der Rechtsnormen unter modellhaften Bedingungen auf ihre *Allokationseffizienz* hin überprüft werden können. Eine Analyse möglicher Ausgestaltungen der Wissenszurechnung anhand des Kriteriums Effizienz ist zur Suche nach der positiv-rechtlich richtigen Normierung der Wissenszurechnung zulässig, da – es liegt bei der Frage der Wissenszurechnung eine echte Lücke vor – der Gesetzgeber nicht ein Lösungsmodell gewählt hat, das sich bewusst für ein nichteffizientes Zurechnungskonzept aussprechen würde.<sup>636</sup> Hat sich der Gesetzgeber nicht für eine ineffiziente Lösung entschieden, kommt der Allokationseffizienz als Beurteilungskriterium für die Ausgestaltung rechtlicher Regelungen aber «grundlegende Bedeutung zu», da «effiziente Nutzung knapper Ressourcen ... der ineffizienten prinzipiell überlegen»

Sammlung von (ins Deutsche übersetzten) bedeutenden Texten von u. a. POSNER, COASE UND CALABRESI finden sich in ASSMANN/KIRCHNER/SCHANZE *Ökonomische Analyse des Rechts* Tübingen 1993. In der Schweiz haben sich u. a. intensiv mit Law and Economics bzw. der Ökonomischen Analyse des Rechts befasst: VON DER CRONE *Rahmenverträge* 7 ff. (mit der grundlegenden Kritik, dass es der ökonomischen Theorie des Rechts nicht gelinge, «den Vorrang der Reichtumsmaximierung unter den in Frage kommenden sozialen Ordnungsprinzipien tragfähig zu begründen», op. cit. 5); SCHLUEP *Anmerkungen zur Ökonomischen Analyse des Markenrechts* FS Pedrazzini Bern 1990 715 ff.; aus neuerer Zeit etwa RUFFNER *Publikumsgesellschaft* 3–123 (allgemein) sowie 127–345 («Grundzüge einer ökonomischen Theorie des Rechts der Publikumsgesellschaft»).

<sup>635</sup> Die ökonomische Analyse des Rechts «versteht sich selbst als die heute fruchtbarste positive Theorie des Rechts», deren Mangel jedoch in der ausschliesslichen Fokussierung auf «die Beschreibung der Auswirkungen von Rechtsnormen im Hinblick auf die optimale Ressourcenallokation» liegt, ASSMANN *Transformationsprobleme* 39, in Assmann/Kirchner/Schanze, *Ökonomische Analyse des Rechts* Tübingen 1993.

<sup>636</sup> «Das politische System, der Gesetzgeber, kann Ineffizienz wählen, sei es, weil Werten aus anderen Bereichen der Gesellschaft Vorrang eingeräumt werden soll, sei es aber auch bloss, weil die effiziente Lösung nicht konsensfähig ist. Weder im einen noch im anderen Fall hat das Rechtssystem eine generelle Kompetenz zur Überprüfung einwandfrei zustandgekommener, politischer Entscheidungen auf ihre ökonomische Rationalität.» VON DER CRONE *Rahmenverträge* 79.

ist.<sup>637</sup> Dies bedeutet indes nicht, dass bei Fehlen eines gesetzgeberischen Entscheids für eine nichteffiziente Lösung dem Effizienzprinzip bei der Rechtsfortbildung stets Vorrang zukommen würde; «konkurrierende nichtökonomische» Ziele können dazu führen, dass sich der Richter in der Rechtsanwendung und -fortbildung «ganz bewusst für die ökonomisch suboptimale Lösung entscheidet»<sup>638</sup>. Bei einer informationsrechtlichen Frage wie der Wissenszurechnung, die Wirtschaftlichkeitsüberlegungen gut zugänglich ist, dürfte dies allerdings wohl eher selten der Fall sein, da hier anders als ausserhalb des Vermögensrechts ethische Gedanken eine geringere Rolle spielen.<sup>639</sup>

Wenn nachfolgend bestimmte Fragen aus dem Bereich der Wissenszurechnung unter dem Gesichtspunkt der Effizienz analysiert werden sollen, kann es, wo es wie hier um die Ausarbeitung von für die Wissenszurechnung im Allgemeinen gültigen Kriterien geht, nicht Ziel sein, einzelne Detailprobleme der Wissenszurechnung zu untersuchen. Mangel quantitativer Informationen über Kosten

<sup>637</sup> VON DER CRONE Rahmenverträge 79. In diesem Sinne ist Effizienz bloss – aber immerhin – subsidiäres Entscheidungskriterium, *ders. loc. cit.* Vgl. auch TAUPITZ Ökonomische Analyse 149: «Effizienz als Aspekt zulässiger Gesetzeskonkretisierung.» Zur Kritik an VON DER CRONES Haltung zur ökonomischen Analyse des Rechts, der deren Wert für die Rechtswissenschaft bloss in einem analytischen Instrument sieht (82 f.), siehe RUFFNER Publikums-gesellschaft 12.

<sup>638</sup> EIDENMÜLLER 134, welcher der ökonomischen Analyse bei der Rechtsfortbildung nur dort eine Berechtigung zuweist, wo der Gedanke der Effizienz «bereits heute ein Rechtsprinzip ist» (*loc. cit.*). Dies ist nicht, wie EIDENMÜLLER 126 ff. behauptet, nur dann der Fall, wenn «Identität» zwischen dem Effizienzgedanken und anderen, «herkömmlichen Gerechtigkeitsargumenten und Rechtsprinzipien» besteht, sondern es genügt dazu, dass andere anerkannte Wertungen der Privatrechtsordnung – und sei es nur implizit – auch Wirtschaftlichkeitsüberlegungen enthalten, wie dies etwa beim Vertrauensschutz, der Rechtssicherheit und Zumutbarkeitsüberlegungen ohne Zweifel zutrifft. Vgl. zu diesen Prinzipien hinten S. 153 f.

<sup>639</sup> Selbst wenn dies ausnahmsweise der Fall sein sollte, hat die ökonomische Analyse ihren Stellenwert. Sie «zeigt annäherungsweise den Preis auf, der für die Verwirklichung einer als «gerecht» empfundenen Lösung zu zahlen ist, und bewirkt zumindest eine Begründungslast, wenn eine ineffiziente Lösung verwirklicht werden soll.» TAUPITZ Ökonomische Analyse 166. Den Kritikern der ökonomischen Analyse kann damit entgegengehalten werden, dass diese «[I]n letzter Konsequenz ... sogar die ethischen (nichtökonomischen) Fundamente des Rechts stärken» kann, TAUPITZ Ökonomische Analyse 166 f.

und Nutzen detaillierter Lösungsaspekte wäre eine solche Analyse auch gar nicht sinnvoll durchführbar.<sup>640</sup> Immerhin mögen ökonomische Überlegungen Hinweise zur Ausgestaltung eines Lösungskonzepts für die Wissenszurechnung zu geben. Diese Überlegungen müssen dabei aber über (zutreffende) Pauschalaussagen, wie etwa derjenigen, dass es im Falle einer Gleichstellung der juristischen mit der natürlichen Person bei ersterer zu erheblich höheren Informationskosten komme<sup>641</sup>, oder derjenigen, dass arbeitsteilige Organisationen «nicht mehr als tragbar durch die Wissenszurechnung» belastet werden dürfen<sup>642</sup>, hinausgehen.<sup>643</sup>

Ökonomische Überlegungen zur Wissenszurechnung können im Wesentlichen an zwei Stellen ansetzen. Gleichsam nur auf die arbeitsteilige Organisation bezogen kann *einerseits* untersucht werden, welche Kosten eine bestimmte Strukturierung der Wissenszurechnung auslöst bzw. ob diese zu Allokationseffizienz oder im Gegenteil dazu führt, dass effizientere Organisationsformen durch weniger effiziente ersetzt werden. *Andererseits* kann im Sin-

<sup>640</sup> Es ist denn auch bezeichnend, dass, soweit ersichtlich, in der (deutschsprachigen) Literatur bislang nirgends eine eingehende ökonomische Analyse der Wissenszurechnung vorgenommen wurde. Gleich ist es mit dem Einsatz der Analysetechnik in anderen Bereichen. So kann eine ökonomische Analyse der konkreten Frage, wie weit ein bestimmtes Strassenstück zur Unfallvermeidung gegen transversierendes Wild abzufrieden ist, nur in Kenntnis der daraus resultierenden Kosten und Einsparungen erstellt werden. Vgl. die detaillierte Lösung des bekannten Wildschutzfalls, wo die ökonomische Analyse (SCHÄFER/OTT 173 f.) zu einem anderen Resultat führt als ein Urteil des BGH (NJW 1989, 2808, siehe dazu auch die Besprechung von KÖTZ/SCHÄFER *Iudex, calcula!* JZ 1992 355), indem unter genauer Quantifizierung der Kosten eines Wildzaunes entlang einer gefährdeten Strecke und derjenigen der dadurch vermeidbaren Sach- und Personenschäden eine Verkehrssicherungspflicht (d. h. Pflicht zur Erstellung des Zaunes) bejaht wird. Allerdings berücksichtigt diese Lösung nicht – wohl mangels Quantifizierungsmöglichkeiten – dass das Aufstellen eines mit einer zwingenden Temporeduktion kombinierten Warnschildes noch weniger Kosten verursachen würde, es sei denn, dass die Zeit der betroffenen Automobilisten so wertvoll ist, dass ein Verlangern der Fahrtdauer aufgrund der zeitweiligen Temporeduktion höhere (Opportunitäts-)Kosten verursacht, als die Installation eines Wildzaunes kosten würde!

<sup>641</sup> INGO KOLLER 78.

<sup>642</sup> TAUPITZ *Karlsruher Forum* 30.

<sup>643</sup> Dazu sogleich hinten S. 142 ff.

ne einer Suche nach dem «cheapest cost avoider» geprüft werden, ob die Informationszurechnungskosten<sup>644</sup> der arbeitsteiligen Organisation geringer sind als die Informationsbeschaffungskosten der (hier aus Gründen der Einfachheit) als natürliche Person gedachten Gegenpartei<sup>645</sup>.

## 2. Die Auswirkung der Wissenszurechnung auf die Informationskosten der Organisation

### a) Normalfall: Kostenneutralität der Wissenszurechnung

In arbeitsteiligen Organisationen wird mit zunehmender Grösse und Komplexität derselben das für konkrete Entscheidungen relevante Wissen auf immer zahlreichere Personen unterschiedlichster Hierarchieebenen verteilt sein. Die in den oben wiedergegebenen Pauschalaussagen monierten hohen Informationskosten entstehen dabei nicht, wie z. T. behauptet, *wegen* der Wissenszurechnung,<sup>646</sup> sondern weil das «Entscheidungsmanagement» in komplexen arbeitsteiligen Organisationen oftmals zu wenig aufgegliedert ist und nicht bei den «specialised decision agents» liegt.<sup>647</sup>

### aa) Trennung von Wissens- und Entscheidungsträgern

Hat eine arbeitsteilige Organisation das Entscheidungsmanagement von den Wissensträgern getrennt (dort Wissens-, hier Entscheidungsträger), was aus Effizienzüberlegungen angebracht sein kann, wird sie grundsätzlich *völlig unabhängig von rechtlichen Vor-*

<sup>644</sup> Seitens der arbeitsteiligen Organisation werden nur die Zurechnungskosten berücksichtigt, da sie über die Information an sich verfügt und es nur darum geht, welche zusätzlichen Kosten die Weiterleitung an die richtige Stelle der früher bereits beschafften oder erlangten Information verursacht.

<sup>645</sup> Dazu hinten S. 148 ff.

<sup>646</sup> In diese Richtung aber INGO KOLLER 78: «Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Informationskosten erheblich steigen werden, wenn Mehrpersonenunternehmen wegen der Gleichstellung mit Einpersonenunternehmen [hinsichtlich der Wissenszurechnung] mit beträchtlich grösseren Aufwendungen ... rechnen müssen.»

<sup>647</sup> RUFFNER Publikums-gesellschaft 39.

*schriften über die Wissenszurechnung für ein umfassendes Informationssystem sorgen, da nur so richtige unternehmerische Entscheidungen möglich sind. Die rechtliche Ausgestaltung der Wissenszurechnungsordnung ist diesfalls ökonomisch gesehen grundsätzlich neutral, da auch eine weitgehende Wissenszurechnung nicht zu Mehrkosten des Informationsmanagements führen dürfte.*<sup>648</sup>

### bb) Delegation von Wissens- und Entscheidungsmanagement

Will die arbeitsteilige Organisation dagegen die mit dem genannten Trennsystem (Trennung zwischen Wissens- und Entscheidungsträgern) verbundenen hohen Wissenstransferkosten nicht in Kauf nehmen, so

«drängt sich aus Gründen der Effizienz eine Aufgliederung des Entscheidungsmanagements und eine Delegation der Ausarbeitung von Entscheidungsvorschlägen und der Durchführung der beschlossenen Entscheidungen auf diejenigen Entscheidungsträger («specialized decision agents») auf, die über die relevanten Kenntnisse verfügen. Da auch die Entscheidungskontrolle spezialisiertes Wissen voraussetzt, macht es Sinn, auch diese auf zahlreiche interne Stellvertreter zu delegieren und zu verteilen.»<sup>649</sup>

Vor dem Hintergrund einer solchen Organisationsordnung, in der Wissens- und Entscheidungsträger identisch oder zumindest im gleichen Bereich angesiedelt sind, wird die Wissenszurechnung einerseits «entproblematisiert», da die Entscheidungsträger bzw. deren Bereich (innerhalb dessen natürlich eine Informationsweiterleitung schon aus betriebswirtschaftlichen Gründen erfolgen wird und muss, um richtige Entscheidungen zu ermöglichen) im Nor-

<sup>648</sup> Auf den ersten Blick könnte es so erscheinen, als wäre ein Vorbehalt für Informationen anzubringen, die von den tatsächlichen Wissensträgern (irrtümlich) als nicht relevant eingestuft und deshalb nicht an den Entscheidungsträger weitergeleitet wurden. Dies trifft jedoch nicht zu, da letztlich nicht der Wissensträger über die Relevanz von Informationen entscheidet, sondern der Entscheidungsträger, was bedeutet, dass für diesen theoretisch alle Informationen verfügbar sein müssen.

<sup>649</sup> RUFFNER Publikums-gesellschaft 139.

malfall *tatsächlich* selbst über das relevante Wissen verfügen werden. Andererseits stellt sich die Frage nach der Zurechnung von Information, die einem anderen Wissens- und Entscheidungsbereich von der über das Wissen verfügenden Abteilung nicht weitergeleitet wird.<sup>650</sup>

- b) Ausnahme: Ausgestaltung der Wissenszurechnung ist nicht kostenneutral für die Organisation

Bei dieser unter dem Stichwort «Zufallsinformation» zu diskutierenden Konstellation ist die Ausgestaltung der Wissenszurechnung nicht kostenneutral: Information, deren Relevanz im Falle einer Delegation von Wissens- und Entscheidungsmanagement für einen anderen Wissens- und Entscheidungsbereich vom über das Wissen verfügenden Bereich nicht erkannt oder dem anderen Bereich zumindest nicht weitergeleitet wird. Hier wird mit einer die gesamte Unternehmung erfassenden Wissenszurechnung dieser eine über das betriebswirtschaftlich Notwendige hinaus zusätzliche Informationsmanagement-Last aufgebürdet: Sei es, dass ein Wissenstransfer für die am «falschen» Ort vorhandenen Informationen sichergestellt werden muss, sei es, dass die Unternehmung die Nachteile unterbliebenen oder nicht adäquaten Reagierens auf vom Recht fingiertes Wissen tragen muss. Diesfalls stehen diesen Kosten jedoch die genannten Effizienzgewinne aus der Aufgliederung des Entscheidungsmanagements gegenüber. Fragen liesse sich allerdings, im Sinne der ökonomischen Analyse, ob nicht die Wissenszurechnung so ausgestaltet werden sollte, dass die dank der Aufgliederung möglichen Effizienzgewinne nicht durch Zurechnung wiederum geschmälert oder gar vernichtet werden. Konkret würde dies bedeuten, dass irrtümlich in einen falschen Entscheidungs- und Wissensbereich gelangtes Wissen dem tatsächlich betroffenen Bereich nicht zugerechnet würde. Bei Fehlen einer entsprechenden tatsächlichen Informationsweitergaberegulierung würde die juristische Person damit natürlich auch die Vorteile der Kennt-

<sup>650</sup> Dazu sogleich nachfolgend unter b).

nisnahme von Zufallsinformation verlieren, etwa «business opportunities» vergeben, oder mögliche Einsparungsmassnahmen (z. B. Erkenntnisse über Vor- und Nachteile eines Rohstoffs, der nicht nur in der Auto-, sondern auch in der Zahnbürstenfabrikation verwendet wird) nicht erkennen.

Damit stehen für die Wissenszurechnung im Bereich der «Zufallsinformation» zwei Möglichkeiten offen: (1.) Die Zurechnung von Zufallsinformation kann entsprechend oder parallel dem vom Unternehmen für solche Information *tatsächlichen gewählten Informationsmanagement* erfolgen. Werden im Unternehmen solche Informationen nicht weitergeleitet, erfolgt auch keine Zurechnung, und umgekehrt. Oder (2.) die Wissenszurechnung erfolgt *unabhängig von der gewählten Organisationsform für solches Wissen*. Die zweite Lösung, deren Kosten immerhin häufig durch Effizienzgewinne kompensiert werden dürften, die die Unternehmung aus der «zufälligen» Kenntnis (seitens des «richtigen» Bereichs) von Informationen erlangt, hat den Vorteil, dass sie klare und sichere – da uniforme – Verhältnisse für den Verkehr schafft. Die erste Lösung überlässt den Informationsmanagement-Entscheid der Unternehmung, in der Annahme, dass diese je nach spezifischer Gegebenheit die für sie effizienteste Lösung wählen wird. Sie hat jedoch den Nachteil der Unsicherheit für Dritte. Müssen diese im Einzelfall hohe Transaktionskosten (z. B. Nachforschung über die Art der Wissenszurechnung bei einem bestimmten Unternehmen) eingehen, um Klarheit über die Wissenszurechnung zu erlangen, werden die durch die unternehmerische Autonomie in der Festlegung der Wissenszurechnung möglichen Effizienzgewinne gesamthaft wiederum kompensiert.

Dies könnte vermieden werden, wenn es verschiedene klar definierte Typen der Wissenszurechnung gäbe, und Dritten einfach kommuniziert werden könnte, welchen Typus der Wissenszurechnung ein bestimmtes Unternehmen gewählt hat und was dies inhaltlich für die Zurechnung bedeutet.<sup>651</sup> Diese Lösung hätte zudem den Vorteil, dass die Marktteilnehmer unter Abwägung aller Vor- und Nachteile informiert entscheiden könnten, mit welchem – bezogen auf die Wissenszurechnung – Typus von Unternehmen sie in bestimmten Bereichen in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten wollen. Dies

<sup>651</sup> Gleich wie etwa die Rechtsform einer Unternehmung Kenntnisse über die Haftungsverhältnisse verschafft.

würde die Allokationseffizienz dadurch erhöhen, dass Wissenszurechnungskosten aufgrund eines tatsächlichen – und nicht, was wesentlich unzuverlässigere Resultate erwarten lässt,<sup>652</sup> hypothetischen – Marktentscheids (dem ein Entscheid des Gesetzgebers oder des Richters folgen müsste) «nur» dort aufgewendet werden würden, wo die Wissenszurechnung aufgrund spezifischer Besonderheiten der Branche oder Produkte einen diese Kosten übersteigenden Mehrwert bewirkt. Es versteht sich dabei aber von selbst, dass ein solcher Lösungsansatz nicht realiter umzusetzen ist, vielmehr bloss ein Denkmodell darstellt.

### c) Fazit

Die Wissenszurechnung ist, für den *Hauptbereich ihrer Anwendungsmöglichkeiten*, unter Kosten- und Nutzenüberlegungen betrachtet *neutral*. Sei es, weil die Unternehmen primär aus betriebswirtschaftlichen Gründen ohnehin ein aufwendiges Wissenstransfersystem einsetzen, sei es, weil sie aus Effizienzgründen Wissens- und Entscheidungsmanagement nicht auftrennen, was die tatsächliche Verfügbarkeit relevanter Information beim Entscheidungsträger bzw. innerhalb seines Bereichs, wo die Zurechnung wiederum bereits aus betrieblichen Gründen ohnehin sichergestellt sein muss, gewährleistet. Damit wird sich für das Unternehmen die Frage der *rechtlichen Wissenszurechnung* und damit der durch diese verursachten Kosten i. d. R. nicht stellen. Dieses Fazit ist vor dem Hintergrund wichtig, dass gegen eine umfassendere Wissenszurechnung oft vorgebracht wird, diese hätte zur nachteiligen Folge, dass Unternehmen, die ihre Leistungen vermehrt durch Beizug von Subunternehmern («Outsourcing», Einkauf von Teilen) produzieren, gegenüber vertikal weitgehend integrierten Unternehmen bei der Wissenszurechnung bevorzugt würden.<sup>653</sup> Diese Aussage ist wie gesehen falsch, da der Entscheid für die eine oder andere Form der Bereitstellung der betrieblichen Leistungserbringung (Output) davon abhängt, ob die Organisations-, Kontroll- und Be-

<sup>652</sup> Vgl. zum Problem des Abstellens auf simulierte Markttransaktionen als Mittel zur Gewinnung von quantitativen Informationen über Nutzen und Kosten RICHARD A. POSNER *Economic Analysis of Law* 3. A. Boston/Toronto 1986 14; von DER CRONE *Rahmenverträge* 10f.

<sup>653</sup> INGO KOLLER 79.

wertungskosten bei gleicher Leistung niedriger sind als die Transaktionskosten.<sup>654</sup> Die Organisationskosten fallen dabei, wie oben gesehen, unabhängig von der Art der Wissenszurechnung an, weshalb der Entscheid für oder gegen die Erbringung einer Leistung innerhalb einer arbeitsteiligen Organisation und damit für oder gegen die viel diskutierte Ausgliederung *mit Sicherheit* nicht vom Entscheid des Gesetzgebers oder des Richters über die Wissenszurechnung abhängt.

Einzig im Bereich der *Zufallsinformation* im oben genannten Sinne erscheint die Wissenszurechnung unter dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse nicht neutral. Hier ist de lege lata abzuwägen zwischen tendenziell hohen oder tiefen Zurechnungskosten, die dafür geringere bzw. höhere Transaktionskosten für Dritte bedeuten (nämlich bei ganz starker bzw. bei ganz schwacher Wissenszurechnung). Dies sind alles Kosten, die kaum quantifizierbar sind, weshalb hier, wo mit ökonomischen Auswirkungen zu rechnen ist, die ökonomische Analyse kein wirkliche Hilfestellung für die Strukturierung der Wissenszurechnung bietet.

Nur im Sinne des vorne bereits erwähnten Denkmodells wohl wäre eine Lösung (theoretisch) vorstellbar, bei welcher der Markt selbst über die Wissenszurechnung entscheidet, indem jede Unternehmung aus einem vorgegebenen Kreis von zwei oder mehr Zurechnungsmodellen eines auswählen und sich diesem unterwerfen könnte.<sup>655</sup> Hier wären die Kosten der Bereitstellung dieser Typen, ihrer «Publizität» sowie deren Kenntnisnahme durch die Dritten abzuwägen gegenüber den Einsparungen, die aufgrund der freien Wahl der Zurechnungsart für die Organisation zu erwarten sind.

Daneben gibt es, wohl bereits de lege lata, die Möglichkeit, die Wissenszurechnungsmodalitäten mit Geschäftspartnern in gewis-

<sup>654</sup> Grundlegend COASE *The Nature of the Firm*, in *Economia* 4 (1937) 386ff.; auf diesen Bezug nehmend auch INGO KOLLER 79. Zur «identischen Grundproblematik» der ökonomischen Analyse von vertrags- und organisations-(gesellschafts)rechtlichen Fragestellungen siehe RUFFNER *Publikumsgesellschaft* 22f.

<sup>655</sup> Vorne S. 145f.

sem Umfang privatautonom auszuhandeln.<sup>656</sup> Diese Lösung hat allerdings zwei potentielle Nachteile: Zum einen könnten davon negative externe Effekte auf Dritte, d. h. andere Personen als die Vertragspartner, ausgehen, deren Internalisierung wiederum Kosten verursachen würde.<sup>657</sup> Zum andern würde das Überlassen der Regelung der Wissenszurechnungsmodalitäten an die Marktkräfte natürlich nicht zu Allokationseffizienz führen, wenn das Aushandeln der Regelung aufwendig wäre oder wenn die Märkte selbst nicht effizient wären, z. B. aufgrund von Monopolen oder asymmetrischer Informationsverteilung<sup>658</sup>.

### 3. Wissenszurechnungs- im Verhältnis zu den Informationsbeschaffungskosten

#### a) Ausgangslage

Nachfolgend soll der Zusammenhang zwischen der Wissenszurechnung und den Informationsbeschaffungskosten beleuchtet werden. Es wird dabei untersucht, wie sich in einer gegebenen Situation die durch Informationszurechnung entstehenden Kosten<sup>659</sup> der arbeitsteiligen, in einer ihrer Abteilungen bereits wissen- den Organisation zu den Informationsbeschaffungskosten der (für

<sup>656</sup> Bloss «in gewissem Umfang» deshalb, da die juristische Beantwortung der Frage, was eine juristische Person weiss, nicht dispositiver Natur ist, genauso wenig wie die meisten z. B. die Struktur der AG vorgebenden zivilrechtlichen Bestimmungen. Diese können durch Vereinbarung nicht modifiziert werden. Dagegen ist es – selbstverständlich nur im Rahmen von Art. 100 und 101 OR – zumindest privatrechtlich zulässig, den in einem Schuldverhältnis geschuldeten Leistungsgegenstand und -umfang (z. B. für Anlageberatung) entlang gewissermassen willkürlich gesetzten Wissensfluss-Sperren zu bestimmen.

<sup>657</sup> Zum Begriff etwa SCHÄFER/OTT 605.

<sup>658</sup> Ein vergleichbares Problem stellt sich bei der viel diskutierten ökonomischen Analyse der Statuierung von (ineffizienten) AGBs, vgl. dazu die bei VON DER CRONE Rahmenverträge 32 Fn. 114 und 116 zitierte Literatur.

<sup>659</sup> Seitens der arbeitsteiligen Organisation werden nur die Zurechnungskosten berücksichtigt, da sie über die Information an sich verfügt und es nur darum geht, welche zusätzlichen Kosten die Weiterleitung an die richtige Stelle der früher bereits beschafften oder erlangten Information verursacht.

die vorliegende Betrachtung der Einfachheit halber als natürliche Person gedachten) Gegenpartei<sup>660</sup> verhalten.

Folgendes Beispiel soll dabei als Ausgangspunkt dienen: Eine Autogarage (Garage AG) mit angeschlossener Reparatur- und Servicewerkstätte kauft von V ein Occasionfahrzeug. Dieses weist einen der Werkstätte, jedoch weder der An- und Verkaufsabteilung noch V bekannten «versteckten» Motorschaden auf<sup>661</sup>. Es stellt sich als Ausgangslage die Frage, ob sich die Garage auf die Sachmängelgewährleistung von Art. 197 OR berufen kann oder V vielmehr nicht haftet, da der Mangel der Garage AG qua Wissen ihres Werkstättenpersonals bekannt war (Art. 200 Abs. 1 OR) bzw. hätte bekannt sein sollen (Art. 200 Abs. 2 OR).

Von der Haftung abstrahiert stellt sich hier das Problem, ob den Marktteilnehmern eine bestimmte Information über die Produktqualität beim Vertragsabschluss zur Verfügung steht, was im Sinne der effizienten Märkte bzw. zur Herstellung von Paretoeffizienz<sup>662</sup> geboten wäre, und wer die Kosten für die Beschaffung dieser Information zu tragen hat. *Bejaht* man in casu eine Wissenszurechnung, bedeutet dies, dass die Garage AG entweder eine Informationsorganisation aufzubauen hat, welche die Einkaufs- und Verkaufsabteilung mit in der Werkstätte vorhandenen Informationen über die Produktqualität versorgt, oder aber anstelle des Eingehens dieser Kosten bereit ist, auch in Zukunft Verluste aus dem Erwerb mangelbehafteter Fahrzeuge zu tragen<sup>663</sup>. *Verneint* man in casu dagegen eine Wissenszurechnung, steht der Garage AG ein Wande-

<sup>660</sup> Diese Vereinfachung erfolgt deshalb, weil bei der natürlichen Person keine oder zumindest kaum quantifizierbare Informationszurechnungskosten entstehen, was den Vergleich der Zurechnungskosten mit den reinen Wissensbeschaffungs- und -speicherungskosten vereinfacht.

<sup>661</sup> Ob der Verkäufer um den Motorschaden wusste, ist aufgrund von Art. 197 Abs. 2 OR für das grundsätzliche Bestehen der Gewährleistungspflicht nicht relevant. Nur für die hier nicht interessierende Frage der Wegbedingung der Gewährspflicht (Art. 199 OR) bzw. die allfällige Beschränkung der Gewährleistung wegen versäumter Anzeige (Art. 203 i. V. m. 201) ist sie von Bedeutung.

<sup>662</sup> Näheres zum Begriff bei SCHÄFER/OTT 26 ff.

<sup>663</sup> Weil sie für ein Fahrzeug mit verstecktem Motorschaden zuviel bezahlt und sich nicht mittels Gewährleistungsansprüchen schadlos halten kann. (Garage AG kann das Fahrzeug überdies auch nicht ohne Einbusse an einen Dritten weiterverkaufen, da dieser in der Regel vom versteckten Mangel keine Kenntnis haben

lungs- oder Minderungsanspruch gegenüber dem V zu, da diesfalls bei ihr weder aktuelle Kenntnis (Art. 200 Abs. 1 OR) noch Kenntnismüssen (Art. 200 Abs. 2 OR) gegeben sind.

#### b) Effiziente Lösung

Geht man davon aus, dass die fragliche Information eine produktive ist<sup>664</sup>, drängt sich aus Effizienzüberlegungen die Belastung derjenigen Partei mit der Informationsbeschaffung auf, die diese mit dem geringeren Aufwand bewältigen kann. Dies bedeutet, dass *Wissen tendenziell dann zuzurechnen ist, wenn die Informationszurechnungskosten der (in irgendeiner Abteilung wissenden) Organisation geringer sind als die gesamten Informationskosten der Gegenpartei* (als Summe der Kosten der Informationsbeschaffung und -speicherung bei einer – wie im Fallbeispiel – als natürlichen Person gedachten Gegenpartei, und, im Falle einer juristischen Person, als Gegenpartei, zuzüglich derer eigenen Zurechnungskosten).

Im Beispiel führt dies bei *Informationsorganisationskosten*, die angenommen *höher* sind als die Kosten für die Eruiierung der versteckten Mängel durch V, zu einer Verneinung der Wissenszurechnung seitens Garage AG. Sind die Informationszurechnungskosten von Garage AG im Vergleich zu den Kosten, die dem V entstehen, um den Motorschaden festzustellen, angenommen geringer, sollte ein Gericht die Wissenszurechnung bejahen, mit der Folge, dass seitens von V eine Gewährspflicht entfielen.

Wichtig ist bei diesem Kostenvergleich, dass die Informationsbeschaffungs- und -speicherungskosten der in einer ihrer Abteilungen bereits über das fragliche Wissen verfügenden Organisation jeweils nicht berücksichtigt werden, dies, da es hier nicht um eine Analyse der jeweiligen Wissensnormen (Informationspflichten,

dürfte und entsprechend seinerseits gegen Garage AG einen Gewährleistungsanspruch haben wird.)

<sup>664</sup> Dazu SCHÄFER/OTT 462 ff.

Gewährleistungsregeln etc.) geht<sup>665</sup>, sondern allein darum, festzustellen, ob der zusätzliche Aufwand für die *Zurechnung* des in der Organisation *bereits vorhandenen Wissens* so gross ist, dass es kosteneffizienter wäre, wenn die unwissende Gegenpartei Informationsbeschaffungs- und Informationsspeicherungskosten (sowie ebenfalls eigene Zurechnungskosten, im Falle einer juristischen Person) aufwenden würde<sup>666</sup>.

#### c) Fazit

Vor dem Hintergrund von Kosten- und Nutzenüberlegungen spricht es generell für eine *Wissenszurechnung*, wenn die aufgrund der Wissenszurechnung entstehenden Kosten der – in irgendeinem ihrer Bereiche bereits wissenden – arbeitsteiligen Organisation geringer sind als die Informationsbeschaffungs- und Informationsspeicherungskosten der nichtwissenden Gegenpartei (sowie gegebenenfalls eigener Zurechnungskosten im Falle einer juristischen Person als Gegenpartei). So einfach sich dieses Kriterium abstrakt ausgedrückt ausnimmt, so schwierig dürfte es anzuwenden sein, sind doch sowohl die Zurechnungs- als auch die Informationsbeschaffungs- und -speicherungskosten in der (Gerichts-)Praxis kaum je auch nur mit annähernder Sicherheit zu quantifizieren<sup>667</sup>. Zudem besteht das grundlegende Problem, dass die Abwägung der Kosten durch das Gericht «post festum» erfolgen wird, der Beurteilung aber eine Ex-ante-Optik zugrunde zu legen ist. Dieses Kriterium kann deshalb nur für solche Einzelfallentscheide herange-

<sup>665</sup> Was ein der Zurechnung vorgelagertes Problem der Wissensnormen ist; vgl. z. B. MICHAEL ADAMS Der Irrtum über «künftige Sachverhalte», Anwendungsbeispiel und Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts recht 1986 14 ff.

<sup>666</sup> An einem Beispiel ausgedrückt: Ob z. B. die Regelung über den gutgläubigen Eigentumserwerb unter Effizienzgesichtspunkten sinnvoll ist oder nicht, ist ein allgemeines Problem, das mit der Bestimmung des Wissens innerhalb der Adressantin der Gutgläubensnorm nichts zu tun hat und das nicht davon abhängen kann, ob die Normadressantin eine Einzelperson oder eine arbeitsteilige Organisation ist.

<sup>667</sup> So müsste etwa nicht nur bekannt sein, wie teuer ein Informationssystem ist, sondern auch, wie oft es eingesetzt werden kann, um die «Stückkosten» des Systems festzustellen.

zogen werden, wo die Unterschiede in der Kostenhöhe ganz offensichtlich sind.

#### IV. Weitere bei der Bestimmung der Wissenszurechnung zu beachtende «Leitsterne»<sup>668</sup> – Rechts- und Verkehrssicherheit, Vertrauensschutz

##### 1. Bezug zum Effizienzgedanken

Als weitere, bei der richterlichen Rechtsfortbildung<sup>669</sup> zu beachtende Prinzipien gelten insbesondere die Rechts- und Verkehrssicherheit, der Vertrauensschutz, Fragen der Zumutbarkeit, das Vorteils-/Nachteilprinzip, das Risikosphärenprinzip sowie der Grundsatz von Treu und Glauben<sup>670</sup>. Gleichviel, ob man diese Prinzipien als je genuine zivilrechtliche Wertungselemente betrachtet, oder die «gemeinsame Verankerung» dieser Prinzipien im «Effizienzkriterium» sieht<sup>671</sup> oder gar davon ausgeht, dass sie «nichts anderes als Konkretisierungen» dieses Prinzips sind<sup>672</sup>, scheint es einsichtig, dass Prinzipien wie Rechts- und Verkehrssicherheit, Vertrauensschutz, Risikosphärenprinzip<sup>673</sup> und Treu und Glauben tatsächlich Allokationseffizienz fördern<sup>674</sup>. Für die Überprüfung eines

<sup>668</sup> TUOR/SCHNYDER/SCHMID 42.

<sup>669</sup> Auch der Gesetzgeber sollte sich natürlich von diesen Prinzipien leiten lassen.

<sup>670</sup> So etwa die Auflistung bei SCHÄFER Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts, in Allokationseffizienz (Ott/Schäfer, Hrsg.) 20.

<sup>671</sup> SCHÄFER Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts, in Allokationseffizienz (Ott/Schäfer, Hrsg.) 21.

<sup>672</sup> So (mit bezeichnendem Aufsatztitel) OTT «Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts», in Allokationseffizienz (Ott/Schäfer, Hrsg.) 25 ff.

<sup>673</sup> BYDLINSKI System 476 bezeichnet die Prinzipien der Gefahrenbeherrschung bzw. Risikotragung und den Vertrauens- und Verkehrsschutz als wichtige Elemente gerade auch des Gesellschaftsrechts.

<sup>674</sup> Vgl. zur Begründung OTT Allokationseffizienz 28 f.; SCHÄFER op. cit. 21 erklärt das Vorhandensein effizienter Regeln mit einem evolutionären Prozess: «Eine im Sinne der Allokationseffizienz fehlspezifizierte zivilrechtliche Regel wird vom Rechtsverkehr wegen der Verluste, die sie verursacht, nicht angenommen. Sie wird entweder – bei niedrigen Transaktionskosten – durch privatautonome Ver-

Lösungsansatzes für die Wissenszurechnung auf seine Übereinstimmung mit diesen Kriterien spielt es deshalb keine Rolle, ob diese wichtigen privatrechtlichen Wertungsgesichtspunkte unter dem Oberbegriff «Effizienz» oder als eigenständige Topoi herangezogen werden.

##### 2. Insbesondere Rechtssicherheit und Erwartungsschutz – Verhältnis zur Anpassung an die arbeitsteilige Persönlichkeitserweiterung

Jedes Konzept zur Bestimmung der Wissenszurechnung wird dem Erfordernis zu genügen haben, «dass die Entscheidung der Gerichte bis zu einem gewissen Grad voraussehbar und so berechenbar ist, dass sich die rechtsunterworfenen Subjekte in ihrem Verhalten nach den voraussehbaren Gerichtsentscheidungen richten können.»<sup>675</sup> Dies setzt u. a. voraus, dass ein Wissenszurechnungsmodell «nicht den Richter im Übermass auf eigene Werturteile über den Einzelfall verweist, etwa durch Generalklauseln wie «Treu und Glauben»<sup>676</sup>. Rechtssicherheit ist dabei insofern nur ein relativer Begriff, als er auf die *Prognosesicherheit* abstellt, also den «Grad an Sicherheit, mit dem prognostiziert werden kann, ob bestimmtes Verhalten von den zuständigen rechtlichen Instanzen als dem Normsystem entsprechend beurteilt wird.»<sup>677</sup> Damit ist einerseits auf die Verbindung zum Topos Erwartungs- oder Vertrauensschutz hingewiesen (zum Verständnis desselben hier sogleich), andererseits – in der Relativität der Rechtssicherheit – auf deren Verhältnis zur mehr oder weniger stark erforderlichen Anpassungsfähigkeit des Rechts an geänderte Umstände, was gewisse «Erwartungsunsicherheit» voraussetzt<sup>678</sup>. Indes darf die Offenheit für Anpassungen

träge aus der Welt geschafft oder bei hohen Transaktionskosten durch sich häufende Klagen, die irgendwann zum Erfolg führen, zu Fall gebracht.»

<sup>675</sup> KELSEN 256 f. Zu den weiteren Aspekten der Rechtssicherheit siehe etwa RADBRUCH 39 ff.; SWOBODA 395 ff.; LUHMANN Ausdifferenzierung 411 ff.

<sup>676</sup> RADBRUCH 39.

<sup>677</sup> SWOBODA 395.

<sup>678</sup> LUHMANN Ausdifferenzierung 95: «... definieren wir Instabilität für soziale Systeme als Erwartungsunsicherheit.»

nicht so weit gehen, dass eine der zentralen Aufgaben des Rechts, nämlich Erwartungen zu sichern,<sup>679</sup> nicht (mehr) erfüllbar ist. Aus nutzentheoretischer Betrachtungsweise ist eine Lösung der Wissenszurechnung deshalb dort anzusiedeln, wo die «Steigerung der Rechtssicherheit» nicht soweit geht, als dadurch die «Zukunftsoffenheit» und Anpassungsfähigkeit an neue Entwicklungen beeinträchtigt wird<sup>680</sup>.

Der Gedanke des Erwartungs- oder Vertrauensschutzes<sup>681</sup> wird hinten in § 4 bei der Entwicklung eines Wissenszurechnungsmodells aufgenommen werden, wenn für die Bestimmung der Wissenszurechnung u. a. auf die Erwartungen oder das Vertrauen in eine bestimmte Informationsorganisation abgestellt werden wird. Gemeint ist mit diesem Topos des Vertrauens jedoch nicht – in der Diktion Wiegands – ein «abstraktes Vertrauen», sondern ein «persönlich-individuelles» Vertrauen.<sup>682</sup> Damit soll ausgeschlossen werden, dass infolge einer Abstrahierung von konkreten und berechtigten Erwartungen Vertrauen auch dort geschützt würde, wo tatsächlich keines in rechtlich relevanter Weise in Anspruch genommen wurde.<sup>683</sup>

<sup>679</sup> Vgl. dazu LUHMANN Vertrauen 35 ff. und ders. Rechtssoziologie 37 ff. und 43 ff. Zum Gegensatz zwischen Erwartungssicherung und Verhaltenssteuerung siehe LUHMANN Ausdifferenzierung 73 ff.

<sup>680</sup> SWOBODA 399; mit anderen Worten: «... eine Steigerung der Rechtssicherheit [ist] überall dort angezeigt ..., wo für die spezielle Ausgestaltung der rechtlichen Regelungen Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und Zukunftsoffenheit weitgehend irrelevant sind.» SWOBODA loc. cit. Gerade die Bestimmung der Wissenszurechnung in Konzernverhältnissen und bei Finanzintermediären muss nach einem für Neuerungen offenen Konzept erfolgen.

<sup>681</sup> Zum Problem, dass Vertrauen selbst an sich nicht feststellbar ist, und die daraus resultierenden Folgen («[i]m Prozess wird nicht das Vertrauen bewiesen, sondern nur die Indizien für dessen Vorliegen») WIEGAND Rechtsschein und Vertrauen 183 ff.

<sup>682</sup> WIEGAND Treuhand und Vertrauen 340 f.

<sup>683</sup> Vgl. zur negativen Korrelation dieser Aussage mit der Institutionalisierung des Vertrauensschutzes WIEGAND Treuhand und Vertrauen 342 f.

## V. Zusammenfassung

In diesem Paragraphen wurde der Frage nachgegangen, welche Grundwertungen der Privatrechtsordnung bei der Entwicklung eines Wissenszurechnungsmodells zu beachten sind und wie sich diese auf die Ausgestaltung des Zurechnungsmodells auswirken.

Das *Gleichstellungsargument*, das auch von der Judikatur bei der Beurteilung von Wissenszurechnungsfragen immer wieder erwähnt wird, gebietet die Gleichbehandlung von natürlichen und juristischen Personen bei der Anwendung der Wissensnormen. Es zeigte sich, dass das Gleichheitsprinzip für die Wissenszurechnungsfrage tatsächlich heranziehbar ist, da keinerlei Hinweise auf einen Willen des Gesetzgebers, diesbezüglich Unterscheidungen zu treffen, bestehen. Die im Zusammenhang mit anderen arbeitsteilige Aktivitäten regelnden Vorschriften erkennbare Absicht zur Privilegierung solcher Aktivitäten durch den Gesetzgeber sind dabei aus grundsätzlichen Überlegungen (keine Frage der Haftung, sondern der Operabilität der Wissensnormen) sowie in Anbetracht der zwischenzeitlichen Entwicklung von Lehre und Rechtsprechung (die die Privilegierung arbeitsteiliger Aktivität aufzuheben trachten) nicht zu beachten. Auch die einheitliche Verwendung des Personenbegriffs durch den Zivilrechtsgesetzgeber spricht für die grundsätzliche Gleichbehandlung von natürlichen und juristischen Personen im Wissen.

Als *Vergleichsbasis* zur Bestimmung des Wissens juristischer Personen ist auf die Bestimmung des Wissens natürlicher Personen, die – wichtig – keinerlei Hilfspersonen einsetzen, Bezug zu nehmen. Dabei zeigt sich, dass nicht nur das Wissenmüssen, sondern auch die aktuelle Kenntnis natürlicher Personen eine normative Frage ist, was die zu deren Lösung entwickelten Überlegungen auch zur Bestimmung des Wissens bei juristischen Personen fruchtbar machen lässt. Ist aktuelle Kenntnis einer natürlichen Person, wie hier vertreten, Wissen, dass diese in Anbetracht der Umstände mit einem vernünftigen Masse an Aufwand und Sorgfalt memorieren kann, und unterscheidet sich dieses vom Wissenmüssen nur in quantitativer, nicht aber in qualitativer Hinsicht, ergeben sich als

Wissensbestimmungs-Kriterien (1) die Bedeutung der Information, (2) der Zusammenhang, in dem die Information erlangt wurde sowie (3) die Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit oder Beherrschung des «Informationsmanagements». Diese können unter dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Informationsorganisation zusammengefasst werden und sind offen für eine analogieweise, das Gleichheitsprinzip beachtende Anwendung bei der juristischen Person. Dass dieses fruchtbar ist, wurde beim Beitrag dieser Aspekte zur Lösung von typischen Spezialproblemen (technische Wissensspeicher, z. T. Wissenszusammenrechnung) der Wissensbestimmung bei juristischen Personen gezeigt. Umgekehrt lassen sich für andere wichtige Fragen die Erkenntnisse zur Bestimmung des Wissens bei natürlichen Personen nicht analog auf juristische Personen anwenden. Zu denken ist insbesondere an die Problematik des Austritts oder Todes eines Wissensträgers. Mangels einer «Referenzlösung» bei natürlichen Personen bedarf es hier anderer Wertungen als des Gleichheitsprinzips.

*Effizienzüberlegungen* können für die Bestimmung der Wissenszurechnung nur bedingt mit Gewinn angestellt werden. Dies aus grundsätzlichen Gründen auf der Stufe der Organisation. Denn auf der Ebene der Informationsorganisation bei einer juristischen Person ist die Ausgestaltung der Wissenszurechnung entscheidungs- und damit kostenneutral. Dies, da die Ausgestaltung der Informationsorganisation nicht von der Normierung der Wissenszurechnung bestimmt wird, sondern von der aus betriebswirtschaftlichen Gründen gewählten Management- und der sich daraus ergebenden Informationsorganisations-Struktur. Damit fallen (Wissens-)Organisationskosten unabhängig davon an, wie die juristische Wissenszurechnung ausgestaltet wird. Eine Ausnahme von der Kostenneutralität der Wissenszurechnung auf der Stufe der Organisation ergibt sich bei der Zufallsinformation. Allerdings stellt sich hier – wie oft bei der Anwendung der ökonomischen Analyse – das Problem der fehlenden Quantifizierbarkeit der durch verschiedene Ausgestaltungen der Wissenszurechnung entstehenden Kosten.

Über die juristische Person als Wissensnormadressatin hinaus betrachtet lassen sich Effizienzüberlegungen zum *Verhältnis zwi-*

*schen den Wissensorganisations- und den Informationsbeschaffungskosten der Gegenpartei* anstellen. Danach ist Wissen tendenziell dann zuzurechnen, wenn die der juristischen Person erwachsenden Informationsorganisationskosten geringer sind als die Informationsbeschaffungskosten der Gegenpartei. Allerdings dürfte die Quantifizierung der Kosten in der Praxis nur in seltenen Ausnahmefällen genügend genau ausfallen, um daraus Schlüsse für die effiziente Wissenszurechnung zu ziehen.

Weitere bei der Ausgestaltung eines Wissenszurechnungsmodells zu beachtende *privatrechtliche Grundprinzipien* sind die Rechts- und Verkehrssicherheit, der Vertrauensschutz, das Vorteils-/Nachteilsprinzip, Risikosphärenüberlegungen sowie der Grundsatz von Treu und Glauben – sofern man diese Gedanken nicht ohnehin als (wenigstens zum Teil) in den Effizienzüberlegungen enthalten betrachtet. Prognosesicherheit und Erwartungs- oder Vertrauensschutz stehen dabei im Spannungsverhältnis zur notwendigen *Offenheit der Rechtsordnung* für Anpassungen an sich verändernde Umstände. Dies gilt es gerade in einem Gebiet zu beachten, zu dessen Realien rasch wandelnde Informationstechnologien und aufsichtsrechtliche Gegebenheiten<sup>684</sup> gehören.

### § 3 Ordnungsgemäße Organisation als Leitmotiv und die Organisationsobliegenheit als positiv-rechtliche Grundlage der Wissenszurechnung

#### I. Überblick

Vorne wurde konstatiert, dass die Frage, wann eine juristische Person etwas wisse oder wissen müsse, vom Gesetz nicht beantwortet wird. Es wurde anschliessend dargelegt, dass sich das Problem der Wissenszurechnung nicht unter Rekurs auf überkommene Theo-

<sup>684</sup> Dazu hinten im 5. Kap.

rien zur Natur der juristischen Person lösen lässt.<sup>685</sup> Weiter ergab die Analyse der (neueren) Judikatur und Lehrmeinungen, dass die Wissenszurechnung nicht formal, sondern nur funktional begründet und bestimmt werden kann. Bei der entsprechenden Lückenfüllung werden dabei die oben dargelegten Überlegungen zum Gleichheitsprinzip und andere privatrechtliche Grundwertungen heranzuziehen sein.<sup>686</sup> Die dort vorgefundenen Wertungen und Kriterien lassen sich, zunächst untechnisch, unter dem Schlagwort Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv *ordnungsgemässer Wissensorganisation* zusammenfassen.

## II. Ordnungsgemässe Organisation und Wissenszurechnung

Die Abstützung der Wissenszurechnung auf den Gedanken der ordnungsgemässen Organisation ist ein junger, aber dennoch bereits starker Trend: «Sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum haben Organisationsüberlegungen – im Rahmen einer «Lehre von der ordnungsgemässen Organisation» – in die Frage nach der Wissenszurechnung Einzug gehalten...»<sup>687</sup> Ihren Ausgangspunkt nahm diese Entwicklung in Deutschland mit dem bereits zitierten Urteil des BGH vom 8. 12. 1989 betreffend den Verkauf einer Liegenschaft durch eine Gemeinde, wo sich die Frage nach dem Wissen der Körperschaft um einen Mangel stellte. Dieses Urteil wich für die Bestimmung der Wissenszurechnung zum ersten Mal explizit von formalen Überlegungen ab<sup>688</sup> und hielt fest, dass sich die Wissenszurechnung nur in «wertender Beurteilung»<sup>689</sup> lösen lasse.

<sup>685</sup> Dieser Befund steht in Einklang mit den neueren Lehrmeinungen, insbesondere denjenigen von REICHWEIN, SIEGER, WATTER, KISS-PETER, RÖMMER-COLLMANN, BAUMANN und BUCK.

<sup>686</sup> Vorne 3. Kap. § 2.

<sup>687</sup> BUCK 433, die mit dem Hinweis loc. cit. weiterfährt, dass dies geschehen sei, ohne dass «deren dogmatische Grundlage klar zutage getreten wäre.»

<sup>688</sup> Die Frage der Wissenszurechnung von Organvertretern juristischer Personen lasse sich «nicht mit logisch-begrifflicher Stringenz» entscheiden, BGHZ 109, 327.

<sup>689</sup> BGHZ 109, 327.

Als wertende Überlegung wurde insbesondere das Gleichheitsprinzip herangezogen: Es wurde ausgeführt, dass ein Vertragspartner einer Gemeinde nicht schlechter gestellt sein dürfe, als wenn er mit einer Einzelperson kontrahieren würde; deshalb sei die organisatorische Aufspaltung in verschiedene Funktionen durch eine Zurechnung auszugleichen.<sup>690</sup> Auf dieses Urteil bezogen sich die beiden wichtigen Beiträge von Medicus und Taupitz anlässlich des Karlsruher Forums 1994, die hieraus den *Gedanken der Wissenszurechnung kraft ordnungsgemässer Organisation schöpften*<sup>691</sup>. Taupitz bezog sich explizit darauf, indem er die Auffassung vertrat, dass Wissen von an einem Rechtsgeschäft nicht beteiligten Personen der «eine rechtliche Einheit darstellenden Organisation»<sup>692</sup> zuzurechnen sei, wenn dieses Wissen «bei *ordnungsgemäss organisierter Kommunikation* bei derjenigen Person vorhanden oder verfügbar sein [müsste], die für die Organisation in concreto tatsächlich handelt.»<sup>693</sup>

Im bekannten Urteil vom 2. 2. 1996 nahm der BGH dann diese durch die Lehre vorgenommene Abstrahierung der von ihm zuvor selbst im Einzelfall entwickelten Überlegungen auf und hielt fest: «...die Wissenszurechnung gründet nicht in der Organstellung oder einer vergleichbaren Position des Wissensvermittlers (Organtheorie), sondern im Gedanken des Verkehrsschutzes und der daran geknüpften *Pflicht zu ordnungsgemässer Organisation der gesellschaftsinternen Kommunikation*.»<sup>694</sup> Die Begründung der Wissenszurechnung mit einer den Verkehrspflichten vergleichbaren<sup>695</sup> in-

<sup>690</sup> BGHZ 109, 327.

<sup>691</sup> MEDICUS 11 f.; ausführlich TAUPITZ Karlsruher Forum 16, 26 ff.

<sup>692</sup> TAUPITZ Karlsruher Forum 25; dies wirft die Frage auf, wie das Wissen innerhalb von nicht eine juristische Einheit bildenden Unternehmen, also insbesondere im Konzern, zu bestimmen ist, vgl. dazu das nächste Kapitel.

<sup>693</sup> TAUPITZ Karlsruher Forum 26 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>694</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 733. Der BGH nennt keine Gesetzesnorm, auf die er die Pflicht zu ordnungsgemässer Kommunikation abstützt; naheliegend als positiv-rechtlicher «Aufhänger» ist § 242 BGB, so etwa TAUPITZ Die Augen und Ohren des Versicherers, FS für E. LORENZ, Hübner, Helten, Albrecht (Hrsg.), Karlsruhe 1994 688.

<sup>695</sup> Dies folgt aus dem ausdrücklichen Hinweis auf den Verkehrsschutzzweck der Wissenszurechnung durch den BGH, vgl. das im Text wiedergegebene Zitat.

ternen Organisationspflicht wird nicht nur vom BGH favorisiert, sondern verfügt auch in der Lehre (zusätzlich zu den bereits erwähnten Taupitz und Medicus) über eine stattliche Zahl von Befürwortern<sup>696</sup>.

Das *schweizerische Bundesgericht* äussert sich in denjenigen Urteilen, wo es die Wissenszurechnung funktional bestimmt, nicht näher dazu, auf welche dogmatische Grundlage es das Zurechnungskriterium der «objektiven Abrufbarkeit» abstützt.<sup>697</sup> Die schweizerische Lehre kümmert sich ebenfalls wenig um die positiv-rechtliche Begründung der von ihr entwickelten funktionalen Zurechnungstheorien<sup>698</sup>. Es bleibt, wenn es um die positiv-rechtliche Ab-

<sup>696</sup> Nebst den genannten MEDICUS und TAUPITZ (siehe vorne Fn. 691 f.) insbesondere GRUNEWALD Karlsruher Forum 41; BOHRER 122, 129, unter Bezugnahme auf Palandt-THOMAS 50. A. § 823 Rdn. 58: «... beruht Wissensverantwortung auf dem Prinzip, dass die Teilnehmer des Rechts-(geschäfts-)verkehrs zu dessen Schutz nicht nur für ihre tatsächliche Kenntnis einzustehen haben, sondern schon bei der Informationsentgegennahme, -dokumentation und -nutzung Drittbelange zu berücksichtigen haben ... Wissensverantwortung schliesst ein, Entgegennahme und Verfügbarkeit relevanter Informationen zu organisieren.» Zustimmend auch HAUSHEER Karlsruher Forum 44 f., ADLER 50 ff.; zurückhaltend zustimmend BOTT 62 ff.; RÖMMER-COLLMANN 181 f. Dem Grundsatz nach wohl auch CANARIS Karlsruher Forum 34, der jedoch darauf hinweist, dass man «mit dem Massstab der Ordnungsmässigkeit in Schwierigkeiten» kommen kann, nämlich in den Fällen, wo Wissen zugerechnet werden soll, obwohl die betreffende Organisation technisch kaum die Möglichkeit der Weiterleitung des Wissens hatte; CANARIS a. a. O. verweist diesbezüglich auf den Fall, dass das Wissen eines Bankkassiers von der Zahlungseinstellung eines Kunden, das dieser am Abend erlangt hatte, der Bank für einen in einer anderen Abteilung am nächsten Morgen erfolgenden Vorgang zugerechnet wurde, im Rahmen von § 30 KO. «Ich glaube, dass man hier in der Tat bereits die Grenze des Verschuldens oder der Organisation überschritten hat, dass die Entscheidung aber trotzdem richtig ist, weil es einfach das Risiko einer Bank ist, ob der Kassierer ihr umgehend diesen dramatischen Umstand des bevorstehenden Zusammenbruchs eines Kunden mitteilt.» CANARIS, a. a. O. Genau mit dieser letzten Argumentation widerlegt CANARIS aber sich selbst, indem er ausführt, dass der Kassierer – in Anbetracht der hervorragenden Bedeutung der Information – trotz des engen Zeitfensters für eine Weiterleitung hätte besorgt sein müssen.

<sup>697</sup> Vorne S. 56 f.

<sup>698</sup> Siehe vorne S. 65 ff. und S. 72 ff. die Ausführungen zu den Arbeiten von REICHWEIN, SIEGER und KISS-PETER.

stützung *funktionaler Zurechnungsmodelle*<sup>699</sup> geht, im Wesentlichen bei Hinweisen auf «Unsorgfalt» bzw. auf ein nicht näher eingeordnetes Verschulden seitens der juristischen Person.<sup>700</sup>

Aus den vorne in § 1 und 2 erörterten Gründen ergibt sich, dass ordnungsgemässe Wissensorganisation auch<sup>701</sup> im schweizerischen Recht das zentrale Leitmotiv für die Bestimmung der Wissenszurechnung ist, wenn einem funktionalen Ansatz gefolgt wird. Da sich andere, nicht funktionale Ansätze, weil diese wie gesehen im Gegensatz zu den vorgefundenen Grundwertungen und Prinzipien stehen, verbieten, ist auch für die Bestimmung des Wissens juristischer Personen nach schweizerischem Recht von Organisationsüberlegungen auszugehen.

Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, ob sich der Gedanke der ordnungsgemässen Organisation bzw. das Organisationsverschulden oder Organisationspflichten einerseits zur dogmatischen Begründung<sup>702</sup> und andererseits auch für die Konkretisierung der Wissenszurechnung heranziehen lassen.<sup>703</sup> In § 4 wird anschliessend ein Modell zur Bestimmung der Wissenszurechnung ausgearbeitet.

<sup>699</sup> Die letztlich auf vergleichbaren Kriterien wie der ordnungsgemässen Wissensorganisation beruhen; dass REICHWEIN wohl als erster überhaupt den Gedanken der ordnungsgemässen Wissensorganisation aufgebracht hat, wurde vorne dargelegt (S. 66).

<sup>700</sup> WATTER Wissen und Willen 138 N 40 i. V. m. N 39.

<sup>701</sup> Wenn nicht gerade in der Schweiz, eine Aussage, die in Anbetracht der Pionierarbeit REICHWEINS (vorne S. 66) sowie insbesondere der z. T. äusserst konsequent in funktionaler Weise argumentierenden Rechtsprechung des BGer zur Wissenszurechnung (vorne S. 47 ff.) vertretbar wäre.

<sup>702</sup> Diese Fragestellung ist im Vergleich mit der zweiten von untergeordneter Bedeutung, da dogmatische Begründungen austauschbar sind und nicht wesentlich zur tatsächlichen Bestimmung der Wissenszurechnung beitragen.

<sup>703</sup> Sogleich unter III.

### III. Tragfähigkeit «ordnungsgemässer Organisation» als Leitmotiv der Wissenszurechnung

Stützt man die Wissenszurechnung, wie dies der BGH und ihm folgend die wohl h.L. in Deutschland tut, auf Organisationspflichten und verwendet man, wie das schweizerische Bundesgericht, neuerdings Gedanken wie die «objektive Abrufbarkeit von Information» als Zurechnungskriterien, steht man also (zu Recht) auf dem Boden einer funktionalen Wissenszurechnung, die sich nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Wissensorganisation richten soll, so stellen sich zumindest die folgenden Fragen: 1. Ist eine Haftungsgrundlage wie das Organisationsverschulden überhaupt für die Lösung einer Zurechnungsfrage heranziehbar? 2. Stösst die Begründung der Wissenszurechnung mit – Verkehrspflichten darstellenden – Organisationspflichten nicht zumindest zum Teil auf das Problem der fehlenden Rechtswidrigkeit? 3. Wird durch die Einführung des Begriffs der Ordnungsgemässheit der Wissensorganisation nicht der Kenntnisbegriff, insbesondere soweit aktuelles Wissen in Frage steht, verändert und damit – im Verhältnis zur Bestimmung des Wissens bei natürlichen Personen – zu Lasten der juristischen Personen das Gleichheitsprinzip verletzt? 4. Ist «ordnungsgemässe Organisation» als Zurechnungsleitbild überhaupt genügend bestimmt, um operabel zu sein?<sup>704</sup>

#### 1. Eignung einer Haftungsnorm für die Beantwortung einer Zurechnungsfrage?

Gegen die Abstützung der Wissenszurechnung auf die Pflicht zur ordnungsgemässen Organisation (der internen Kommunikation) wird zunächst vorgebracht, es gehe dabei gerade «weder um Verpflichtungen, noch um ein bestimmtes Verhalten oder um ein Verschulden, sondern allein darum, wie die Risikoverteilung zwischen

<sup>704</sup> Die eigentliche Konkretisierung der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation erfolgt in § 4 bei der Erarbeitung eines Zurechnungsmodells.

Geschäftsherrn und Drittem erfolgen soll»<sup>705</sup>. Angesprochen ist damit die Frage, ob ein Haftungstatbestand überhaupt als Grundlage einer Zurechnungsoperation herangezogen werden kann.

Seitens der Kritiker wird ins Feld geführt, dass die Sanktion für die Verletzung der Wissensorganisationspflichten – nämlich die Wissenszurechnung – nicht zu den klassischen Rechtsfolgen eines Haftungstatbestandes «passen» würde. Diese Kritik ist nur bedingt angebracht: Unter Haftungsfolgen sind «alle Rechtsbehelfe zu verstehen, welche die Rechtsordnung dem von einem haftungsbe gründenden Ereignis Betroffenen zur Verfügung stellt, um das Ereignis samt seinen Folgen abwehren zu können.»<sup>706</sup> Dabei gilt die «Wiederherstellung des hypothetischen Zustandes ohne das schädigende Ereignis ... als die [gegenüber dem Schadenersatz in Geld] vollkommener Form des Schadensausgleichs»<sup>707</sup>. Wie auch Römmel-Collmann festhält, kann der Restitutionsgedanke für die Bestimmung der Wissenszurechnung durchaus herangezogen werden: «Liegt eine Organisationspflichtverletzung vor, muss für den Rechtsverkehr der Zustand hergestellt werden, der ... bestünde, hätte die Körperschaft ihre Pflicht zur Organisation des Informationsaustausches nicht verletzt.»<sup>708</sup>

Richtig ist die Kritik, sofern sie monieren wollte, dass die Sanktion «Wissenszurechnung» nicht eine Verpflichtung (oder Haftung) im klassischen Sinne «der Recht-Pflicht-Beziehung»<sup>709</sup> begründet, «kraft dessen die eine Person ... der anderen ... zu einer Leistung verpflichtet ist.»<sup>710</sup> Denn es gibt bei der Wissenszurechnung – wie es bei einer Pflicht im eigentlichen Sinne der Fall wäre – «weder Anspruch noch Klage»<sup>711</sup> des Kontrahenten der juristi-

<sup>705</sup> BUCK 433. Zu ihrem alternativen Begründungsansatz siehe S. 81 ff.

<sup>706</sup> HANS STOLL Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993; ihm folgend für das schweizerische Recht ROBERTO 133.

<sup>707</sup> ROBERTO 135. Er betont, dass die Naturalrestitution geringere Bedeutung habe als der Schadenersatz und der Geschädigte nach schweizerischem (und französischem) Recht keinen Anspruch auf diese habe, ROBERTO a. a. O. 135 f. m. zahlreichen Hw.

<sup>708</sup> RÖMMEL-COLLMANN 181.

<sup>709</sup> BUCHER AT 39.

<sup>710</sup> VON TUHR/PETER 9.

<sup>711</sup> VON TUHR/PETER 12.

schen Person auf Implementierung einer ordnungsgemässen Kommunikationsorganisation oder auf Schadenersatz. *Vielmehr führt das Unterlassen ordnungsgemässer Wissensorganisation «bloss» dazu, dass sich die juristische Person nicht auf ihre Unkenntnis berufen kann,<sup>712</sup> sie mithin u. U. einen Rechtsverlust erleidet.* Es ist deshalb, technisch korrekt, von einer *Obliegenheit*<sup>713</sup> zur ordnungsgemässen Kommunikationsorganisation zu sprechen.<sup>714</sup> Das diese Unterscheidung nicht bloss begriffsjuristischer Natur ist, wird sich bei der Frage nach der positiv-rechtlichen Grundlage der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation zeigen.<sup>715</sup>

Soweit die Vermischung von verschuldensabhängiger Haftung mit verschuldensunabhängiger Zurechnung moniert wird,<sup>716</sup> ist die Kritik insofern berechtigt, als h.L. und Praxis für die Verletzung der Anleitungs-, Überwachungs- und Organisationspflichten (im Hinblick auf die Erfüllung der Verkehrspflichten) ein Verschulden der Organe voraussetzen. Immerhin ist zu beachten, dass ein Teil der Lehre, vorab VON BAR, für eine *verschuldensunabhängige*, so genannte «verhaltenslose Zustandszurechnung» plädiert,<sup>717</sup> was diesen Einwand obsolet werden liesse. Im Hinblick auf Rechtsfolgenabwägungen ist die Kritik ohnehin nicht angebracht: Aufgrund des auch für Verkehrspflichtverletzungen<sup>718</sup> *objektivierten Verschul-*

*denmasssstabes*<sup>719</sup> kommt der Frage nach dem Verschulden für die Verletzung der Organisationspflichten kaum mehr Bedeutung zu. Ist einmal dargetan, dass die objektiven Anforderungen an die Verkehrspflichten verletzt worden sind, wird auch das (subjektive) Verschulden bejaht.<sup>720</sup> Insofern entbehrt die Diskussion über «die Vermischung von Fahrlässigkeitselementen mit Fragen der Zurechnung positiver Kenntnis» an praktischer Relevanz, wenn auch nicht an dogmatischem Interesse.<sup>721</sup>

## 2. Das Problem der Rechtswidrigkeit – zugleich zur positiv-rechtlichen Abstützung der Wissenszurechnung

Eine *direkte Abstützung* der Wissenszurechnung (nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation) auf *Organisationspflichten* bzw. ein *Organisationsverschulden* stösst auf das Problem, dass es – unter dem Vorbehalt allfälliger, hier kaum relevanter sittenwidriger Schädigungen<sup>722</sup> – nach h.L. und Praxis keine allgemeine Verkehrspflicht zum Schutze fremder Vermögenswerte gibt.<sup>723</sup> Auf Organisationsverschulden könnte die Wissenszurechnung ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs deshalb nur dort abgestützt werden, wo absolute Rechte verletzt werden<sup>724</sup> oder gegen bestimmte Schutznormen<sup>725</sup> verstossen wird. Nur in rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Beziehungen könnte die Wissenszurechnung *generell* auf Organisationspflichten abgestützt werden<sup>726</sup>, was vor allem für Wissensnormen des Vertrags-

<sup>712</sup> Es sei denn, die fragliche Information wäre ihr auch bei ordnungsgemässer Kommunikationsorganisation nicht zurechenbar gewesen.

<sup>713</sup> Zum Begriff der Obliegenheit siehe VON TUHR/PETER 12.

<sup>714</sup> Unabhängig davon wird in der vorliegenden Arbeit der Begriff der Organisationspflicht im umgangssprachlichen Sinne verwendet, sofern es an der betreffenden Stelle nicht auf den technischen Unterschied zwischen Pflicht und Obliegenheit ankommt.

<sup>715</sup> Dazu hinten S. 165 ff.

<sup>716</sup> So BUCK 439, die kritisiert, dass mit «dem Abstellen auf eine «ordnungsgemässe Organisation» sowie dem damit verbundenen Aspekt des «typischerweise aktenmässig festgehaltenen» Wissens ... ein Fahrlässigkeitselement in die Frage der Zurechnung von Wissen eingeführt» werde.

<sup>717</sup> VON BAR FS Kitagawa 279 ff., 288 ff. Begründet wird der Vorschlag damit, dass die juristische Person nicht selbst handeln und sie damit auch kein Verschulden treffen könne.

<sup>718</sup> Grundlegend zu den Verhaltenspflichten WIEGAND FS Gagnér 547 ff.; BSK-WIEGAND Art. 97 OR N 5ff.

<sup>719</sup> Vgl. dazu BSK-WIEGAND Art. 97 OR N 42 ff., Art. 99 N 9.

<sup>720</sup> Vgl. dazu für die Schweiz etwa BSK-WIEGAND Art. 97 OR N 43; für Deutschland KLEINDIEK 359 ff.

<sup>721</sup> Vgl. dazu etwa GRUNEWALD 445 f.

<sup>722</sup> Vgl. § 826 BGB und Art. 41 Abs. 2 OR.

<sup>723</sup> BSK-SCHNYDER Art. 41 OR N 30 ff., insbes. N 31; ZULLIGER Eingriffe Dritter in Forderungsrechte Diss. Zürich 1988 110 ff.

<sup>724</sup> Vgl. BGE 123 II 577, dazu etwa GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 186.

<sup>725</sup> Zur entsprechenden Praxis und ihrer Problematik GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 105 und 187 ff.

<sup>726</sup> Bei Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verhältnisses kann sich die Rechtswidrigkeit einer Vermögensschädigung gemäss Art. 2 ZGB aus der Verletzung von Treuepflichten in Vertrauensverhältnissen erge-

rechts relevant wäre. Man denke zum Beispiel an die kaufrechtlichen (Sachmängel-)Gewährleistungsregeln, welche für verschiedene Belange auf Wissensaspekte Bezug nehmen.<sup>727</sup> Hier kann eine – je nach Auffassung auf implizite Parteivereinbarung oder Art. 2 ZGB abzustütze<sup>728</sup> – vertragliche Nebenpflicht oder gesetzliche Schutzpflicht bejaht werden, wonach sich die juristische Person so zu organisieren hat, dass es durch ihr arbeitsteiliges Agieren nicht zu einer Beeinträchtigung der Anwendung von Wissensnormen kommt<sup>729</sup>.

Das Postulieren einer generellen, auch ausserhalb rechtsgeschäftlicher Kontakte greifenden Verkehrspflicht zu ordnungsgemässer Organisation ist jedoch abzulehnen. De lege lata nicht beizupflichten ist deshalb BAUM, der trotz Hinweises auf die «Absage des BGB an einen generellen deliktsrechtlichen Vermögensschutz» unter Rekurs auf eine «zumindest in der Sache, nicht zu verleugnenden Entwicklung von freien Verkehrspflichten zum Schutze fremden Vermögens ... ein allgemeines Prinzip der Verantwortung für die Schaffung von Risiken» bejaht.<sup>730</sup>

Die positiv-rechtliche Begründung der Wissenszurechnung mit Organisationspflichten, wie sie vom BGH beiläufig vorgenommen wird, ist demnach jedenfalls dann abzulehnen, wenn sie zur Abstützung der Wissenszurechnung auch ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs, also als generell heranziehbar positiv-rechtliche Grundlage, dienen sollen. Dies bedeutet indes nicht, dass der Ge-

ben, siehe etwa GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 105; BSK-SCHNYDER Art. 41 OR N 30ff., insbes. N 35; BGE 121 III 357. In rechtsgeschäftlichen Beziehungen kann der Organisationsmangel zudem eine positive Vertragsverletzung darstellen, so wohl auch BUCK 420; zur positiven Vertragsverletzung siehe BSK-WIEGAND Art. 97 OR N 7, 25.

<sup>727</sup> Art. 199–203 OR, 210 OR; ein weiteres Beispiel wäre die Eviktionshaftung, siehe Art. 192 Abs. 2 und 3 OR.

<sup>728</sup> Vgl. zu diesen Möglichkeiten am Beispiel der Aufklärungspflichten ABBEGLEN Aufklärungspflichten 76 bzw. 67.

<sup>729</sup> Der Organisationsmangel wird damit zu einer positiven Vertragsverletzung, so wohl auch BUCK 420; zur positiven Vertragsverletzung im schweizerischen Recht siehe etwa BSK-WIEGAND Einleitung zu Art. 97–109 OR N 5ff., ders. Art. 97 OR N 34ff. sowie zu ihrer Entwicklung grundlegend WIEGAND FS Gagnér 549 ff.

<sup>730</sup> BAUM 253; vgl. zur Kritik an BAUMS Auffassung auch die vorne S. 81 gemachten Hinweise auf die Rezension durch SINGER.

danke der ordnungsgemässen Organisation als *Leitmotiv* der Wissenszurechnung aufzugeben wäre, steht er – bei richtiger Ausgestaltung – doch mit den Grundwertungen der Privatrechtsordnung in Einklang, weshalb er mit Gewinn zur Lückenfüllung bei der Bestimmung des Wissens juristischer Personen beizuziehen ist. Dafür ist die Abstützung auf Organisationspflichten im eigentlichen Sinne auch nicht erforderlich. Denn wie vorne gesehen gibt es nicht eine Pflicht, sondern bloss eine *Obliegenheit* zu ordnungsgemässer Organisation der internen Kommunikation, welche zur Folge hat, dass sich eine juristische Person, die ihren Informationsfluss nicht lege artis organisiert, nicht auf Unkenntnis bzw. Nichtkennenmüssen berufen kann, sie mithin einen Rechtsverlust erleidet. *Dazu bedarf es positiv-rechtlich nicht der Abstützung auf eine spezifische Pflichtgrundlage, es genügt die Berufung auf das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben.*<sup>731</sup>

Unabdingbar ist jedoch – hier der enge Bezug zu den organisatorischen Verkehrspflichten – dass diese *Obliegenheit nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Kommunikationsorganisation konkretisiert wird*, was in Anbetracht des Vorliegens einer Gesetzeslücke und der Konformität dieses Ansatzes mit den Grundwertungen der Privatrechtsordnung zulässig ist. Abzulehnen ist, wie von BUCK<sup>732</sup> vorgeschlagen, das Kriterium der ordnungsgemässen Organisation nur zur «Korrektur der Wissenszurechnung» beizuziehen. Die von BUCK vertretene Auffassung, dass es bei der Wis-

<sup>731</sup> Obliegenheiten lassen sich auch ausserhalb rechtsgeschäftlicher Beziehungen auf Art. 2 ZGB abstützen; Paradebeispiel sind die Schadenminderungsobliegenheiten des Deliktsrechts, dazu OFTINGER/STARK 261 ff.; BSK-SCHNYDER Art. 44 OR N 13. Auch BUCK plädiert für die Abstützung der Wissenszurechnung – die sie nach hier vertretener Ansicht zu Unrecht als Korrektur des Mangels ordnungsgemässer Organisation sieht – auf Treu und Glauben bzw. das Rechtsmissbrauchsverbot. Ihre Ausgangsüberlegung geht dahin, dass sich eine «juristische Person ... nicht durch eine Aufspaltung von Tätigkeitsbereichen [soll] unwissend halten können» (BUCK 447). Das Prinzip von Treu und Glauben wird damit nicht verwendet, um die Zurechnung des Wissens zu ermöglichen, sondern um den Wissensbegriff zu modifizieren bzw. zu beeinflussen (BUCK 448). Unverständlich in Anbetracht dessen, dass BUCK es weiter hinten dann als einer der Vorzüge der vertretenen dogmatischen Begründung betrachtet, dass der «Kenntnisbegriff ... unangetastet» bleibe (BUCK 455).

<sup>732</sup> BUCK 453.

senszurechnung nur um eine Korrektur von Nichtwissen gehe, ist im Ansatz unzutreffend. Die Wissenszurechnung hat nicht bloße Korrekturfunktion; dies würde seitens der juristischen Person hinsichtlich ihres Wissens einen Mangel, den es zu beheben gilt, voraussetzen, was nicht der Fall ist. Es geht vielmehr um die originäre Bestimmung dessen, was zwecks Anwendung der Wissensnormen generell als Wissen oder Wissenmüssen einer juristischen Person zu betrachten ist, nicht um einen bloss ausnahmsweisen Einsatz der Zurechnungsoperation. Anderes behaupten hiesse, dass es neben der vertretenen Wissensbestimmung mittels einer Korrektur über § 242 BGB noch eine primäre Wissensordnung der juristischen Person geben würde, was nicht zutrifft.

### 3. Modifikation des Kenntnisbegriffs durch Wissenszurechnung gestützt auf ordnungsgemäße Organisation?

Von Kritikern der Wissenszurechnung gestützt auf – oder, wie hier vertreten, nach dem Leitmotiv – ordnungsgemäße(r) Organisation wird geltend gemacht, dass durch die Bezugnahme auf eine Haftungsnorm aktuelles Wissen bei juristischen Personen in Tat und Wahrheit stets bereits bei «Wissenmüssen» angenommen würde. So moniert etwa Buck, das Zurechnungsprinzip der ordnungsgemäßen Organisation laufe «auf eine Veränderung des Kenntnisbegriffes hinaus»<sup>733</sup>. Durch das Abstellen auf eine ordnungsgemäße Kommunikationsordnung werde dabei zudem – was etwa der angebliche «Ausschluss des Vergessens» von Wissen bei juristischen Personen belegen soll – das Gleichheitsprinzip verletzt<sup>734</sup>.

Diese Kritik geht fehl: Ordnet eine Wissensnorm eine bestimmte Rechtsfolge nur bei aktueller Kenntnis an, so ist im Rahmen der ordnungsgemäßen Kommunikationsorganisation eben nur zu prüfen, ob bei einem Wissensträger das betreffende *aktuelle Wissen* bzw. bei mehreren Wissensträgern Teile desselben vorhanden wa-

ren oder nicht, und ob dieses Wissen an die relevante Stelle hätte weitergeleitet werden sollen. Es wird damit nicht ein Standard des Wissenmüssens eingeführt; dieser kommt nur zur Anwendung, wenn Wissen zugerechnet wird, obwohl kein Wissensträger aktuelle Kenntnis gehabt hat, solche jedoch bei der gebotenen Aufmerksamkeit hätte haben können<sup>735</sup>.

Der mögliche Einwand, die Theorie der Wissensorganisation führe zu einer Ungleichbehandlung, insbesondere einer Privilegierung, von natürlichen gegenüber juristischen Personen, beispielsweise beim Vergessen von Wissen<sup>736</sup>, geht ebenfalls fehl: Ordnungsgemäße Wissensorganisation verlangt – gerade im Gegensatz zu den formalen Wissenszurechnungskonzepten wie der Organtheorie – nicht, dass alles einmal erlangte Wissen zugerechnet wird. Zuzurechnen ist, ohne der hinten folgenden Ausgestaltung des Wissenszurechnungsmodells vorzugreifen, nur diejenige Kenntnis, die aufgrund ihrer Bedeutung zu erfassen, speichern und weiterzuleiten bzw. abzufragen war. Dies kann, genau wie bei natürlichen Personen auch, bedeuten, dass gewisse Informationen nach kurzer Zeit nicht mehr verfügbar sind. Diese Organisationsanforderungen werden durch das «Gleichstellungsargument» untermauert, durch dieses zugleich aber auch begrenzt: «das als Wissen Zuzurechnende darf nicht zu einer Fiktion entarten, die juristische Personen oder andere am Rechtsverkehr teilnehmende Organisationen weit über jede menschliche Fähigkeit hinaus belastet.»<sup>737</sup>

Ohnehin lässt sich der Entscheid darüber, welches Wissen zurechenbar ist, nicht unter Rekurs auf eine dogmatische Grundlage der Zurechnung fällen – dieser Entscheid erfolgt unabhängig von der gewählten positiv-rechtlichen Abstützung mittels Wertungen: «Jeder rechtlichen Analyse liegt ein intentionaler Akt zugrun-

<sup>733</sup> BUCK 439.

<sup>734</sup> GOLDSCHMIDT 236.

<sup>735</sup> Sei es allein oder in Verbindung mit weiteren Wissensträgern, welche über aktuelle Teilkenntnisse verfügen; zur schwierigen Frage, unter welchen Voraussetzung Teilwissen zusammengefügt und so der juristischen Person zugerechnet werden kann.

<sup>736</sup> Dazu BAUM 280 ff.

<sup>737</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 733.

de.»<sup>738</sup> Deshalb ist die Erarbeitung der richtigen Wertungskriterien auch der bedeutsamste Teil eines Wissenszurechnungsmodells<sup>739</sup>.

#### 4. Zur angeblich fehlenden Operabilität der Wissenszurechnung gestützt auf ordnungsgemässe Organisation

Der Einwand, mangels hinreichender Bestimmtheit dessen, was eine ordnungsgemässe Wissensorganisation sei, lasse sich die Wissenszurechnung nicht darauf abstützen, müsste, wenn er berechtigt wäre, auch für die Organisationspflichten bzw. das Organisationsverschulden im Allgemeinen zutreffen. Es wird nachfolgend deshalb kurz auf die mittlerweile anerkannte<sup>740</sup> (vorab deliktische) Haftung aus Organisationsverschulden eingegangen.<sup>741</sup>

##### a) Exkurs: Organisationsverschulden, Organisationspflichten im Allgemeinen

Gleich wie der Hintergrund der Wissenszurechnungsproblematik die Tatsache (umfangreicher) arbeitsteiliger Organisationen ist, wird die Genese des Rechtsinstituts «Organisationsverschulden»<sup>742</sup> darauf zurückgeführt, dass es «im Grossunternehmen re-

<sup>738</sup> GÖTZ SCHULZE Grundfragen zum Umgang mit modernisiertem Schuldrecht – Wandel oder Umbruch im Methodenverständnis, in *Das neue Schuldrecht*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, Stuttgart/München/Hannover u. a. 2001 184.

<sup>739</sup> S. 181 ff.

<sup>740</sup> Auch in der Schweiz ist die Rechtslage diesbezüglich relativ gefestigt, dies belegt etwa die starke Zustimmung zur Schachtrahnen-Rechtsprechung, vgl. dazu hinten S. 173.

<sup>741</sup> Soweit die ungenügende Bestimmtheit der ordnungsgemässen Organisation zur Anknüpfung von Rechtsfolgen thematisiert wird, sei nur daran erinnert, dass selbst im Strafrecht, wo dem Bestimmtheitsgebot höchste Bedeutung zukommt, in Zukunft im Bereich der Strafbarkeit der juristischen Person an den Organisationsmangel angeknüpft werden soll. Die betreffenden Art. 100<sup>quater</sup> und 100<sup>quinquies</sup> StGB treten bereits per 1. Oktober 2003 in Kraft.

<sup>742</sup> Vgl. dazu grundlegend MATUSCHE-BECKMANN, KLEINDIEK 284 ff. sowie BRÜGGE-MEIER 33 ff.

gelmässig nicht möglich [ist], dem Betriebsinhaber einen persönlichen Verschuldensvorwurf für das Fehlverhalten eines – etwa in der untersten Hierarchieebene stehenden – Mitarbeiters zu machen»<sup>743</sup>, weshalb die deliktische Geschäftsherrenhaftung, die «ein eigenes, wenn auch vermutetes Verschulden des Geschäftsherrn erfordert»<sup>744</sup>, oftmals ins Leere ginge. Entsprechend wurden vorab und zunächst im Recht der unerlaubten Handlung, zu § 831 BGB, von der Judikatur Organisationspflichten statuiert<sup>745</sup>. Heute werden diese bzw. der «Organisationsmangel»<sup>746</sup> jedoch auch ausserhalb des Deliktsrechts herangezogen<sup>747</sup>, nicht zuletzt auch (und direkt) wie gesehen im Bereich der Wissenszurechnung.<sup>748</sup>

Als zentrales «Datum» in der Judikatur des BGH zur Frage der Organisationshaftung kann ein Entscheid von 1951 betrachtet werden, wo das Gericht festhielt: «Auch wenn die unmittelbare persönliche Aufsicht über den landwirtschaftlichen Arbeiter allein dem Verwalter obliegt, bleibt es Aufgabe des Gutsherrn, allgemeine Aufsichtsmaßnahmen zu treffen, die die Gewähr für eine ordentliche Betriebsführung bieten. Sollte ein Mangel der Organisation vorliegen, so ist der Geschäftsherr wegen Vernachlässigung der allgemeinen Aufsicht aus § 823 Abs. 1 BGB haftbar.»<sup>749</sup> Grundlage der Haftung ist damit eine dogmatisch nicht mit der Pflicht zur Beaufsichtigung der Hilfspersonen<sup>750</sup> zu verwechselnde

<sup>743</sup> MATUSCHE-BECKMANN 2.

<sup>744</sup> MATUSCHE-BECKMANN 2 mit dem Hinweis darauf, diese «Konzeption» sei «nicht mehr zeitgemäss». Interessant ist MATUSCHE-BECKMANN'S Befund (S. 16 ff.), dass das klassische römische Recht bei Haftungstatbeständen, welche ein Einstehenmüssen für Dritte, insbesondere Gewaltunterworfenen stipulierten, das Verschulden keine Haftungsvoraussetzung war.

<sup>745</sup> Vgl. etwa MATUSCHE-BECKMANN 13, wonach «Ursprung und Hauptanwendungsfall» des Organisationsverschuldens im Deliktrecht liegen würden.

<sup>746</sup> Vgl. dazu etwa Palandt-HEINRICH'S § 31 N 7.

<sup>747</sup> SCHLECHTRIEM 290; ihm folgend MATUSCHE-BECKMANN 13.

<sup>748</sup> Dazu vorne S. 47 ff.

<sup>749</sup> BGHZ 4, 1 (2), zitiert ach MATUSCHE-BECKMANN 50. (Kursivdruck eingefügt.)

<sup>750</sup> Deren Wahrung zum Exkulpationsbeweis gemäss § 831 Abs. 1 BGB gehört, vgl. Palandt-THOMAS § 831 N 14 ff.; aus dem zitierten Urteil a. a. O. geht hervor, dass der Geschäftsherr gerade keine direkte Aufsichtspflicht über die den Schaden verursachende Hilfsperson (in casu den 16-jährigen Arbeiter) traf.

allgemeine Aufsichtspflicht oder gleichbedeutend eine «mangelhafte betriebliche Organisation»; hieraus bildeten sich die inhaltlich identischen Begriffe Organisationsverschulden bzw. Organisationsmangel heraus.<sup>751</sup>

Für die positiv-rechtliche Abstützung der Organisationspflichten wird neuerdings von MATUSCHE-BECKMANN – Judikatur und ein grosser Teil der Lehre stütz(t)en die Pflichten bald einmal auf § 831 BGB, bald einmal auf § 823 Abs. 1 BGB ab<sup>752</sup> – zu Recht nun wie folgt unterschieden<sup>753</sup>: Soweit die Schädigungsursache in einem Fehler auf der «Ebene der allgemeinen Organisation»<sup>754</sup> liegt<sup>755</sup>, wird der allgemeinere § 823 Abs. 1 BGB herangezogen<sup>756</sup>. Soweit es spezifisch um Mängel bei Selektion, Instruktion und Überwachung konkreter Hilfspersonen geht, kommt der speziellere § 831 BGB zu Anwendung.<sup>757</sup>

Ihre tiefere Begründung findet die Organisationshaftung in der Erkenntnis, dass die (deliktischen) Organisationspflichten bloss abgeleitete (anstelle von originären) Verkehrspflichten darstellen, die der arbeitsteiligen Organisation erwachsen, weil durch den Einsatz von Hilfspersonen bzw. einer arbeitsteiligen Struktur die originären Verkehrspflichten typischerweise nicht mehr vom Ge-

<sup>751</sup> Zur Begriffsbildung vgl. HASSOLD 583; MATUSCHE-BECKMANN 67. Zur Komplexität und «nur schwer zu systematisierenden» Natur der Judikatur vgl. KLEINDIEK 284, 285 ff.

<sup>752</sup> Vgl. dazu die Übersicht bei MATUSCHE-BECKMANN 70.

<sup>753</sup> Die Unterscheidung ist nicht rein akademisch; aufgrund der unterschiedlichen Beweislastverteilung bei § 831 BGB bzw. § 823 Abs. 1 BGB ist sie auch von praktischer Bedeutung.

<sup>754</sup> MATUSCHE-BECKMANN 109.

<sup>755</sup> Wozu etwa allgemeine Verhaltensanweisungen, Dienstreglemente, gegebenenfalls Compliance-Strukturen zur Überwachung deren Einhaltung etc. gehören. Die «derivative» Natur der allgemeinen Organisationspflichten erhellt auch daraus, dass solche allgemeinen Organisationspflichten gemäss § 823 Abs. 1 BGB entstehen. «[s]obald also der Geschäftsherr die an ihn gestellten Aufgaben nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht persönlich vornimmt, [diesfalls] bedarf es zur Exculpation des zusätzlichen Nachweises, dass er in dem Betrieb oder Unternehmen eine entsprechende sorgfältige Organisation installiert hat, die die eingesetzten Gehilfen in die Lage versetzt, diese Aufgaben an seiner Stelle hinreichend sorgfältig wahrzunehmen.» MATUSCHE-BECKMANN 105.

<sup>756</sup> Vgl. auch KLEINDIEK 290, der treffend vom «pointillistische[n] Konzept des § 831 BGB» spricht.

<sup>757</sup> MATUSCHE-BECKMANN 109.

schaftsherrn selbst (bzw. den Organen im Falle einer juristischen Person) zu erfüllen sind.<sup>758</sup>

Auch im schweizerischen Recht ist die Organisationshaftung de facto spätestens seit dem berühmten Schachtrahmenfall<sup>759</sup> anerkannt. Sie wird durch die Statuierung immer neuer Verkehrspflichten weiterentwickelt<sup>760</sup>. In Art. 49a VE-Haftpflichtrecht<sup>761</sup> wurde diese Praxis, allerdings beschränkt auf Unternehmen, aufgenommen:

«Die Person, die sich zum Betrieb einer Unternehmung mit wirtschaftlich oder beruflich ausgerichteten Tätigkeiten einer oder mehrerer Hilfspersonen bedient, haftet für den Schaden, der im Rahmen dieser Tätigkeiten verursacht wird, es sei denn, sie beweise, dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.»

Es handelt sich dabei um eine «umfassende Organisationshaftung»<sup>762</sup>. Sie wird noch dadurch verschärft, dass, anders als nach der Praxis zu Art. 55 OR bzw. gemäss Art. 49 VE-Haftpflichtrecht (gewöhnliche Haftung für Hilfspersonen *ausserhalb von Unternehmen*) kein funktionaler Zusammenhang zwischen der Schädigung und der unternehmerischen Tätigkeit vorausgesetzt wird. Denn «es genügt eine einfache zeitliche und örtliche Beziehung»<sup>763</sup>. Dadurch wird der Tendenz der Gerichtspraxis, die Unterschiede zwischen Art. 101 OR und der deliktischen Hilfspersonenhaftung zu

<sup>758</sup> MATUSCHE-BECKMANN 89 ff., 96 f. VON BAR Verkehrspflichten 96 scheint den Organisationspflichten in dem Sinne eine eingeständige Bedeutung zuzumessen, wobei er die Haftung aus Verkehrspflichtverletzung seitens der juristischen Person als «verhaltenslose Zustandszurechnung» qualifiziert, VON BAR FS Kitagawa 290.

<sup>759</sup> BGE 110 II 462 ff. In diesem Fall hatte das Bger. den im Rahmen von Art. 55 OR möglichen Befreiungsbeweis «praktisch verweigert», indem es dazu den Nachweis voraussetzte, dass der Schaden nicht auf eine mangelhafte Organisation zurückzuführen war, WIDMER/WESNER 124; vgl. auch PETER GAUCH BR 1986 67 f.; PIERRE WIDMER, Produktehaftung, recht 1986 50 ff.

<sup>760</sup> Z. B. BGE 126 III 313, Verkehrssicherungspflicht der Bergbahnunternehmen, dazu HAUSHEER/JAUN Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bger im Jahre 2000 ZBJV 2001 917 f., mit dem bedeutsamen Hinweis, dass sich *der Inhalt der Pflichten u. a. nach den «durch den Geschäftsbetrieb» geweckten Sicherheitserwartungen bestimme* (HAUSHEER/JAUN op. cit. 918).

<sup>761</sup> Vgl. dazu jüngst AESCHMANN 99 ff.

<sup>762</sup> So – kritisch – MARKUS MÜLLER-CHEN Brennpunkte der Revision des Haftpflichtrechts, Anwaltsrevue 11–12/2001 12.

<sup>763</sup> WIDMER/WESSNER 130.

nivellieren, noch mehr Vorschub geleistet.<sup>764</sup> Neben der Bedeutung der grundsätzlichen Anerkennung der Organisationshaftung auch im schweizerischen Recht ist für vorliegenden Zusammenhang folgendes von grossem Interesse: Im erläuternden Vorbericht zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts durch WIDMER/WESSNER wird zu Art. 49-VE Haftpflichtrecht ausgeführt, dass zum – der beklagten Unternehmung obliegenden – Beweis der mängelfreien Organisation u. a. ein «allgemeines und, wenn nötig, sektorielles Informationssystem»<sup>765</sup> gehört. Als Standard für die Ausgestaltung der Organisation gilt dabei, was nach dem aktuellen Wissensstand «berechtigterweise und vernünftigerweise» von einem Unternehmen verlangt werden kann.<sup>766</sup>

Dass positiv-rechtlich mittlerweile etabliert ist, dass ein Organisationsmangel im deliktischen und im rechtsgeschäftlichen Bereich Haftungsfolgen auslösen kann,<sup>767</sup> ist für die nachfolgende Erarbeitung einer neuen Grundlage der Wissenszurechnung von grosser Bedeutung. Diese wird nämlich an funktionale Kriterien anknüpfen und dabei darauf abstellen, welches Wissen bei ordnungsgemässer Kommunikationsorganisation vorhanden ist. Für eine solche Lösung ist wichtig, dass ordnungsgemässe Organisation oder, umgekehrt formuliert, der Organisationsmangel, als zur Abstützung von Rechtsfolgen geeignet betrachtet wird. Dies gilt auch für die Wertungen, die der Organisationshaftung zugrunde liegen, so dass auch diese für die Beurteilung der Wissenszurechnung herangezogen werden können<sup>768</sup>.

<sup>764</sup> WIDMER/WESSNER 305.

<sup>765</sup> WIDMER/WESSNER 132.

<sup>766</sup> WIDMER/WESSNER 132 in fine.

<sup>767</sup> Vgl. nur Palandt-THOMAS § 831 N 16; Palandt-HEINRICHS § 31 N 7ff.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 204; BGE 110 II 460f. Für ein Beispiel der Relevanz von Organisationsmängeln im vertraglichen Bereich (Bankhaftung beim Zahlungsverkehr) vgl. ABEGGLEN Vermögensverwaltung 185 Fn. 40 sowie das dort ange-sprochene Urteil (ausführlich wiedergegeben in SJZ 1994, 65 ff.).

<sup>768</sup> Voraussetzung dafür ist, dass die Privatrechtsordnung, und, für vorliegenden Zusammenhang konkreter noch, das Obligationen- und Personenrecht im Sinne eines inneren Begründungszusammenhangs auf bestimmten Wertungen und Prinzipien beruht; kritisch dazu THOMAS KOLLER Privatrecht und Steuerrecht 53, der das Vorhandensein von Ordnungsgesichtspunkten zwar als wünschenswert er-

b) Genügende Bestimmtheit der ordnungsgemässen Organisation zur Anknüpfung von Rechtsfolgen?

Lässt sich der Gedanke der ordnungsgemässen Wissensorganisation hinreichend konkretisieren? In dieser entscheidenden<sup>769</sup> Frage ist sich die Lehre<sup>770</sup> uneinig. Im Zusammenhang mit der Vertrauenshaftung vertritt CANARIS die – allerdings nicht näher spezifizierte – Auffassung, dass die ordnungsgemässe Organisation einen Vertrauenstatbestand darstelle. Das würde voraussetzen, dass ordnungsgemässe Organisation zumindest gewisse Bestimmtheit aufweist<sup>771</sup>. BAUM verneint in Anbetracht der Vielzahl betriebswirtschaftlicher Organisationsmöglichkeiten, dass es die ordnungsgemässe Organisation gäbe.<sup>772</sup> ROHDE wirft TAUPITZ, der für eine Wissenszurechnung gestützt auf das Kriterium der ordnungsge-

achtet, jedoch der Auffassung ist, dass «sich dem von Gesetzgeber und Richter immer wieder neu zu gestaltenden Privatrecht allgemeingültige Grundwertungen, welche sich widerspruchlos zu einem System zusammenfügen würden, selten entnehmen lassen.» Allerdings bedarf es für die Heranziehung von Wertungen nicht, dass sich diese im Verhältnis der vollkommenen Widerspruchsfreiheit befinden würden. In diesem Sinne zu Recht THOMAS KOLLER Privatrecht und Steuerrecht 53: «Welchem Prinzip, welcher Wertung in einem solchen Konfliktfall [wo Prinzipien aufeinanderprallen] der Vorrang gebührt, ist dabei schon innerhalb des Privatrechts *nicht immer* leicht zu entscheiden.» (Kursivdruck eingefügt.)

<sup>769</sup> So auch BOTT 63: «Die wesentliche Frage ... ist natürlich die nach der Ausfüllung des Begriffs der ordnungsgemässen Kommunikation, also gewissermassen nach der Ordnung, der gemäss organisierte Kommunikation zu verlaufen hat.»

<sup>770</sup> Die Judikatur begnügt sich in der Regel damit, im Falle einer Bejahung einer Organisationspflichtverletzung – naturgemäss ex post – festzustellen, dass der Schaden bei Einhaltung einer bestimmten organisatorischen Massnahme hätte vermieden werden können.

<sup>771</sup> CANARIS Vertrauenshaftung 496 und 326 Fn. 65. Allgemein zur Bedeutung der Ausgestaltung der ordnungsgemässen Organisation auch CANARIS Vertrauenshaftung 228 f.; CANARIS Bankvertragsrecht N 126.

<sup>772</sup> BAUM 213, 225 mit Hinweisen darauf, dass die Suche nach der idealen (Informations-)Organisation ein Grundproblem der Betriebswirtschaftslehre sei (op. cit. 214, 225), dass – gerade auch aufgrund neuer technischer Möglichkeiten – «beinahe jede organisatorische Gestaltung möglich» sei (op. cit. 215) und dass die Wahl der Organisationsstruktur in das «Belieben» des Unternehmers gestellt sei (op. cit. 217). Eine Kritik, die m. E. allerdings im Kern fehlt geht, da Justiziabilität selbstredend nicht voraussetzt, es würde nur *eine* – richtige – ordnungsgemässe Organisation geben.

mässen Organisation plädiert,<sup>773</sup> vor, er bewege sich im «rechtsfreien Raum», denn das BGB enthalte «keine Regelungen darüber, welche Voraussetzungen an eine ordnungsgemässe Organisation zu stellen» seien.<sup>774</sup>

Tatsächlich enthalten weder das BGB<sup>775</sup> noch das OR *nähere Angaben darüber, was zu einer ordnungsgemässen Organisation von arbeitsteiligen Prozessen und Abläufen gehören würde*. Und weder das deutsche noch das schweizerische Recht verfügen über ein «allgemeines Organisationsrecht, das bestimmt wie ein Unternehmen zu organisieren und zu strukturieren ist».<sup>776</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich das Abstützen auf den Begriff der ordnungsgemässen Organisation im rechtsfreien Raum bewegen würde. Das zeigt sich daran, dass die Rechtsprechung «durchaus in der Lage ist, im Einzelfall die Anforderungen an die ordnungsgemässe Organisation einer juristischen Person zu benennen.»<sup>777</sup> Dies gilt

<sup>773</sup> Vgl. dazu hinten S. 177.

<sup>774</sup> ROHDE 120, die a. a. O. immerhin dafür hält, bei einer ausreichenden Bestimmung der «grundlegenden Elemente einer ordnungsgemässen Organisation» wäre die Verwendung dieses Kriteriums als Grundlage der Wissenszurechnung denkbar.

<sup>775</sup> Anders dagegen – allerdings bloss für einen engen Teilbereich – das dAktG, welches in einem aufgrund des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. 4. 1998 (KonTraG) aufgenommenen neuen § 91 Abs. 2 unter dem Titel «Organisation» das Implementieren von Kontroll- und Risikomanagement-Massnahmen vorschreibt, vgl. dazu HÜFFLER § 91 N 6ff. sowie WAGNER Aufsichtsgremien im Gesellschaftsrecht, Stuttgart/München/Hannover u. a. 1998 105 ff.

<sup>776</sup> BUCK 397. Dagegen gibt es zahlreiche privatrechtliche und regulatorische Vorschriften (z. B. Rechnungslegungsvorschriften, Offenlegungspflichten etc., vgl. dazu auch hinten S. 320 ff.), welche (regulierte) Unternehmen zu umfangreichen organisatorischen Massnahmen verpflichten.

<sup>777</sup> BUCK 399 unter Hinweis auf die Urteile BGH WM 1995, 1816 und BGH WM 1995, 1813; TAUPITZ Karlsruher Forum 27. Man vergegenwärtige sich auch, dass öffentlich-rechtliche Normen gerade im Bankbereich (dazu hinten S. 320 ff.) oder etwa das KonTraG Rechtsfolgen an das Fehlen geeigneter organisatorischer Massnahmen (z. B. Früherkennung, Überwachungssystem) knüpfen, vgl. HÜFFLER § 91 N 7 ff. Auch die seit 1. Juli 2002 in Kraft stehende «Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance» der SWX Swiss Exchange belegt die Bedeutung der Informationsorganisation, indem sie in Ziff. 3.7 Angaben über Management-Informationssysteme verlangt.

auch für die schweizerische Judikatur<sup>778</sup>. Bei der Beurteilung der Ordnungsgemässheit einer Organisation – sei es von Produktionsabläufen (Schachtrahmenfall!), sei von interner Kommunikation – geht es nämlich nicht darum, zu entscheiden, ob *die* ordnungsgemässe oder eine *ideale* Organisation vorliege.

Eingedenk der unbestreitbaren Schwierigkeiten, tatbestandsähnliche Elemente für die Bestimmung ordnungsgemässer Organisation aufzustellen,<sup>779</sup> versucht MATUSCHE-BECKMANN dem Begriff des Organisationsmangels dadurch mehr Konturen zu verleihen, dass sie die Organisationspflichten in verschiedene Fallgruppen aufspaltet, nämlich «Organisationspflichten hinsichtlich des Einsatzes weisungsabhängiger [bzw. weisungsunabhängiger] Gehilfen», «Organisationspflichten zur Verhinderung von Fehlern der Gehilfen» sowie «Schaffung der gegenständlich-technischen Voraussetzungen für eine effektive Gefahrsteuerung».<sup>780</sup> Ebenfalls zur Abschwächung des Problems, dass sich die Rechtsordnung nicht substantiell zur Ausgestaltung der ordnungsgemässen Organisation einer juristischen Person oder sonstigen arbeitsteiligen Struktur äussert, trägt KLEINDIEK bei<sup>781</sup>, indem er aufzeigt, dass es der «Rechtsprechung ... niemals um Eingriffe in die Organisationsgewalt der Körperschaft [ging], sondern um die haftungssichernde Zurechnung von Versäumnissen im Verantwortungsbereich jener leitenden Angestellten, denen die Anleitung und Überwachung nachgeordneter Mitar-

<sup>778</sup> Vgl. nur BGE 31 II 701 sowie BGE 90 II 90 im privatrechtlichen Bereich, dazu BERTSCHINGER Arbeitsteilung 78. Der Autor analysiert die verantwortlichkeitsrechtlichen Anforderungen an arbeitsteiliges Vorgehen bei Verwaltung und Geschäftsführung (op.cit. 57 ff.), Revision (op.cit. 185 ff.), Emissionen (op.cit. 237 ff.), Gesellschaftsgründung (op.cit. 253 ff.) sowie bei der Gesellschaftsliquidation (op.cit. 267 ff.). Dabei zeigt sich, dass Fragen der Überwachung sowie des Informationsflusses zwischen den Agierenden von zentraler Bedeutung sind; aktuell und von grosser Wichtigkeit gerade auch für die bankaufsichtsrechtlichen Organisationspflichten und deren hohen Grad an konkreter Ausgestaltung siehe die Ausführungen zur Tätigkeit der Bank als Lead Manager bei Emissionen, op.cit. 244 f.: «... schliesslich verlangt die allgemeine Organisationspflicht der Bank nach einem reibungslosen Fluss der gelieferten Informationen innerhalb einer Bank».

<sup>779</sup> Dafür ist bezeichnend, dass TAUPITZ als Befürworter der Wissenszurechnung kraft ordnungsgemässer Organisation festhält, deren Konkretisierung sei nicht «allzu schwer», ohne dann jedoch näher darauf einzugehen. Immerhin räumt er ein, dass die Frage, wann denn konkret eine ordnungsgemäss organisierte Informationsweitergabe vorliege, zweifellos noch weiterer Klärung bedürfe, TAUPITZ Karlsruher Forum 27.

<sup>780</sup> MATUSCHE-BECKMANN 113 ff. Ohne auf diese «Bezugspunkte» (op.cit. 113) im Einzelnen einzugehen, kann festgehalten werden, dass diese Fallgruppen – und die in ihnen reflektierte Judikatur – durchaus Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob in concreto eine Organisationspflicht verletzt wurde, abgeben.

<sup>781</sup> KLEINDIEK 326 ff.

beiter oblag.»<sup>782</sup> Ziel ist dabei, die Erfüllung der Verkehrspflichten seitens arbeitsteiliger Organisationen sicherzustellen<sup>783, 784</sup>.

### c) Fazit

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Bestimmung der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation bei Festlegung richtiger Kriterien durchaus genügend bestimmbar und somit justiziabel ist<sup>785</sup>.

## IV. *Fazit: Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der und gestützt auf die Obliegenheit zur ordnungsgemässen Organisation*

In § 1 wurde das Vorliegen einer *Lücke* bei der Bestimmung des Wissens und Wissenmüssens juristischer Personen gezeigt und in § 2 dargelegt, welche *Grundwertungen* bei der Entwicklung eines Modells der Wissenszurechnung zu beachten sein werden. In diesem § 3 wurde zunächst gezeigt, wie deutsche Lehre und Rechtsprechung in fruchtbarer Interaktion den Gedanken der *ordnungsgemässen (Wissens-)Organisation* als Leitmotiv der Wissenszurechnung entwickelten. Weder die Lehre noch die Judikatur vermochten dabei jedoch in befriedigender Weise zu konkretisieren,

<sup>782</sup> KLEINDIEK 327.

<sup>783</sup> Bzw. auszuschliessen, dass eine Haftung dann unterbliebe, wenn die Erfüllung der Verkehrspflichten auf unter der Organstufe stehende Mitarbeiter delegiert wird. Als Zurechnungsnorm dient § 31 BGB. Siehe KLEINDIEK 330.

<sup>784</sup> KLEINDIEK 356 spricht plastisch davon, dass § 31 BGB die «Haftung der juristischen Person aus Verkehrspflichtverletzung» vermittele. Ein interessanter dogmatischer Aspekt ist dabei, dass die an sich die juristische Person allein treffende Verkehrspflicht als eine solche eines ihrer Repräsentanten «gedacht (fingiert) werden» müsse, damit das von § 31 BGB indirekt i.d. R. geforderte Verschulden vorliege. § 31 BGB, welcher für alle juristischen Personen gilt (statt aller PALANDT-HEINRICH § 31 N 3), setzt für die Haftung der juristischen Person voraus, dass eine «zum Schadenersatz verpflichtende Handlung einem Dritten» zugefügt werde.

<sup>785</sup> Hinten S. 181 ff.

wann eine ordnungsgemässe (Wissens-)Organisation vorliegt bzw. wann eine solche die Wissenszurechnung auslöse.

*Diese Bestimmung von Kennen und Kennenmüssen* der juristischen Person erlauben erst die im nachfolgenden § 4 erarbeiteten *Zurechnungskriterien*. Insbesondere aus dem Prinzip der Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen, aber auch z. T. aus Effizienz- und anderen Überlegungen ergeben sich eine (nicht abschliessende) Anzahl von Kriterien, anhand derer Kenntnis und Kennenmüssen juristischer Personen im Einzelfall unter Wahrung von Aspekten wie Vereinbarkeit mit den Grundwertungen der Privatrechtsordnung, insbesondere auch Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, bestimmt werden können.

Diese Kriterien lassen sich dabei in ihrem Zusammenspiel unter das Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation subsumieren. Einerseits dient dieses Leitmotiv hier als Kurzbezeichnung des vorgeschlagenen Zurechnungsmodells. Andererseits hat es auch erkenntnisfördernden Charakter, indem es eine schlagwortartige, erste Konkretisierung der massgeblichen Zurechnungsgesichtspunkte enthält. Dies ist der Grund, weshalb der aus der deutschen Jurisprudenz stammende Gedanke der ordnungsgemässen Wissensorganisation hier aufgenommen wird. Es ist jedoch das in § 4 dargelegte *Zusammenspiel der Zurechnungskriterien* und nicht der (für die Rechtsanwendung zu allgemeine) *Gedanke der ordnungsgemässen Informationsorganisation*, das es erlaubt, Wissen und Kennenmüssen der juristischen Person festzulegen.

Dass die Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Wissensorganisation in Einklang mit den erwähnten Prinzipien steht und sich aus diesen ergibt, wird sich – naturgemäss erst – bei der Ausgestaltung dieses Gedankens durch einzelne Zurechnungskriterien in § 4 zeigen – denn ordnungsgemässe Organisation als solche ist zu wenig konkret, als dass dieser Begriff tatsächlich auf Übereinstimmungen mit den in § 2 vorgestellten Prinzipien überprüft werden könnte.

Zur Dogmatik der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation gilt festzuhalten: Bei der Begründung der Wissenszurechnung ist zunächst der Ansatz der Risikoschaffung zu verwerfen, da nicht nachzuweisen ist, dass ein solch

allgemeines «Prinzip der Verantwortung für die Schaffung von Risiken dem geltenden Recht immanent ist.»<sup>786</sup> Abzulehnen ist als positiv-rechtliche Legitimation des Ansatzes der ordnungsgemässen Organisation auch der Gedanke der *Wissensorganisationspflicht*. Die Berufung auf eine den Verkehrspflichten vergleichbare Wissensorganisationspflicht leidet wie die Verkehrsschutzpflichten selbst daran, dass diese jedenfalls nach traditioneller Auffassung nicht dem blossen Vermögensschutz dienen können. Auch abzulehnen ist, das Kriterium der ordnungsgemässen Organisation im Rahmen des Rechtsmissbrauchsverbots bloss zur «Korrektur der Wissenszurechnung» beizuziehen.<sup>787</sup> Eine Wissenszurechnung kann nicht nur dann stattfinden, wenn die juristische Person als Normadressatin ihre Kommunikationsordnung in offenbar missbräuchlicher Weise ausgestaltet, um sich auf Nichtwissen berufen zu können. Sachgerecht ist dagegen die Abstützung der Wissenszurechnung (nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation) auf einer auf Treu und Glauben basierenden *Organisationsobliegenheit*.<sup>788</sup>

Allerdings darf der Theorienstreit über die *positiv-rechtliche* Abstützung der Wissenszurechnung nicht überbewertet werden. Denn der Frage, ob die Wissenszurechnung bei juristischen Personen dogmatisch nun auf eine den Verkehrspflichten vergleichbare Organisationspflicht<sup>789</sup>, auf ein «Prinzip der Verantwortung für Ri-

<sup>786</sup> SINGER 73 in der Rezension von BAUM.

<sup>787</sup> So der Vorschlag von BUCK, vgl. dazu vorne S. 81 ff. Blosses Abstützen auf Treu und Glauben bzw. das Rechtsmissbrauchsverbot, ohne nähere Konkretisierung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation, würde nicht, wie BUCK behauptet, bereits bedeuten, dass «unternehmensinterne Nichtorganisation nach Treu und Glauben für die juristische Person eine Bezugnahme auf die unstreitig bestehende Unkenntnis» ausschliesst (BUCK 448), sondern dass es generell eines «eklatanten Versagens der Organisation» bedürfte, da es – wie BUCK an anderer Stelle festhält, auf eigentlich «missbräuchliches» Verhalten ankäme (BUCK 455).

<sup>788</sup> Der in dieser Arbeit vertretene Ansatz.

<sup>789</sup> BAUM plädiert für eine ähnliche Lösung, indem er als Grundlage der (handlungsunabhängigen) Wissenszurechnung das Risikoschaffungsprinzip (durch Arbeitsteilung bewirktes Risiko der Wissensaufspaltung) sieht, welches er aus den allgemeinen Verkehrspflichten ableitet (BAUM 250 ff., 306).

sikoschaffung»<sup>790</sup> oder auf eine auf Treu und Glauben beruhenden Obliegenheit abzustützen sei, kommt für die Bestimmung des Wissens der juristischen Person keine Bedeutung zu. Denn dabei handelt es sich um einen von dogmatischen Grundlagen unabhängigen Wertungsentscheid.

Entscheidend ist dagegen, dass die Wissenszurechnung nach dem *Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation* erfolgt. In Betracht des Vorliegens einer Lücke für die Bestimmung des Wissens juristischer Personen drängt sich deren Ausfüllung mit diesem Ansatz im Sinne einer methodisch richtigen Rechtsfindung geradezu auf.<sup>791</sup>

## § 4 Konkretisierung der ordnungsgemässen Wissensorganisation

### I. Einführendes

Nachfolgend kann nicht Ziel sein, ein abgeschlossenes Lösungsmodell der Wissenszurechnung zu entwerfen. Es gibt – wenn man formale Theorien ablehnt und auf dem funktionalen Ansatz der ordnungsgemässen Kommunikationsordnung steht – naturgemäss *keine «starre Einheitslösung»* zur Bestimmung des Wissens von juristischen Personen.<sup>792</sup> Auch ist es nicht möglich, im Rahmen eines beweglichen Systems nach WILBURG eine *abschliessende* Zahl von Zurechnungskriterien zu nennen<sup>793</sup>. Zwar ist das WILBURG'sche System insofern offen, als – anders als bei einem Tatbestand – nicht alle seine Elemente vorliegen müssen, um Rechtsfolgen zu bewir-

<sup>790</sup> BAUM 253 (für die handlungsunabhängige Zurechnung von Wissen), dazu vorne S. 78 ff.

<sup>791</sup> Dazu vorne S. 157 ff.

<sup>792</sup> So zu Recht SCHÜLER 74.

<sup>793</sup> WALTER WILBURG. Zur Kritik daran vgl. neuerdings LOBINGER 82 ff. Den Versuch zur Bestimmung der Wissenszurechnung mittels eines – sehr komplexen – beweglichen Systems unternimmt BAUM, vgl. vorne S. 78 ff.

ken.<sup>794</sup> Hingegen ist grundsätzlich ausgeschlossen, dass andere, neue Kriterien in das Kräftegleichgewicht eingreifen könnten. Die notwendige Offenheit für die Berücksichtigung von Umständen, die im Einzelfall für oder gegen eine Wissenszurechnung sprechen, wäre mit einem WILBURG'schen System nicht gewährleistet. Dies mag neben der traditionellen Fokussierung auf Einzelfallbetrachtungen ein weiterer Grund dafür sein, dass die Judikatur bislang darauf verzichtet hat, in abschliessender Weise Kriterien dafür zu nennen<sup>795</sup>, wann eine ordnungsgemässe Wissensorganisation vorliege bzw. wann gemäss einer solchen Wissen hätte verfügbar gemacht werden müssen und ergo zuzurechnen ist.<sup>796, 797</sup>

Dies bedeutet aber keineswegs, dass nicht im Einzelfall die besonders starke Ausprägung eines Kriteriums die geringe Stärke eines anderen auszugleichen vermöchte. In dem Sinne wird hier ein *offenes* bewegliches System für die Bestimmung der Wissenszurechnung propagiert. Als Beispiel aus der Judikatur sei der BBC-Entscheid genannt. Dort wirkten sich Umstände, die nachfolgend unter den Topoi «Funktion» und «Bedeutung der Information»

<sup>794</sup> Denn «die Schwäche des einen Kriteriums kann durch die besonders starke Ausprägung eines anderen» ausgeglichen werden, BYDLINSKI Methodenlehre 536. Vgl. auch DASSER Rz. 148: Das «Zusammenspiel basiert auf graduierbaren Kriterien.» Wie HOFT Kapitalanlegerschutz 414, der ein bewegliches Systems zur Ausformung der (bankrechtlichen) Individualpublizität entworfen hat, es ausdrückt, können die Systemelemente «einander ergänzend, ersetzend, hemmend» eine Urteilsfindung ermöglichen. Vgl. zu diesem Mechanismus auch ABEGGLEN Aufklärungspflichten 166 ff. sowie BREIDENBACH 61 ff.

<sup>795</sup> Im Gegensatz zu anderen, auch stark von den Umständen des Einzelfalles geprägten Gebieten. Man denke etwa an die Vertrauenshaftung, für welche das Bger. (grundlegend der Swissair-Entscheid, BGE 120 II 336 f., Erw. 5.a; zuletzt im Urteil A. gegen Bank X vom 26. 9. 2001, Erw. 5 im Zusammenhang mit der Haftung für Auskunft, vgl. dazu WYSS/VON DER CRONE 116) die Haftungsvoraussetzungen jeweils in grundsätzlich abschliessender Weise nennt.

<sup>796</sup> Vgl. zur Vorgehensweise des BGH bei der Entwicklung seiner Rechtsprechung zur Wissenszurechnung im Speziellen auch den Bericht von HAGEN 157 ff. Zum Überblick über die Rechtsprechung des BGH s. vorne S. 57 ff. Auch BUCK 454 ff. verzichtet darauf, eine abschliessende Zahl von Kriterien, welche für oder gegen die Wissenszurechnung sprechen würden, zu nennen.

<sup>797</sup> Ein Vorbehalt ist für das Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 anzubringen, wo als Voraussetzung der Wissenszurechnung die objektive Abrufbarkeit von Information genannt wurde, dazu ausführlich vorne S. 56.

subsumiert werden, so aus, dass das – ebenfalls zu berücksichtigende<sup>798</sup> – Kriterium «Funktion», das in casu kaum für «Wissenszurechnung» sprach, kompensiert wurde.<sup>799</sup>

Die nachfolgende Auswahl von Kriterien zur Ausfüllung des Leitmotivs der ordnungsgemässen Organisation basiert auf der Analyse der (schweizerischen und deutschen) Judikatur, Lehrmeinungen und insbesondere auf den vorne gemachten Ausführungen über die zu berücksichtigenden Grundwertungen der Privatrechtsordnung.<sup>800</sup>

## II. Kriterien ordnungsgemässer Informationsorganisation

### 1. Wahrscheinliche Bedeutung der Information

Viele Urteile, die sich (auch) mit Fragen der Wissenszurechnung bei juristischen Personen befassen, enthalten in der Begründung explizite oder implizite Hinweise auf die Bedeutung der Information. Dies trifft insbesondere auf Entscheidungen zu, welche die Wissenszurechnung bejahen. Ein typisches Beispiel dafür aus der schweizerischen Judikatur ist das BBC-Urteil: «Es ist verständlich, dass die Klägerin [BBC Aktiengesellschaft Brown, Boveri & Cie, Baden] grossen Wert darauf legt, [BBC-]ähnliche Abkürzungen für Konkurrenzfirmen, die damit ihren guten Ruf ausnützen könnten, nicht aufkommen zu lassen. Umso mehr durfte aber von ihr verlangt werden, für eine zweckmässige Information innerhalb ihrer Betriebe zu sorgen, ...»<sup>801</sup> Explizit drückt sich die (neuere) deutsche Rechtsprechung aus: Regelmässig bejaht sie – bei Vorliegen weiterer Kriterien – eine Zurechnung, wenn es um «rechtserhebli-

<sup>798</sup> Dazu hinten S. 188 ff.

<sup>799</sup> BBC-Entscheid BGE 109 II 342, wo das Fazit letztlich dahingehend lautete, dass es bei besonders grosser Bedeutung der Information auf die Funktion des Wissensträgers immer weniger ankommt.

<sup>800</sup> Vorne § 2.

<sup>801</sup> BGE 109 II 343.

che Informationen»<sup>802</sup>, um «erkennbar erhebliche Informationen»<sup>803</sup>, um «[A]ktenmässig festzuhaltendes Wissen»<sup>804</sup>, um «Informationen, deren Relevanz für andere Personen innerhalb dieser Organisation bei den konkret Wissenden erkennbar ist»<sup>805</sup>, um (für die Wissensabfragepflicht) «für den eigenen Bereich wesentliche[n] Informationen»<sup>806</sup> handelt.

Auch ein Teil der Literatur stellt auf die Bedeutung der Information ab: So nennt SCHÜLER als Voraussetzung der Wissenszurechnung die «Wesentlichkeit der Information»<sup>807</sup> sowie als zusätzliche Kriterien, die bei genauer Betrachtung allerdings wohl bloss der Konkretisierung des erstgenannten dienen,<sup>808</sup> die «Bedeutung der von der Information betroffenen Geschäfte»<sup>809</sup> sowie den «Anlass zur Abfragung von Wissensspeichern»<sup>810</sup>. BAUM, der für die (handlungsabhängige) Wissenszurechnung ein bewegliches Kriteriensystem nach WILBURG heranzieht, nennt die «Grösse und Art des dem Dritten drohenden Nachteils» als wichtiges Zurechnungsmerkmal<sup>811</sup>. TAUPITZ<sup>812</sup>, GRUNEWALD<sup>813</sup>, RÖMMER-COLLMANN<sup>814</sup>

<sup>802</sup> BGH, Urteil vom 12.11.1998 NJW 1999 286.

<sup>803</sup> BGH, Urteil vom 12.11.1998 NJW 1999 286.

<sup>804</sup> BGH, Urteil vom 13.10.2000 NJW 2001 360.

<sup>805</sup> BGH, Urteil vom 2.2.1996 JZ 1996 733.

<sup>806</sup> BGH, Urteil vom 2.2.1996 JZ 1996 733.

<sup>807</sup> SCHÜLER 79 mit ausführlichen Nachweisen zu den dieses Kriterium verwendenden Judikatur und Lehrmeinungen (op. cit. 79 Fn. 237).

<sup>808</sup> Unklar ist, weshalb SCHÜLER 80 die «Bedeutung der von der Information betroffenen Geschäfte» als gegenüber der «Wesentlichkeit der Information» selbständiges Kriterium betrachtet, räumt er doch selbst ein, das zweite Kriterium sei «[e]ntscheidend für die Beurteilung der Wesentlichkeit der Information ...».

<sup>809</sup> SCHÜLER 80f.

<sup>810</sup> SCHÜLER 81.

<sup>811</sup> BAUM 270 ohne nähere Konkretisierung.

<sup>812</sup> TAUPITZ Anmerkung zu BGH 736; zutreffend weist er darauf hin, dass die Wendung, «typischerweise aktenmässig festgehaltenes Wissen» sei zuzurechnen, falsch ist: «Richtigerweise ist der Umstand, dass bestimmte Informationen typischerweise aktenmässig festgehalten werden, lediglich Indiz für die (allein entscheidende) Bedeutung der Information. Auf die Art der Speicherung, ob schriftlich oder in anderer Form, kommt es dagegen nicht an.» TAUPITZ op. cit. 736 Fn. 32. Hier ist weiter zu bemerken, dass im übrigen die Aussage Aktenwissen gleich Wissen der juristischen Person ebenfalls nicht zutrifft, wenn es sich um zwar irgendwo gespeicherte, aber nicht genügend bedeutsame Informationen

und MEDICUS stellen alle auch auf die – in Medicus' Terminologie ausgedrückt – «erkennbare Wichtigkeit der Wahrnehmung»<sup>815</sup> ab.

Unter Bedeutung der Information verstehe ich, in Ergänzung zu MEDICUS' Begriffsbildung, erkennbare Wichtigkeit von möglicher rechtlicher Relevanz der Wahrnehmung. Denn Umstände, die rechtlich irrelevant sind<sup>816</sup>, können für die Wissenszurechnung nie bedeutsam sein. Hier zeigt sich auch die Problematik des Kriteriums Bedeutung der Information: Denn jedenfalls für die Frage, ob Information zur Kenntnis genommen, erfasst und für eine spätere Abfrage verfügbar gemacht werden muss, ist eine Ex-ante-Beurteilung der Informationsrelevanz erforderlich. Deren Schwierigkeit liegt darin, dass – zumindest theoretisch – jeder Umstand zu einem fraglichen Zeitpunkt für einen bestimmten Vorgang von rechtlicher Relevanz werden kann. Dies selbst dann, wenn die Information zum Zeitpunkt, als zu entscheiden war, ob sie zu erfassen und speichern sei, nach allgemeiner Auffassung als unerheblich betrachtet wurde.

Ein gutes Beispiel für diese Problematik bieten die Fälle der Bodenkontamination; ein solcher Sachverhalt lag dem bereits zitierten BGH-Urteil vom 2.2.1996 zugrunde<sup>817</sup>: Es wurde ein Grundstück verkauft, auf dem früher ein Säge- und Imprägnierwerk stand. Im Kaufvertrag wurde jede Sachmängelgewährleistung, auch für die Bodenbeschaffenheit, ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit der Prüfung des Neubauprojekts der Käuferin stellte sich heraus, dass Erdreich und Grundwasser des verkauften Grundstücks «erhebliche Kontaminationen» mit Steinkohleteer-Rückständen und anderen Chemikalien aufwiesen, was erhebliche (den Kaufpreis übersteigende) Sanierungskosten zur Folge hatte. Für

handelt, so dass keine Abfrage der Wissensspeicher erfolgen musste, so auch MEDICUS 14.

<sup>813</sup> GRUNEWALD 311 ff.

<sup>814</sup> RÖMMER-COLLMANN 180 ff.

<sup>815</sup> MEDICUS 15, der dies mit einem Vergleich mit der Beurteilung des Wissens natürlicher Personen begründet.

<sup>816</sup> Somit kann davon ausgegangen werden, dass die entsprechende Information für keine Wissensnorm im vorne definierten Sinne tatbestandsrelevant sein kann.

<sup>817</sup> BGH, Urteil vom 2.2.1996, JZ 1996, 731 ff.

diese forderte die Käuferin Schadenersatz wegen arglistigen Verschweigens der Bodenverunreinigung<sup>818</sup>. Die Verunreinigungen erfolgten vermutlich vor 1955, mehr als dreissig Jahre vor dem Kaufvertragsabschluss.

Wenn man, wie hier vertreten, formalen Zurechnungstheorien wie der Organtheorie eine Absage erteilt und auf das Prinzip der ordnungsgemässen Wissensorganisation abstellt, ist dem Einbringen bestimmter Chemikalien in den Erdreich solange keine Bedeutung zuzumessen, als dieser Vorgang als völlig «harmlos» betrachtet werden durfte. Entsprechend «durfte man keine Speicherung von Informationen verlangen»<sup>819</sup>. Die Frage nach der Bedeutung der Information ist für den Wissensspeicherungsentscheid dabei «nach dem Zeitpunkt der Wahrnehmung<sup>820</sup> und nicht nach einem erst später erreichten Wissensstand» zu beurteilen<sup>821</sup>.

Da jedoch jeder Umstand irgendwann unter Umständen rechtlich relevant werden kann, ist wie folgt zu präzisieren: Für den Wissenserfassungs- und Speicherungsentscheid ist, wenn es um Umstände geht, die erst später relevant werden, darauf abzustellen, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Umstand nach damaligem Wissen später von rechtlicher Relevanz werden wird.<sup>822</sup> Ist die Eintretenswahrscheinlichkeit hoch, so genügt bereits eine geringfügige mögliche Relevanz; ist die Eintretenswahrscheinlichkeit gering, so ist eine Information über einen Sachverhalt nur dann von Bedeutung, wenn der Sachverhalt, so er rechtlich relevant wird, von grosser Wichtigkeit, die Relevanz mithin hoch ist. Nach den gleichen

<sup>818</sup> Gestützt auf § 459 Abs. 1 i. V. m. § 463 Satz 2 BGB.

<sup>819</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 733.

<sup>820</sup> Dies ist zu präzisieren: War ein Umstand anlässlich seiner ersten Wahrnehmung bedeutungslos, ergab sich jedoch später, aber noch zu einem Zeitpunkt, da er noch zum aktuellen Wissen von relevanten Wissensträgern gehörte, dass er von Bedeutung war oder sein könnte, so muss die Information erfasst und verfügbar gemacht werden. Auch hier werden die Anforderungen, die man an die Abklärung früherer Ereignisse stellt (die vielleicht den Wissenden nur noch schemenhaft bekannt sind), von deren Bedeutungsschwere abhängen.

<sup>821</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 733.

<sup>822</sup> BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 733; zustimmend TAUPITZ Anmerkung zu BGH 736.

Überlegungen beantwortet sich die Frage, wie lange eine einmal festgehaltene Information zu speichern ist.<sup>823</sup>

Die Bedeutung der Information bestimmt neben der Wissenserfassung und -speicherung auch (mit), wann bei ordnungsgemässer Organisation eine Informationsabfrage nach allenfalls gespeicherten Vorgängen vorzunehmen ist bzw. gewesen wäre. Je bedeutender ein möglicherweise erfasster und gespeicherter Umstand im Zusammenhang mit einem bestimmten Anlass (der die Suche überhaupt auslöst)<sup>824</sup> ist, desto mehr Aufwand ist nach dem Zumutbarkeitsprinzip bei der Informationsabfrage zu treiben<sup>825</sup>.

Das Abstellen auf die wahrscheinliche Bedeutung einer Information für die Bestimmung der Wissenszurechnung bei juristischen Personen steht im Einklang mit dem *Gleichheitsprinzip*: Auch eine natürliche Person wird Wichtiges eher im Gedächtnis behalten als Unwichtiges, und sich an Letzteres weniger gut erinnern als an Ersteres.<sup>826</sup> Und auch für natürliche Personen bestimmt sich die Bedeutung oder Wichtigkeit einer Information anhand der

<sup>823</sup> Für viele Bereiche bietet das positive Recht hier eine wesentliche Hilfe für die Beurteilung der möglichen Relevanz von Informationen. So lässt sich im rechtsgeschäftlichen Bereich aus den absoluten Verjährungsfristen auch ableiten, wie lange Informationen aufzubewahren sind. So dürfte aus der Verjährungsfrist von 5 Jahren für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR gefolgert werden, dass z.B. Mitarbeiterbeurteilungen, Arbeitszeugnisse etc. ebenfalls nicht länger als 5 Jahre aufzubewahren wären. Vgl. auch Art. 962 OR für die Pflicht zur Aufbewahrung von Geschäftsbüchern und deren Dauer sowie diese Pflichten konkretisierend die Verordnung vom 2. 6. 1976 über die Aufzeichnung von aufzubewahrenden Unterlagen (SR 221.431).

<sup>824</sup> TAUPITZ Anmerkung zu BGH 736; MEDICUS 7.

<sup>825</sup> In diesem Sinne auch BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 742; unzutreffend jedoch die dortige Präzisierung, dass es auf die «Schwierigkeit» der Suche ankomme, da diese vorab durch individuelle Gegebenheiten, nämlich die sach- oder sachgemässe Speicherung, bedingt sein werde.

<sup>826</sup> Und nach diesen Überlegungen wird ein Richter, auch bei einer natürlichen Person, im Sinne einer wertenden Zurechnung entscheiden, ob diese wissend war, wenn die betreffende Person z.B. Wissen abstreitet. Vgl. zur Erkenntnis, dass auch die Frage, was eine natürliche Person rechtlich gesehen weiss, eine Wertungsfrage ist, vorne S. 126 ff.

wahrscheinlichen Bedeutung eines Umstandes.<sup>827</sup> Der Dritte, der anstelle einer natürlichen Person mit einer juristischen Person in Kontakt tritt, wird demnach bei Anwendung des Kriteriums «wahrscheinliche Bedeutung der Information» weder bevorzugt noch benachteiligt. Gleiches gilt für die natürliche bzw. juristische Person als Wissensnormadressatin – bei beiden ist zur Beurteilung ihres Wissens das Kriterium «wahrscheinliche Informationsbedeutung» mitentscheidend.

Die prinzipielle *Effizienz* einer Wissenszurechnungsregelung, die auch auf die Bedeutung der Information abstellt, steht ausser Zweifel. Bedeutungslose Informationen zuzurechnen hiesse, unnötige Kosten zur Organisation unproduktiver Information zu verursachen.<sup>828</sup>

## 2. Funktion des Informationsträgers

«Die funktionsunabhängige Wissenszurechnung ist eine Verken- nung der Organisation in ihrem eigensten Wesen als Informations- Verteilung.»<sup>829</sup>

<sup>827</sup> So auch BAUM 285, der zu Recht darauf hinweist, dass «mit dem Gleichstellungsargument nicht mit gleichsam mathematischer Sicherheit festgelegt werden [kann], ob eine arbeitsteilige Struktur eine Pflicht trifft, das Wissen noch verfügbar zu halten». Dass der Vergleich mit der natürlichen Person nicht etwa die Grenze zwischen Wissen und Wissenmüssen verwischt, hat MEDICUS 12f. dargelegt, denn auch vom «Einzelmenschen» wird für das aktuelle Wissen «eine gewisse Mühe des Sicherinnerns verlangt», und bei Nachweisunsicherheiten gilt auch für die natürliche Person: «Dass jemand etwas zu einer bestimmten Zeit gewusst hat, folgt vielfach nur aus der Evidenz, dass er es hätte wissen müssen», MEDICUS 13.

<sup>828</sup> Vgl. zum Effizienzgebot vorne S. 138 ff.

<sup>829</sup> DRUEY Information 306 der a. a. O. betont, dass innerhalb einer Organisation «zwar eine Bewegung der Information ... anzunehmen ist, aber gerade nicht als ein Strom, der gleichmässig alle Beteiligten überflutet, sondern als Kanäle, welche zu den zuständigen Personen hinführen». Plastisch op. cit. 304, wonach eine Botschaft nur dann zugegangen sei, wenn die diese empfangenden Stellen «die «Fühler» der Organisation sind, welche erwarten lassen, dass Information intern an die zuständige Stelle weitergetragen wird», wobei dies u. a. von den «sichtbaren Strukturen der Organisation» abhänge. Hier berührt sich das Kriterium der Funktion mit demjenigen des Vertrauenstatbestandes.

Mit dem *Kriterium der Funktion des tatsächlichen Informationsträgers* wird einerseits die Zurechnung von Wissen nicht über *Organeigenschaft verfügender Personen* sichergestellt, sofern von diesen Personen aufgrund ihrer Funktion die Weitergabe der konkreten Information erwartet werden kann, bzw. die Zurechnung ausgeschlossen, wenn eine Informationsweiterleitung typischerweise nicht zum Aufgabenkreis des verantwortlichen Funktionsträgers gehört. Als gutes Beispiel aus der Lehre<sup>830</sup> für die Bedeutung der Funktion (nichtorganschaftlicher Personen) sei DRUEYS Hinweis auf die Kenntnisnahme durch den «Pfortner» genannt: Je nach den Umständen, wozu die vorne besprochene Bedeutung der Information<sup>831</sup> sowie – entscheidend für das vorliegende Kriterium – die «erkennbaren Strukturen» der Organisation gehören (womit die Stellung des Wissensmediums innerhalb dieser Struktur, die wesentlich durch deren Aufgabe, d. h. Funktion, geprägt ist), wird dessen Wissen dem Unternehmen zuzurechnen sein.<sup>832</sup>

Andererseits schliesst das Kriterium «Funktion» aus, dass Wissen von Organpersonen der juristischen Person zugerechnet wird, bloss weil die fraglichen Personen eine bestimmte formale Eigenschaft aufweisen (Absage an Organtheorie<sup>833</sup>). Genau mit diesem Aspekt befasste sich das vorne besprochene Bger.-Urteil 4C.335/1999 vom 25. 8. 2000, wo das Bundesgericht (eher beiläufig) auf den Gedanken der ordnungsgemässen Organisation abstellte,

<sup>830</sup> Ein illustratives Beispiel aus der Judikatur für die Bedeutung von Funktion im Zusammenhang mit Informationsweiterleitung findet sich im älteren Entscheid Hofer v. Hautzentrale und Fettschmelze, BGE 95 II 43 ff., 51: die «Sorgfaltspflicht gebot dem Beklagten, die Unzulänglichkeiten der ... Ausführung dem zuständigen Vertreter des Bestellers ... zur Kenntnis zu bringen und sich nicht damit zu begnügen, gegenüber einem untergeordneten Angestellten desselben Bedenken zu äussern». Heute würde dieser Entscheid vermutlich anders ausfallen, indem wohl nicht geradezu eine Vertreterposition gefordert würde, um die fraglichen Informationen (Abmahnungen des Unternehmers) zur Kenntnis zu nehmen, sondern die Bekanntgabe gegenüber der Hilfsperson, bei welcher es sich um einen «Bautechniker» handelte, der in casu vom Vertreter (Architekt) des Bauherrn immerhin mit der örtlichen Bauleitung betraut worden war, als genügend erachtet.

<sup>831</sup> Vorne S. 183 ff.

<sup>832</sup> DRUEY Information 302, 304.

<sup>833</sup> Dazu vorne S. 87 ff.

um der aus der Organtheorie fließenden unbeschränkten Zurechnung des Wissens von Organen eine Grenze zu setzen.<sup>834</sup> Ungeachtet der formalen Position der Organperson wird das Wissen derselben nicht zugerechnet, wenn aufgrund deren Funktion nach – objektiven! – Verkehrsschutz Gesichtspunkten<sup>835</sup> eine Wissensweitergabe nicht verlangt, entsprechend auch bei adäquater Informationsorganisation eine Information der zuständigen Stelle nicht angenommen werden kann<sup>836</sup>.

Auf die grundlegende Bedeutung, die das Kriterium «Funktion» im Rahmen der «kombinatorischen Erfassung pflichtenbe gründender Topoi»<sup>837</sup> aufweist, wurde bereits an anderer Stelle, im Zusammenhang mit der Begründung von Aufklärungspflichten, hingewiesen.<sup>838</sup> In Anlehnung an die dort gegebene Definition von Funktion<sup>839</sup> ist unter «Funktion des Informationsträgers» im Folgenden der Aufgabenbereich, in dem der Informationsträger tätig wird, zu verstehen. Für eine Wissenszurechnung spricht dabei, wenn aufgrund des Aufgabenbereichs des tatsächlichen Informationsträgers<sup>840</sup> von diesem nach objektiven Gesichtspunkten Kennt-

<sup>834</sup> Bger.-Urteil 4C.335/1999, dazu ausführlich vorne S. 53 ff.

<sup>835</sup> Die Verkehrssicherheit als dem Schutz überindividueller Interessen am Verkehr dienendes Prinzip knüpft nicht an subjektive, sondern an objektive Tatbestände und Standards an; vgl. daran aber neuerdings die Kritik von LOBINGER 59 f., der den Vorzügen dieser Objektivierung, der «hiermit verbundene[n] Generalisierung ... [die] klare Kalkulationsgrundlagen» schaffe und Reibungsverluste einspare, entgegenhält, dass die Nichtbeachtung subjektiver Momente allerdings das Entstehen des Risikos «verkehrsfeindlicher Streitigkeiten» erhöhe.

<sup>836</sup> So auch DRUEY Information 307.

<sup>837</sup> So LOBINGER 83, der diesen Ansätzen allerdings sehr kritisch gegenübersteht.

<sup>838</sup> Ausführlich ABEGGLEN Aufklärungspflichten 182 ff. Im Zusammenspiel mit den Kriterien «erkennbarer Informationsbedarf», «präsen ter Wissensvorsprung» und «Rolle» lässt sich mit dem Topos «Funktion» die Frage beantworten, wann eine Pflicht zur unaufgeforderten Information gegenüber der Gegenpartei besteht (ABEGGLEN Aufklärungspflichten 171 ff.), eine Frage, die insbesondere im Effektenhandels geschäft von grosser praktischer Bedeutung ist und mittlerweile explizit gesetzlich normiert wurde (Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG; § 31 Abs. 2 Ziff. 2 WpHG).

<sup>839</sup> ABEGGLEN Aufklärungspflichten 183.

<sup>840</sup> Womit – je nach Wissensnorm – solche Personen gemeint sind, die über aktuelles Wissen verfügen bzw. verfügen müssten. Zu dieser Unterscheidung und wo bei Organisationen mit der Differenzierung zwischen Kennen und Kennensollen anzusetzen ist, siehe vorne S. 132 ff.

nisnahme und gegebenenfalls Weiterleitung der Information zu erwarten ist<sup>841</sup>. Erfolgt diese «Informationsverarbeitung» trotz des dafür sprechenden Aufgabenbereichs nicht, liegt gleichsam ein «Nichtfunktionieren»<sup>842</sup> der Informationsorganisation vor, ein Risiko, das die juristische Person zu tragen hat.

Obwohl die neuere (deutsche) Literatur zur Wissenszurechnung zu einem beachtlichen Teil (auch) auf das Element der ordnungsgemässen Organisation abstellt, wird die *Funktion des Wissensträgers kaum als Kriterium zur Ausfüllung von ordnungsgemässer Organisation genannt*. Einzig TAUPITZ führt ein Zurechnungskriterium ein, das auf die Funktion des tatsächlich Wissen den oder Wissensollenden abstellt. So verlangt er für die Zurechnung von Wissen auf eine juristische Person, dass es sich bei der fraglichen Information um Kenntnisse einer Person handeln muss, die «im Rahmen der Organisation für diese ... zur Informationsaufnahme und -weiterleitung» bestimmt war<sup>843</sup>. Dabei wäre ein Rückgriff auf dieses Kriterium nicht nur deshalb nahe liegend, weil mit der Abkehr von formalen Zurechnungsprinzipien notgedrungen auf funktionale Elemente abgestellt werden muss<sup>844</sup>, sondern auch, weil das Kriterium der Funktion (des Wissensträgers) selbst der *stellvertretungsrechtlichen Regelung der Wissenszurechnung inhärent* ist, indem § 166 BGB<sup>845</sup> bzw., für die Schweiz, die ganze herrschende Lehre und Praxis<sup>846</sup> grundsätzlich<sup>847</sup> auf das Wissen desjenigen abstellten, der grössere «Sach- und Entscheidungsnahe»<sup>848</sup> hat, eben den Vertreter. Damit steht das Zurechnungskriterium

<sup>841</sup> So im Ergebnis auch TAUPITZ Karlsruher Forum 26.

<sup>842</sup> DRUEY Information 307: «Wann immer organisatorisch eine informationelle Initiative geboten ist, ..., so ist auch die Zurechnung gegeben.»

<sup>843</sup> TAUPITZ Karlsruher Forum 26, der explizit erwähnt, dass dies für Personen gelte, «die an dem fraglichen Rechtsgeschäft, für das die Kenntnis relevant ist, nicht beteiligt sind». Sind die wissenden Personen am Rechtsgeschäft beteiligt, bedarf es dieses Kriteriums für die Wissenszurechnung gar nicht. Diesfalls erfolgt die Zurechnung entsprechend § 166 BGB.

<sup>844</sup> Und dies mit Gewinn, siehe die soeben zitierte Äusserung von DRUEY.

<sup>845</sup> Vorne S. 19 ff.

<sup>846</sup> Vorne S. 11 ff.

<sup>847</sup> D.h. ausser bei Vorliegen des Ausnahmetatbestands von § 166 Abs. 2 BGB.

<sup>848</sup> RÖMMER-COLLMANN 79; bei Organvertretern siehe *ders.*, 90.

der Funktion in Einklang mit der hinter der stellvertretungsrechtlichen Wissenszurechnung stehenden Wertung, die, wie vorne gesehen,<sup>849</sup> auf bestimmte Selbständigkeit bzw. Funktion des Wissensträgers abstellt. Auf die Funktion des Wissensträgers wird – nach richtiger Ansicht – auch bei der Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen nach Art. 101 und 55 OR abgestellt.<sup>850</sup>

Die gleiche Überlegung zur Funktion liegt insbesondere der versicherungsrechtlichen «Auge- und Ohr»-Rechtsprechung des BGH zugrunde<sup>851</sup>. Aber auch in der Judikatur gibt es in diese Richtung weisende Ansätze.<sup>852</sup> Auch das Bundesgericht nahm zum Teil Bezug auf das Kriterium der Funktion, so wenn es im vorne diskutierten Revisionsstelleentscheid<sup>853</sup> dem Revisor Wissen aufgrund der «tâche qu'il a assumée en plus de sa fonction de contrôleur» unter Abstellen auf alle Umstände «dont il aurait pu avoir connaissance dans le cadre de ses attributions spéciales»<sup>854</sup> Kenntnisse zurechnete.

Dass bei *Fehlen oder bloss schwacher Ausprägung* des Kriteriums «Funktion des aktuellen Informationsträgers» die Wissenszurechnung nicht stets ohne weiteres ausgeschlossen ist, wurde bereits angedeutet: So entschied das Bundesgericht im BBC-Entscheid, dass jedenfalls bei sehr grosser Bedeutung der Information diese der juristischen Person auch dann zuzurechnen ist, wenn die aktuellen Wissensträger nicht in dem Bereich tätig waren, wo das Wissen hätte Verwendung finden können (und müssen), solange es sich bei den wissenden Angestellten nur um einigermassen qualifi-

<sup>849</sup> Vorne 2. Kap. § 1.

<sup>850</sup> Vorne 2. Kap. § 2.

<sup>851</sup> Vgl. dazu MEDICUS 10.

<sup>852</sup> So im BGH-Urteil vom 2. 2. 1992 (BGHZ 117, 104), wenn dort festgehalten wird, als «Wissensvertreter» gelte unabhängig vom Vorliegen eines tatsächlichen Vertretungsverhältnisses jeder, der nach der «Arbeitsorganisation» einen bestimmten, selbständigen Aufgabenkreis habe und in diesem Rahmen Informationen zur Kenntnis zu nehmen und weiterzuleiten habe. BGH, Urteil vom 2. 2. 1996, JZ 1996, 732 f., erwähnt diese Überlegungen zwar, macht sie dann jedoch für das mit diesem Urteil neu eingeführte Wissenszurechnungskonzept, die ordnungsgemässe Organisation, nicht direkt fruchtbar.

<sup>853</sup> Vorne S. 52 f.

<sup>854</sup> BGE vom 3. März 1998, zitiert nach HÜRTE 210, dazu ausführlich vorne S. 52.

zierte Mitarbeiter handelte.<sup>855</sup> Die bis hier präsentierten Kriterien, Bedeutung der Information<sup>856</sup> und Funktion des Wissensträgers, können sich also, auch wenn sie nicht in ein bewegliches System eingestellt werden,<sup>857</sup> kompensieren.

Wie ist das Kriterium der Funktion (des Wissensträgers) zu vereinbaren mit dem neuesten Ansatz der schweizerischen Rechtsprechung, wo – *in casu* letztlich ohne Notwendigkeit<sup>858</sup> – auf die objektive Abrufbarkeit von Information innerhalb der Organisation abgestellt wird<sup>859</sup>? Generell ist damit das Problem der *Bedeutung der «Funktion»* angesprochen, wenn Information nicht bei einem menschlichen Wissensträger präsent ist oder sein müsste, sondern bloss in einer *Datenbank* gespeichert ist. Wurde die fragliche Information durch einen natürlichen Wissensträger (oder eine Hilfsperson desselben), zu dessen Funktion die Erfassung etc. solcher Kenntnisse gehört, in eine Datenbank eingespielen, kann für die Wissenszurechnung, auch wenn die Information anschliessend nur noch in elektronisch gespeicherter Form vorhanden ist, auf die Kenntniserlangung durch die natürliche Person abgestellt werden<sup>860, 861</sup>. Wurde die fragliche Information dagegen nicht von ei-

<sup>855</sup> Auch GRUNEWALD 313 nimmt *im Falle von besonders bedeutsamen* Umständen eine Zurechnung des Wissens von Hilfspersonen vor, die grundsätzlich unabhängig von deren Funktion ist.

<sup>856</sup> Vorne S. 183 ff.

<sup>857</sup> Weshalb für die Wissenszurechnung das bewegliche System abgelehnt wird, vgl. vorne S. 181 f.

<sup>858</sup> Denn in casu machte das Gericht in der konkreten Subsumption die Wissenszurechnung gerade nicht von Fragen der objektiven Abrufbarkeit (mittels EDV), sondern davon abhängig, ob «die Mitarbeiter der Muttergesellschaft, die ... von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhalten haben, damals zugleich auch als Mitarbeiter für die Beklagte tätig gewesen sind», mit der Folge, dass bejahendenfalls «deren Wissen nicht nur der Muttergesellschaft, sondern auch der Beklagten zuzurechnen» wäre. Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 Erw. 4.c.

<sup>859</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001, dazu ausführlich vorne S. 56 f.

<sup>860</sup> Da es für die Zurechnung des Wissens natürlicher Personen nicht darauf ankommt, ob diese die Information im Gedächtnis oder in Akten oder elektronischen Dateien ablegen bzw. speichern. HEIDRICH 240 kategorisiert – mit der gleichen Folge wie hier vertreten – solches Wissen als «Hilfswissen menschlicher Wissensmedien».

<sup>861</sup> Bloss dass diesfalls dann eben nicht mehr auf eine objektive Abrufbarkeit Bezug genommen werden müsste, sondern auf das (indirekte) Wissen der Mitarbeiter

nem (funktionell zuständigen) Wissensträger oder seiner Hilfsperson erfasst, sondern, wie dies z. B. bei Kommunikation im Rahmen von E-Banking<sup>862</sup> oder bei der Benützung von «Bankomaten»<sup>863</sup> geschieht, durch einen Aussenstehenden, kann mit «Funktion des Wissensträgers» nicht mehr auf das *Wissen einer natürlichen Person* Bezug genommen werden. Solch «[r]ein maschinelles Wissen» wird von HEIDRICH der juristischen Person, in casu der Bank, *vollumfänglich* zugerechnet, da diese «die gesamte Menge dieses Wissens nach Selektion ausgerichtet an ihrem Verbandszweckes [sic!] *als eigenes haben [will]*»<sup>864</sup>. Das geht – je nach dem genauen Sinn dieser Aussage – jedoch zu weit und wäre mit den vorne diskutierten Grundwertungen nicht zu vereinbaren: Nur *das* «Maschinenwissen» darf der juristischen Person zugerechnet werden, für dessen Erfassung und Weiterleitung die fraglichen Automaten etc. von ihrem Einsatzzweck her vorgesehen sind. Einfacher ausgedrückt wird das Wissen von autonomen (d. h. nicht blosse Hilfsmedien von natürlichen Wissensträgern darstellenden), künstlichen Wissensspeichern also zugerechnet, wenn die Funktion derselben dafür spricht.<sup>865</sup>

abgestellt werden könnte, siehe dazu die Bemerkung in der vorangehenden Fussnote.

<sup>862</sup> Hier können neben den Kontodaten, die automatisch weiterverarbeitet werden (und bankweit abrufbar sind, weshalb die Wissenszurechnung de facto kaum zum Problem werden dürfte), durchaus relevante Informationen eingespielen werden, man denke etwa an die der Bank beim «online»-Anbegehren eines Kredits gemachten Angaben, vgl. dazu HEIDRICH, 92f. Zum E-Banking im schweizerischen Recht grundlegend und ausführlich die beiden Tagungsbände der dem E-Banking gewidmeten Berner Bankrechtstage 2001 und 2002: BBT 2001, E-Banking. Rechtliche Grundlagen, WIEGAND (Hrsg.), mit Beiträgen von KNOLMAYER, KUNZ, WIEGAND, KOLLER-TUMLER, GUNTERN, GIRSBERGER/WEBER-STECHER; BBT 2002, E-Banking. Die einzelnen Rechtsgeschäfte, WIEGAND (Hrsg.), mit Beiträgen von LACHER, SPINDLER, WEBER, WIEGAND und HEINE.

<sup>863</sup> Im Wesentlichen Geldauszahlungs- und Einzahlungsautomaten.

<sup>864</sup> HEIDRICH 136 und 240 mit der Bemerkung, dass sich die «Wissensorganisationspflicht» der Bank auf Wissen, welches sie haben wolle, «erstreckt» (op. cit. 240, Kursivdruck eingefügt), *ohne* dass hier die bei der Beurteilung der Zurechnung von Mitarbeiterwissen erforderlichen «Wissensfilter» anzuwenden seien (op. cit. 111).

<sup>865</sup> Unter dem Vorbehalt natürlich des Zusammenspiels mit den anderen hier vorgeschlagenen Kriterien.

Das Abstützen (auch) auf die Funktion des Wissensträgers zur Bestimmung der Wissenszurechnung steht in Einklang mit den vorne besprochenen Grundwertungen. Dies ist selbsterklärend für den *Effizienzgedanken*, stimmt im Rahmen derer notwendigen Relativität für die Rechtssicherheit<sup>866</sup> und trifft auch auf das Gleichheitsprinzip zu: Was eine natürliche Person – rechtlich betrachtet –<sup>867</sup> zur Kenntnis nimmt (oder nehmen müsste) und woran sie sich erinnert (oder erinnern müsste), hängt wesentlich vom Sinnzusammenhang ab, in dem die fraglichen Informationen erlangt und memoriert wurden – mithin einem Selektionsvorgang, der auf den Tätigkeitsbereich, man könnte auch sagen die Funktion, in dem sich die Informationsaufnahme und -memorierung abspielt, Bezug nimmt.<sup>868</sup>

### 3. Steuerbarkeit (Beherrschbarkeit) des Informationsflusses

Das Kriterium der Steuerbarkeit oder Beherrschbarkeit der Information soll sicherstellen, dass im Rahmen der Wissenszurechnung gestützt auf ordnungsgemässe Organisation nicht Anforderungen an die Informationsorganisation gestellt werden, die von der juristischen Person technisch oder rechtlich Unmögliches oder finanziell Unzumutbares verlangen. Dieses Kriterium ergibt sich aus dem Effizienzprinzip (Ineffizienz des Aufstellens von technisch, rechtlich oder finanziell nicht erfüllbaren Anforderungen) und es steht auch in Einklang mit den anderen zu beachtenden Grundwertungen der Privatrechtsordnung.<sup>869</sup> Auch die Analyse von Litera-

<sup>866</sup> Dazu vorne S. 153f.

<sup>867</sup> Wie vorne S. 126ff. erwähnt, muss diese rein juristische Betrachtungsweise nicht mit naturwissenschaftlichen, psychologischen und soziologischen Erkenntnissen übereinstimmen.

<sup>868</sup> Vgl. dazu insbesondere auch die Ausführungen von MEDICUS 5ff. über den normativen Aspekt des Wissensbegriffs.

<sup>869</sup> Es ergibt sich insbesondere auch aus den Überlegungen zum Gleichheitsprinzip: Auch bei der natürlichen Person bestimmt sich das Wissen (Wissenmüssen) gestützt auf Erfahrungsregeln, denen Elemente zugrunde liegen wie Bedeutung der Information (siehe vorne und ADLER 4ff. m. w. H.) sowie die typische Aufnahme-

tur und Judikatur zeigt, dass verschiedentlich auf in diesem Topos enthaltene Gedanken Bezug genommen wird.<sup>870</sup>

Steuerbarkeit oder Beherrschbarkeit des Informationsflusses ist nach hier vertretener Ansicht in drei Komponenten aufzugliedern, nämlich die *technische Beherrschbarkeit*<sup>871</sup>, die *ökonomische Beherrschbarkeit*<sup>872</sup> und die *rechtliche Beherrschbarkeit*. In der neueren Literatur werden einige Aspekte in dieser oder einer ähnlichen Weise diskutiert. Auch die Rechtsprechung stellt auf solche Gedanken ab, so wenn sie etwa ausführt, ein Unternehmen könne «*etwaige sich aus EDV ergebende innerbetriebliche Kommunikationschwierigkeiten*» nicht als Argument gegen eine Wissenszurechnung vorbringen<sup>873</sup>, oder wenn für die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Arbeitgeber von den eine Kündigung rechtfertigenden Umständen gewusst habe, darauf abgestellt wird, inwiefern dem Arbeitgeber die Steuerung entsprechender Information (d.h. die Sicherstellung der Weiterleitung von Information über Umstände, welche die fristlose Kündigung rechtfertigen) zumutbar sei<sup>874</sup>.

Die *technische Beherrschbarkeit* stellt sicher, dass das Recht nicht unmögliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Wissensorganisation stellt. Unverkennbar ist allerdings, dass die Infor-

und Erinnerungsfähigkeit, also solchen, die man unter dem Kriterium der Steuerbarkeit oder Beherrschbarkeit subsumieren kann.

<sup>870</sup> Darauf wird nachfolgend im Text sowie bei der Diskussion der drei Subkriterien eingegangen.

<sup>871</sup> BAUM 268 f.

<sup>872</sup> BAUM 269 berücksichtigt diese unter dem Kriterium «Kosten der Beherrschung».

<sup>873</sup> OLG Frankfurt, Urteil vom 31. 3. 1993–17 U 62/92, zitiert nach TAUPITZ Karlsruher Forum 27 Fn. 109. Das BBC-Urteil (BGE 109 II 338 ff.) berücksichtigt das Kriterium der «Beherrschbarkeit» nur indirekt, indem es vom Resultat her argumentiert, «[d]ass die Klägerin ein Grossunternehmen ist, rechtfertigt keine Ausnahme [vom Prinzip, dass sich «eine juristische Person das Wissen ... von Angehörigen ihrer Geschäftsbetriebe jedenfalls dann entgegenhalten lassen» muss, wenn das relevante Wissen bei qualifizierten Angehörigen des Unternehmens vorhanden und von Bedeutung war; siehe dazu auch vorne S. 47 ff.], liefe eine andere Betrachtungsweise doch darauf hinaus, sie wegen ihrer Grösse und der sich daraus ergebenden Arbeitsteilung zu begünstigen, BGE 109 II 342, unter Berufung auf BK-JÄGGI N 140 und 141 zu Art. 3 ZGB.

<sup>874</sup> BAG, BB 1978, 499 f., zitiert nach TAUPITZ Karlsruher Forum 27 und Fn. 115.

mationstechnologie<sup>875</sup> beinahe unbeschränkte Möglichkeiten der Organisation von Information eröffnet; in diesem Sinne ist Technik «keine Gestaltungsbedingung mehr, sondern eröffnet Gestaltungsoptionen»<sup>876</sup>. Dazu wird ausgeführt, das Abstellen auf die Möglichkeiten der Informationstechnik für die Bestimmung der Wissenszurechnung wirke praktisch nur für die Frage begrenzend, wie schnell eine Information verfügbar gemacht werden könne oder müsse.<sup>877</sup> Ansonsten wird auf den Gedanken der technischen Beherrschbarkeit vorab dort abgestellt, wo die Wissenszurechnung bejaht wird. So stellte das versicherungsrechtliche Bger.-Urteil vom 21. 8. 2001 mehrfach auf die hier unter dem Begriff der technischen Beherrschbarkeit angestellten Überlegungen ab. Es rechnet Wissen dann zu, wenn dieses «innerhalb [der] Organisation *objektiv abrufbar ist*»<sup>878</sup>, eine Voraussetzung, die das Gericht aufstellt, nachdem es zur Begründung die klägerischen Ausführungen über das gruppenweite EDV-System wiedergegeben hatte.<sup>879</sup> Entscheidend für die Wissenszurechnung war die technische Beherrschbarkeit auch im vorne besprochenen BGE 111 II 388 ff., wo der Versicherungsgesellschaft Kenntnis von einer Anzeigepflichtverletzung nicht deshalb zugerechnet wurde, weil der verantwortliche Vermittlungsagent darum wusste, sondern weil der fragliche Umstand *dank des Einsatzes eines zentralen Informationssystems* als bekannt vorausgesetzt wurde.<sup>880</sup> Bezeichnenderweise wird denn auch insbesondere – aber nicht nur –<sup>881</sup> in der versicherungsrechtlichen Literatur die Ansicht vertreten, dass der Einsatz von immer komple-

<sup>875</sup> Die Begriffe Technik und Technologie werden hier, entsprechend ihrer häufigen umgangssprachlichen Verwendung, als Synonyme gebraucht.

<sup>876</sup> BAUM 269.

<sup>877</sup> BAUM 269.

<sup>878</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 (Erw. 4.c.bb), dazu ausführlich vorne S. 56 f.

<sup>879</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 (Erw. 4.a) – letztlich unverständlich ist dann, weshalb das Gericht im Zusammenhang mit der objektiven Abrufbarkeit von Information vorab darauf abstellt, ob die «wissenden» Mitarbeiter für beide Konzerngesellschaften tätig waren, vgl. zu diesem Problem vorne S. 56 f.

<sup>880</sup> BGE 111 II 388, 395.

<sup>881</sup> BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 49 in fine.

xeren (EDV-gestützten) Informationssystemen in vermehrter Masse zur Zurechnung von Wissen führe.<sup>882</sup>

Die Zurechnung nicht veranlassend oder ausdehnend, sondern i. d. R. begrenzend wirkt sich dagegen das Kriterium der *Beherrschungskosten* aus. Wenn Informationstechnik in der Lage ist, Wissen über rechtlich relevante Umstände innert Sekundenbruchteilen z. B. von Genf nach Zürich zu befördern, heisst dies noch nicht, dass auch die Wissenszurechnung nach diesem Standard zu erfolgen hat. Vielmehr sind solche Anforderungen an die Wissensorganisation (zu Recht) aufgrund der ökonomischen Unzumutbarkeit des Aufbaus und Betriebs solcher Systeme abzulehnen.<sup>883</sup>

Allerdings kommt dem Unterkriterium der Beherrschungskosten nur eine relative Bedeutung zu: Wie vorne festgestellt, ist die Ausgestaltung der Wissensorganisation für eine juristische Person in vielen Bereichen kostenneutral,<sup>884</sup> so dass Kosten-/Nutzenüberlegungen nichts zum Entscheid über die Wissenszurechnung beitragen<sup>885</sup>. Dort, wo keine Kostenneutralität besteht, das Effizienzprinzip mithin Wesentliches zur Lösung beitragen könnte, ist die Höhe der Kosten, von extremen Beispielen abgesehen, sehr oft kaum quantifizierbar.<sup>886</sup> Entsprechend können die Kosten der Informationsorganisation nur in Einzelfällen über eine Zurechnung

entscheiden.<sup>887</sup> Bei der Quantifizierung müssen dann jedoch nicht nur Hard- und Softwarekosten, sondern auch die mit dem Betrieb des EDV-Systems verbundenen personellen und weiteren Kosten sowie die Opportunitätskosten berücksichtigt werden, wobei diese Gesamtkosten dann noch als Kosten pro Einheit, d. h. dividiert durch die Gesamtheit der Wissenszurechnungsfälle, zu berechnen wären<sup>888</sup>, um sie dem daraus resultierenden Nutzen gegenüberzustellen.<sup>889</sup>

Scheinbar einfach zu handhaben ist dagegen das Unterkriterium der *rechtlichen Beherrschbarkeit*. Es ist ein Negativum<sup>890</sup>, das eine Zurechnung grundsätzlich ausschliesst, wenn Informationsweiterleitungsverbote bestehen. Neben datenschutzrechtlichen Bestimmungen<sup>891</sup> ist insbesondere an Berufsgeheimnisse, im hier speziell betrachteten Bereich an das Bankgeheimnis<sup>892</sup> sowie das Berufsgeheimnis der Effektenhändler, zu denken<sup>893</sup>. So einfach,

<sup>882</sup> Etwa BSK-NEF Art. 8 N 23.

<sup>883</sup> GOLDSCHMIDT 76 weist darauf hin, dass eine Zurechnung, welche an die Informationsorganisation die Anforderung stellte, Wissen, das von einer Hilfsperson zur Kenntnis genommen wird, dem Geschäftsherrn eine Sekunde später (der dann vielleicht gerade ein Rechtsgeschäft abschliesst, für welches es auf dieses Wissen angekommen wäre) zuzurechnen, von diesem die Beherrschung eines nichtbeherrschbaren Risikos verlangen würde, was nicht effizient wäre. Vergleicht man diese Situation mit derjenigen einer natürlichen Person, ist zu betonen, dass auch Letztere bei ihr eintreffende Informationen nicht innert Sekunden zur Kenntnis nehmen und verarbeiten kann, mit dem Effekt, dass auch ihr anlässlich des genannten Vertragsabschlusses das fragliche Wissen je nach Umständen nicht zugerechnet werden könnte.

<sup>884</sup> Da so oder anders Informationsorganisationskosten anfallen, siehe dazu vorne S. 138 ff.

<sup>885</sup> Vorne S. 142 f.

<sup>886</sup> Vorne S. 144 ff.

<sup>887</sup> So auch BAUM 269, wenn er ausführt, dass sich Kostengründe für eine «abstrakte Konkretisierung wenig» eignen würden. Sehr pointiert BERND HONSELL Karlsruher Forum 35: «Natürlich gibt es heute in der EDV Möglichkeiten, ein Wissen, das irgendwann einmal in das Haus hineinkommt, auch später auffindbar zu machen, nur kostet es ein wahnsinniges Geld; deswegen haben wir uns entschieden, es nicht zu machen.»

<sup>888</sup> Gleich wie es beim vorne diskutierten Wildschadenfall nicht angeht, die Gesamtkosten der Sicherungsanlage ins Verhältnis zu nur einem Wildunfall zu setzen, sondern diese auf die (wahrscheinliche) Anzahl der dank der Anlage vermiedenen Unfälle zu verteilen sind.

<sup>889</sup> Vgl. dazu vorne S. 138 ff.

<sup>890</sup> So auch BAUM 275.

<sup>891</sup> Für Deutschland dazu ausführlich BUCK 482 ff.; in konzernrechtlichen Verhältnissen RUPPMANN insbes. 48 ff. Für die Schweiz vgl. etwa TISSOT insbes. 121 ff. (allerdings damals noch zum Entwurf des DSG) sowie grundlegend zur Bedeutung des Datenschutzes im Rahmen der rechtlichen Informationsordnung DRUEY Information 387 ff.

<sup>892</sup> Und zwar an das Bankgeheimnis im traditionell verstandenen Sinne, das eine Weitergabe vertraulicher Information an Personen ausserhalb der Bank verbietet. Folgte man den neuen, vereinzelt Stimmen, welche ein internes Bankgeheimnis propagieren, gelte das im Text Ausgeführte auch, wenn man auch dieses interne Bankgeheimnis als durch Art. 47 BankG und nicht bloss zivilrechtliche Bestimmungen geschützt betrachten würde, vgl. dazu MARGIOTTA 109 ff. Gleiches gilt auch für das Berufsgeheimnis der Effektenhändler gemäss Art. 43 BEHG, vgl. dazu MEIER-SCHATZ Art. 40–44 BEHG N 88 ff.

<sup>893</sup> Dazu hinten S. 330 ff.

wie die Abwägung von der ganz h.L. vorgenommen wird – wo Informationsweiterleitungsverbote, da keine Wissenszurechnung<sup>894</sup> und vice versa – ist die Problematik allerdings nicht.<sup>895</sup> Vielmehr ist die heikle Frage zu beantworten, was vorgeht – das Informationsweiterleitungsverbot oder die Gebotenheit der Wissenszurechnung als Summe aller (anderen) Kriterien, die für eine Wissenszurechnung sprechen.<sup>896</sup> Schwierig zu beurteilen ist schliesslich die praktisch wichtige Fragestellung, ob Informationsflusssperren («Chinese Walls») die sich *nicht* aus zwingenden öffentlich-rechtlichen Normen ergeben, aber unter bestimmten Umständen von der aufsichtsrechtlichen Praxis (bloss, aber immerhin) sanktioniert werden<sup>897</sup>, eine Wissenszurechnung ausschliessen. Sei es, dass diese als besondere Art von Informationsweiterleitungsverboten qualifiziert werden, sei es, dass der Faktizität deren Implementierung

<sup>894</sup> In der Lehre wird generell die Auffassung vertreten, dass (öffentlich-rechtliche) Informationsweiterleitungsverbote eine Wissenszurechnung ohne weiteres ausschliessen würden, so etwa BAUM 275 für den Datenschutz: «Sofern dieser [der Datenschutz] verbietet, dass eine Information an einer Stelle verfügbar gemacht wird, kann keine Pflicht bestehen, sie dort verfügbar zu machen.» So auch noch ABBEGLEN Aufklärungspflichten 17 Fn. 79. Hinweise auf die weiteren Auffassungen in der schweizerischen Lehre hinten S. 338 ff. Es ist typisch für das kontinentale Rechtsdenken, dass aus solchen dogmatischen Unterscheidungen (zwingenden öffentlich-rechtlichen Normen, privatrechtlichen Pflichten) Antworten auf Rechtsfragen abgeleitet werden. Anders und bezeichnend dagegen z. T. US-amerikanische Gerichte, z. B. in *Black v. Shearson, Hammill & Co.*, wo das Gericht zum Konflikt zwischen Insidernormen und Aufklärungspflichten sagte: «It should not be resolved by weighing the conflicting duties; it should be avoided in advance or terminated when it appears.» Andere Entscheide sprechen sich dagegen für oder gegen den Vorrang der zivilrechtlichen Pflichten eines Finanzintermediärs aus, jedoch ohne dies «dogmatisch» zu begründen, so etwa SEC in the *Matter of Cady, Roberts & Co.*, 40 SEC 909 (1961) (Vorrang der zivilrechtlichen Pflichten), umgekehrt dagegen SEC in the *Matter of Van Alstyne, Noel & Co.*, 33 SEC 311, 312 (1952). Vgl. zum Ganzen hinten S. 382 ff.

<sup>895</sup> Anders und also differenzierter aber DRUEY, wenn er zum Datenschutz ausführt, dass dieser «nicht einfach Geheimnisse schützt, sondern zum Entscheid über Schliessung oder Öffnung von Informationskanälen *beiträgt*» (DRUEY Information 395, Kursivdruck eingefügt).

<sup>896</sup> Dazu ausführlich hinten im bankrechtlichen (S. 301 ff.) sowie z. T. im konzernrechtlichen Teil (S. 229 ff.), da sich die notwendigen Abwägungen am besten an konkreten Fragestellungen zeigen lassen.

<sup>897</sup> Zu Begriff und aufsichtsrechtlicher Bedeutung von Chinese Walls siehe hinten S. 357 ff.

rechtlich zu beachtende Bedeutung für die Wissenszurechnung eingeräumt wird<sup>898</sup>.

#### 4. Vertrauenstatbestand – erwarteter Kommunikationsablauf

Untersucht man die Judikatur zur Wissenszurechnung auf eine allfällige Verwendung von Vertrauensschutzgedanken, so zeigt sich: Es wird kaum je auf allfällige Erwartungen an Wissensorganisation und deren Einfluss auf die Wissenszurechnung eingegangen.<sup>899</sup> In Anbetracht der ansonsten häufigen Verwendung von Vertrauenshaftungstatbeständen durch die Rechtsprechung erstaunt dies; es entspricht aber dem Befund, dass sich auch die Literatur, mit wenigen Ausnahmen, Wissensorganisationserwartungen nicht zunutze macht<sup>900</sup>. Nachfolgend wird jedoch gezeigt, dass das Abstellen auf den Topos Vertrauen – und zwar verstanden im Sinne von persönlich-individuellem Vertrauen<sup>901</sup> – auch für die Wissenszurechnung bedeutsam sein kann.

<sup>898</sup> Diese Frage wird eingehend hinten S. 301 ff. im bankaufsichtsrechtlichen Teil untersucht.

<sup>899</sup> Jedenfalls nicht explizit. Allerdings ist zu beachten, dass das Abstellen auf Gedanken wie ordnungsgemässe Wissensorganisation etc. immer auch von verdeckten oder unbewussten Wertungen und damit Erwartungen des Normanwenders (also des Richters), welche dieser allenfalls stellvertretend für den Vertrauenden äussert, geprägt ist.

<sup>900</sup> Erwartungen hinsichtlich der Wissenszurechnung berücksichtigen die hinten in Fn. 907 genannten Autoren (RÖMMER-COLLMANN, GRUNEWALD, BAUMANN, TAUPITZ, MEDICUS). Zumindest indirekt stellt WATTER Wissen und Willen einer Bank 142 f. auf Wissensorganisationserwartungen ab, wenn er die Möglichkeit einer Modifikation der Wissenszurechnung gestützt auf entsprechende Vertragsklauseln diskutiert.

<sup>901</sup> Vgl. zum Gegensatz zwischen persönlich-individuellem und abstraktem Vertrauen WIEGAND Treuhand und Vertrauen 340 ff.

Neuere Lehre<sup>902</sup> und Rechtsprechung<sup>903</sup> zur Vertrauenshaftung belegen die Relevanz des Topos «Vertrauen» für die Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen.<sup>904</sup> Zudem ist der Gedanke des Vertrauens-

<sup>902</sup> Grundlegend CANARIS Vertrauenshaftung. Vgl. weiter WEBER-DÜRLER; zum Vertrauen aus rechtsethologischer Sicht etwa Hof 200 ff.; VON ROHR 141 ff.; FIKENTSCHEER 165 ff.; WIEGAND Rechtsschein und Vertrauen 183 ff.; WIEGAND Treuhand und Vertrauen 329 ff.; aus der Sicht der Entscheidungstheorie SCHMIDTCHEN 129 ff.; zu den ethologischen Voraussetzung von Vertrauen WULF SCHIEFENHÖFEL Trust – An Ethological and Etymological View, in Recht und Verhalten, Hof/Kummer/Weingart (Hrsg.), Baden-Baden 1994 225 ff.; aus soziologischer Sicht grundlegend LUHMANN Vertrauen; aus (positiv-)privatrechtlicher, schweizerischer Sicht BK-KRAMER Allg. Einleitung in das schweizerische OR N 150; ZK-BAUMANN Vorbem. Art. 2 und 3 ZGB N 5 ff.; Art. 2 ZGB N 105 ff.; La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000, Zürich 2001, CHAPPUIS/WINIGER (Hrsg.), mit Beiträgen von ANDREAS AUER, CHRISTINE CHAPPUIS, LUC THÉVENOZ, HENRY PETER, PIERRE TERCIER, ALAIN HIRSCH, ROLAND BREHM, BENOÎT CHAPPUIS, FRANZ WERRO, PIERRE WESSNER, BÉNÉDICT FOEX, HANS PETER WALTER, SYLVAIN MARCHAND, BRUNO SCHMIDLIN, GILLES PETITPIERRE, ERNST A. KRAMER, BÉNÉDICT WINIGER; vgl. auch HANS PETER WALTER Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR (Fn. 120) 2001 I 79 ff.; kritisch CORINNE WIDMER Vertrauenshaftung – Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen ZSR (NF 120) 2001 I 101 ff. Ein konziser Überblick über die Entwicklung der Vertrauenshaftung findet sich bei BERGER Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung 28 ff. Zur Zulässigkeit und zu den Vorzügen der Vertrauenshaftung, unter besonderer Berücksichtigung der «Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten» vgl. MOSER 125 ff.

<sup>903</sup> Aus der neueren Judikatur, ohne Konzern(vertrauens)haftung (siehe dazu hinten in Kap. 4.) vgl. etwa Bger.-Urteil 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001 Erw. 4.a und insbes. Erw. 5; BGE 124 III 363 E. II/5b; BGE 121 III 350 E. 6c; 120 II 331 E. 5a; bedeutsam BGE 125 I 369: «Zur Konkretisierung von [Treu und Glauben] kann der Strafrichter auf Praxis und Lehre zu Art. 2 ZGB zurückgreifen, und dabei hauptsächlich die Fälle der Vertrauenshaftung bei sozialen Beziehungen ohne oder im Hinblick auf eine rechtsgeschäftliche Bindung berücksichtigen ...», unter Bezugnahme auf ZK-BAUMANN Art. 2 ZGB N 109–133 und N 144–191 (Kursivdruck eingefügt). Zusammenfassungen der publizierten und nicht publizierten Entscheidungen des Bger. zur Vertrauenshaftung finden sich in Annex 1 bzw. Annex 2 von La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung, 203 ff. bzw. 213 ff.

<sup>904</sup> Vertrauen steht in einem engen Zusammenhang mit Rollendefinitionen, welche wie Ersteres für die Rechtsdogmatik ein «nützliches Konstrukt» abzugeben vermögen. Dazu REHBINDER N 104: «Versteht man nämlich die Rolle als Interaktionsmodell, so erklärt sich sehr einfach, warum im Zeitalter des Massenverkehrs, also zu Zeiten gesteigerter Interaktion, die ... Willenstheorie in der Rechtsgeschäftslehre immer mehr zugunsten des Vertrauensschutzes abgebaut wurde.

enssschutzes ein wichtiges Prinzip auch der Privatrechtsordnung<sup>905</sup>, das es bei der Lückenfüllung zu beachten gilt.<sup>906</sup> Es liegt deshalb nahe, dass erwecktes Vertrauen in das Vorliegen einer bestimmten Wissensorganisation zur Zurechnung von Wissen führen kann. Ob man dabei (berechtigtes) Vertrauen in das Vorhandensein einer Informationsorganisation – wie hier – als eigenständiges Zurechnungskriterium<sup>907</sup> verwendet oder aber als Element betrachtet,

Hat nämlich jede Rolle zugleich den Sinn, das Verhalten des Sozialpartners zu steuern, dann muss sich der Sozialpartner in seinem Handeln auch auf ein äusseres Erscheinungsbild verlassen können, das die betreffenden Rollenattribute und Rollensverhaltensweisen zeigt.» Aus der von REHBINDER N 104 genannten Tatsache, dass die Wirkung von Rollen neben der «Verinnerlichung von Verhaltenserwartungen» auch auf deren «Absicherung durch ein System negativer oder positiver Sanktionen» beruht, ergibt sich für die Rechtsfindung ein i. d. R. nicht beachtetes Zirkelschlussproblem: Erst durch das Festlegen der konkreten Pflichten eines Rollenträgers wird das Rollenbild bestimmt und abgesichert – Rolle wird mithin nicht vorgefunden, sondern vom Richter – wertend – festgelegt. Anders dagegen beim Vertrauen (im Rechtssinne): hier gilt es, festzustellen, welche konkreten Erwartungen des in der Folge Vertrauenden durch das Verhalten des Vertrauensträgers geweckt wurden.

<sup>905</sup> Grundlegend für die Bedeutung des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht WEBER-DÜRLER. Interessant ist, dass der Gedanke des Vertrauensschutzes in der Schweiz ab der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, insbesondere aber ab Beginn des letzten Drittels desselben, als Topos herangezogen wird (WEBER-DÜRLER 5f.) – die grobe zeitliche Koinzidenz mit der privatrechtlichen Entwicklung im deutschsprachigen Raum mag damit zusammenhängen, dass Vertrauen – als «Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität» (LUHMANN Vertrauen) – in einer «äusserst komplexen, hochspezialisierten und hochgradig arbeitsteilig organisierten Welt» (ZK-BAUMANN Vorbem. Art. 2 und 3 ZGB, N 10), wie diese sich im letzten Jahrhundert entwickelte, auch von rechtlicher Bedeutung wird. Dass die Notwendigkeit des Vertrauens indessen stets ein «elementarer Tatbestand sozialen Lebens» war und ist, mithin unabhängig vom Entwicklungsstand der Menschheitsgeschichte, hat LUHMANN Vertrauen 1 ff. gezeigt.

<sup>906</sup> Vorne S. 153 f.

<sup>907</sup> So RÖMMER-COLLMANN 182: «Ferner wird die Kenntnis oder die fahrlässige Unkenntnis von Organmitgliedern zugerechnet, wenn der Rechtsverkehr mit der Aufnahme, Speicherung, Weitergabe oder sonstigen Verwendung von Informationen durch sie rechnete.» Gl. M. GRUNEWALD 313: «Dabei kann es ... nur darum gehen, dass diejenigen Kenntnisse zugerechnet werden, von denen der Dritte erwarten kann, dass sie in einer ordnungsgemäss organisierten juristischen Person für denjenigen, der für die juristische Person handelt, verfügbar wären.» (Kursivdruck eingefügt.) Auch BAUMANN ZGR 1973 294f. wendet das Vertrauensschutzprinzip zur Modifikation von Zurechnungslösungen an, und hält ihm zugeute, dass es die «Abkehr von einer starren Einheitslösung» (mit)ermögliche.

dass jeweils direkt bei der Beurteilung der bereits besprochenen drei Kriterien<sup>908</sup> mit zu berücksichtigen ist<sup>909</sup>, spielt keine Rolle. Entscheidend ist vielmehr, dass die von Lehre und Praxis entwickelten *Voraussetzungen der Vertrauenshaftung oder -entsprechung*, wie sie von CANARIS in immer noch gültiger Form aufgestellt wurden, gegeben sind: Vertrauenstatbestand, schutzwürdiges Vertrauen, Vertrauensinvestition, Zurechenbarkeit.<sup>910</sup>

In concreto ist mithin zunächst zu prüfen, ob eine «objektive Grundlage» für die Erwartung vorhanden ist, dass sich die Wissenszurechnung nicht nach rein objektiven Gesichtspunkten, wie sie sich aus den vorne erarbeiteten Kriterien<sup>911</sup> «wahrscheinliche Bedeutung der Information», «Funktion des Informationsempfängers» sowie «Beherrschbarkeit des Informationsflusses» (mit ihren drei Unterkriterien) bestimmt, sondern erhöhten oder tieferen Standards entspricht. Solche Umstände können etwa entsprechende Äusserungen der juristischen Person<sup>912</sup> sein, aber auch andere

<sup>908</sup> Wahrscheinliche Bedeutung der Information; Funktion des Informationsempfängers; Beherrschbarkeit des Informationsflusses.

<sup>909</sup> Wohl in diese Richtung argumentiert TAUPITZ Karlsruhe Forum 26, wenn er ausführt, dass der Ansatz der Zurechnung kraft «ordnungsgemäss organisierter Kommunikation [g]erade dem Schutzbedürfnis und den berechtigten Erwartungen Dritter, auf die man in den Gesetzesberatungen für die Frage der Wissenszurechnung entscheidend abgestellt hat ... gerecht» werde. (Kursivdruck eingefügt.)

<sup>910</sup> CANARIS Vertrauenshaftung 491 ff.

<sup>911</sup> Vorne S. 183 ff.

<sup>912</sup> Ein Beispiel einer solchen Modifikation der üblichen Wissenszurechnungsstandards aufgrund von Absprache nennt WATTER Wissen und Willen 142 f., wenn er unter gewissen Umständen empfiehlt, «[v]ertragliche Regeln über das anrechenbare Wissen einer Gesellschaft» z. B. in Vermögensverwaltungsverträge aufzunehmen, wobei er aus einem US-amerikanischen Vermögensverwaltungsvertrag folgende Klausel zitiert: «The Bank shall have no obligation to seek to obtain any material non-public ... information about any issuer of securities, nor purchase or sell, or recommend for purchase or sale, for the Account [des Kunden] the securities on any issuer on the basis of any inside information as may come into its possession.» Für andere Beispiele von erwecktem Vertrauen in eine bestimmte – erhöhten Standards gehorchende – Informationsorganisation siehe im versicherungsrechtlichen Teil vorne S. 89 ff. sowie nachfolgend S. 229 ff., 287 ff. im Konzernverhältnis (Autovermietungsfall). Für die Modifikation der Wissenszurechnung mittels vertraglicher Absprache im Versicherungsbereich siehe BERND HONSELL Karlsruhe Forum 36.

berechtigtes Vertrauen erweckende Akte (wie z. B. ein bestimmter werbemässiger Auftritt oder das wissentliche Dulden eines solchen Verhaltens der Tochtergesellschaft durch die Konzernleitungsgesellschaft), sofern die von der Rechtsprechung für solche vertrauenserweckende Verhaltensweisen geforderte Intensität erreicht wird.<sup>913</sup> Damit ist zudem das Erfordernis der Zurechenbarkeit gegeben. Weiter ist zu prüfen, ob das Vertrauen schutzwürdig ist, also insbesondere nicht eine «blinde Vertrauensseligkeit» vorlag<sup>914</sup>. Unproblematisch ist i. d. R. die letzte der Voraussetzungen, nämlich die Vertrauensinvestition; diese besteht darin, dass die Vertrauensschutz in Anspruch nehmende Partei (zu ihren Gunsten) Rechtsfolgen aus der Wissenszurechnung seitens der juristischen Person ableitet.

Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertrauenshaftung, setzt das Gewähren von Vertrauensschutz stets das Vorliegen einer «rechtlichen Sonderverbindung» voraus<sup>915</sup> bzw. nach der Kritik an dieser Auffassung immerhin doch eine «rechtlich relevante Beziehung», die «aus der unmittelbaren oder mittelbaren Beziehungsnähe der Parteien» folgt.<sup>916</sup> Dies bedeutet, dass

<sup>913</sup> Vgl. dazu hinten S. 278 ff. im Zusammenhang mit der Konzernvertrauenshaftung.

<sup>914</sup> ZK-BAUMANN Vorbem. Art. 2 ZGB N 6 ff. mit Hinweisen zur Konkretisierung; zuletzt Bger.-Urteil vom 26. 9. 2001, Erw. 5 – dass im gleichen Entscheid in Erw. 6 das Verhalten des (im Grundsatz obsiegenden, allerdings infolge wahrlich *krassen* Selbstverschuldens in auf 25 % des erlittenen Schadens reduziertem Umfang) Klägers als «blinde[s] Vertrauen» bezeichnet wurde, ist in Anbetracht der klaren Anforderungen, die in Erw. 5 an das berechnigte Vertrauen gestellt werden, wohl redaktioneller Unvorsicht zuzuschreiben.

<sup>915</sup> Zuletzt Bger.-Urteil 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001 Erw. 5: «Die Haftung aus erwecktem und enttäushtem Vertrauen setzt das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen den Beteiligten voraus.» Dieses Erfordernis findet sich, etwas allgemeiner ausgedrückt, bereits im Gedanken, dass Vertrauensschutz nur gewährt werden kann, wenn ein Vertrauenstatbestand vorliegt; grundlegend dazu CANARIS Vertrauenshaftung 491 ff. Ebenfalls gegen die Anwendung des Vertrauensschutzprinzips im ausserrechtsgeschäftlichen Bereich GRUNEWALD 317 sowie FASSBENDER 135.

<sup>916</sup> ZK-BAUMANN Art. 2 ZGB N 6 mit der Kritik an der bger. Rechtsprechung, dass sie «das Vorbestehen des Bindungsaktes» voraussetze, «was für die Anwendung von Artikel 2 ZGB nicht allein entscheidend sein kann». Untersucht man allerdings die vom Bger. als rechtliche Sonderverbindungen qualifizierten Sachverhalte, so zeigt sich, dass auch die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht das Be-

in rein deliktischen Konstellationen der Topos Vertrauen nicht zur Modifikation der gestützt auf die anderen Kriterien bestimmten Wissenszurechnung führt.<sup>917</sup>

### III. Illustration/Anwendung anhand von Spezialproblemen

#### 1. Privates Wissen

Sind der juristischen Person auch private Kenntnisse (genauer: aus privater Quelle stammende Kenntnisse) von Wissensträgern zuzurechnen?<sup>918</sup> Im (deutschen und schweizerischen)<sup>919</sup> Vertretungsrecht ist unbestritten, dass nicht nur das geschäftliche Wissen, sondern auch das in privater Eigenschaft erworbene Wissen des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet wird.<sup>920</sup> Gleichermassen unterscheidet die Lehre zur Zurechnung des Wissens von Organper-

stehen einer rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Bindung voraussetzt (vgl. z.B. gerade Bger.-Urteil 4C.193/2000 vom 21.9.2001), insofern dieser Streit auf unterschiedlicher Begriffsbildung beruht. Dies belegt zudem der vorne in Fn.903 zitierte Entscheid, wo das Gericht ausdrücklich die Möglichkeit einer Vertrauenshaftung ausserhalb rechtsgeschäftlicher Bindung anerkannte – das Bger. meint mithin mit rechtlicher Sonderverbindung nicht das Gleiche wie eine rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Bindung, sondern letztlich einen sozialen Kontakt von bestimmter Intensität.

<sup>917</sup> Siehe dazu auch hinten unter 3.

<sup>918</sup> Interessant ist, dass sich diese Frage in der schweizerischen und deutschen Judikatur kaum je stellte, englische Gerichte dagegen anscheinend beschäftigte, vgl. dazu Fn.928.

<sup>919</sup> Nicht aber im englischen Recht, vgl. dazu nachfolgend in Fn.928.

<sup>920</sup> Dies ergibt sich für das deutsche Recht bereits aus dem Wortlaut von § 166 BGB, der, anders als Normen, welche Verhalten von Hilfspersonen zurechnen, gerade nicht auf die Eigenschaft, in welcher Wissen erlangt wurde, abstellt, vgl. dazu ausführlich BUCK 166f. Entsprechend der diesbezüglichen Übereinstimmung der schweizerischen Rechtslage mit dem Regelungsgehalt von § 166 BGB (dazu vorne S.19 ff.) ist auch in der Schweiz allgemein anerkannt, dass privates Wissen von Vertretern zuzurechnen sei, vgl. etwa REICHWEIN 6 f.; SIEGER 64; auch in der Standardliteratur wird für die Zurechnung keine Einschränkung auf im Zusammenhang mit der Vertretung erworbene Kenntnisse postuliert, vgl. statt aller BUCHER AT 631.

sonen nicht danach, ob diese ihre Kenntnisse in dienstlicher oder privater Eigenschaft erlangt haben.<sup>921</sup> Soweit es sich um formale Zurechnungsbegründungen handelt, wird dieses Resultat naturgemäss nicht weiter erklärt. Aber auch die Argumentationen von Vertretern funktionaler Lösungsansätze sind oftmals nicht viel mehr denn – intuitiv als richtig erscheinende – Behauptungen<sup>922</sup>: «Der Vertreter ist so zu nehmen, wie er ist»<sup>923</sup>, ist ein Beispiel dafür; wohl das Gleiche meint «[e]s ist sachgerecht, wenn der juristischen Person ... auch das private Wissen ihres Organwalters zugerechnet wird, denn die Persönlichkeit des Organwalters kann nicht in einen amtlichen und in einen privaten Teil aufgespalten werden»<sup>924</sup>.

Diese letztlich auf natürlicher Anschauung (es gibt keine «Chinese walls» im menschlichen Gehirn!) beruhenden Aussagen lassen sich jedoch a priori nicht zur Begründung der Zurechnung von Wissen heranziehen, die, wie vorne dargelegt<sup>925</sup>, eine *normative Problematik* ist.<sup>926</sup> Eine unter diesem Gesichtspunkt dagegen zulässige (hier jedoch abgelehnte) Auffassung geht dahin, dass privates Wissen ausserhalb des Anwendungsbereichs von § 166 BGB nicht zuzurechnen ist, da hier die fragliche Person «nicht gerade zur Aufnahme und Weiterleitung von Informationen bestimmt» ist. Deshalb sei es «konsequent, grundsätzlich auch nur dasjenige Wissen zuzurechnen, das der Gehilfe im Rahmen seines Geschäftskrei-

<sup>921</sup> Statt aller BK-RIEMER Art. 54/55 ZGB N 47f. Für das deutsche Recht vgl. GOLDSCHMIDT 212; GRUNEWALD 306, 319; RÖMMER-COLLMANN 189 ff.; BOTT 213 f.; a. M. Kölner Komm-MERTENS § 76 N 67 und ebenfalls Münchener Komm-REUTER § 28 N 9.

<sup>922</sup> Damit soll nicht gesagt sein, dass die Ansichten der nachfolgend zitierten GRUNEWALD und GOLDSCHMIDT (im Ergebnis) falsch wären.

<sup>923</sup> GRUNEWALD 306.

<sup>924</sup> GOLDSCHMIDT 249; Münchener Komm-REUTER § 28 N 9.

<sup>925</sup> Vorne S.125 ff.

<sup>926</sup> Die «normative Komponente» von Wissen betonend auch MEDICUS 6; siehe dazu auch vorne S.125 ff. Eine ausführlichere, über rein methodische Erwägungen (beim Analogieschluss aus § 166 BGB müsse auch die dort nicht enthaltene Beschränkung auf geschäftliches Wissen beachtet werden) hinausgehende Begründung liefert BAUM 81 ff., wenn er aus dem Vertrauensgedanken und den Vorteils-/Nachteilstragungsüberlegungen folgert, dass trotz konfligierender Wertungen auf das gesamte Wissen von Hilfspersonen abzustellen sei.

ses erlangt hat, während die Zurechnung eines bloss bei anderer Gelegenheit erlangten Wissens in der Regel ausscheidet»<sup>927</sup>.

Steht man auf der Grundlage einer funktionalen Bestimmung der Wissenszurechnung, stellt sich die Frage nach dem Unterschied zwischen privater und nichtprivater Information bei richtiger Betrachtung jedoch gar nicht. Wie das Wissen erlangt wurde, ob aus privaten oder geschäftlichen Kontakten, spielt für die Beurteilung der Zurechnung nämlich keine Rolle<sup>928</sup>. *War die Information bedeutsam, und der Wissensträger aufgrund seiner Stellung gehalten, diese der juristischen Person verfügbar zu halten, dann muss Zurechnung erfolgen, sonst nicht.* Ein Beispiel: Es kann nicht darauf ankommen, ob ein Vermögensverwalter die Nachricht von den Angriffen auf das World Trade Center in New York vom 11. September 2001 in seiner Freizeit am Radio oder aber über die Informationssysteme in seinem Büro vernommen hat – für einen allfälligen Handlungsbedarf<sup>929</sup> ergibt sich daraus höchstens ein Unterschied, ab welchem Zeitpunkt dieses Wissen der juristischen Person verfügbar und zurechenbar war<sup>930</sup>. Es kann mithin nicht, weder pauschal noch in der Tendenz<sup>931</sup>, festgehalten werden, *privates*

<sup>927</sup> TAUPITZ *Karlsruher Forum* 25, sich auf Kriterien von MEDICUS berufend.

<sup>928</sup> So aber nach englischem Recht, nach welchem Wissen, das der (Wissens-)Vertreter bei nicht geschäftlicher Gelegenheit erlangt hat, generell nicht zugerechnet wird; vgl. dazu m. H. zur Judikatur TAUPITZ *Karlsruher Forum* 20 f. mit illustrativen Beispielen aus der Gerichtspraxis, etwa dem Fall des (nicht zugerechneten) Wissenserwerbs durch einen Direktor anlässlich eines privaten Anlasses.

<sup>929</sup> Z. B. für die Frage, ob vorher vereinbarte Anlagestrategien zur Erhöhung des US-Aktienanteils in einem Depot umzusetzen sind oder ob solche Positionen abgebaut werden sollen. Zu beachten ist allerdings, dass diesbezüglich Entscheidungen aufgrund des Ermessensspielraums eines Vermögensverwalters kaum von rechtlicher Relevanz, etwa im Sinne einer Haftung aus unsorgfältiger Verwaltungstätigkeit, werden können.

<sup>930</sup> Die Frage stellt sich natürlich nur unter der Annahme, dass das Ereignis nicht von anderen Wissensträgern während der Arbeit zur Kenntnis genommen wurde, also wohl nur bei Einmann-Vermögensverwaltungsgesellschaften.

<sup>931</sup> GRUNEWALD 306 f. geht allerdings davon aus, dass eine Zurechnung privaten Wissens «nur selten der Fall sein» dürfte. Sie argumentiert damit, dass zur ordnungsgemässen Organisation der juristischen Person, auf die sich die Gegenseite «verlassen darf», zwar «unter Umständen auch die Weiterleitung privat erworbenen Wissens gehöre». Weshalb die Weiterleitung nur unter besonderen Umständen erfolgen soll, bleibt unklar. Denn ist die Information für die juristische Person

Wissen werde bzw. werde nicht zugerechnet. Es ist vielmehr jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob (1) die Information von wahrscheinlicher Bedeutung für die juristische Person war, (2) aufgrund des Aufgabenbereichs (der Funktion) des tatsächlichen Informationsträgers von diesem nach objektiven Gesichtspunkten Kenntnisnahme und gegebenenfalls Weiterleitung der Information zu erwarten war, (3) ob die Beherrschbarkeit des Informationsflusses gegeben war<sup>932</sup> und allenfalls (4) ob sich aus dem Vertrauensschutzprinzip allfällige Modifikationen an dem sich aufgrund der Kriterien (1)–(3) ergebenden Ergebnis aufdrängen.

## 2. Wissen von ausgetretenen Personen

Die traditionelle Auffassung bejaht die Zurechnung des Wissens von ausgetretenen oder verstorbenen Organpersonen, sofern sie über die fragliche Kenntnis noch während ihrer Tätigkeit für die juristische Person verfügten.<sup>933</sup> Dies bedeutete, dass einer juristischen Person, deren Mitglieder sehr oft wechselten, potentiell mehr Wissen zuzurechnen war als einer solchen mit einer stabilen Organmitgliedschaft<sup>934</sup> und dass im Falle von lange bestehenden juristischen Personen Informationen zugerechnet werden konnten, welche zeitlich sehr weit zurückliegend erlangt worden wa-

nicht relevant, stellt sich das Problem überhaupt nicht, ist sie aber von wahrscheinlicher Bedeutung, ist nicht einzusehen, weshalb noch «besondere Umstände» hinzukommen müssten, um die Weiterleitung auszulösen. Aus Beweisgründen dürfte allerdings eine Zurechnung von privat erlangtem Wissen seltener sein als eine solche von geschäftlich erlangter Kenntnis.

<sup>932</sup> Ähnlich auch TAUPITZ Anmerkung zu BGH 736 Fn. 31, wenn er zum privaten Wissen ausführt, es werde «dann zugerechnet, wenn es für die Rechtsposition der juristischen Person erkennbar jetzt oder voraussichtlich später eine erhebliche Rolle spielt». Auch SIEGER 65, BAUM 78 ff. und BUCK 166 ff. bejahen die Zurechnung privaten Wissens, Letztere unter anderem unter Hinweis darauf, dass die Unterscheidung zwischen privatem und geschäftlichem Wissen auch in § 166 BGB «keine Grundlage» finde, BUCK 167.

<sup>933</sup> Für das schweizerische Recht BK-RIEMER Art. 54/55 N 47; ZR 30 Nr. 55, 103; Münchener Komm-SCHRAMM § 166 Rz. 20; weitere Nachweise bei BUCK 239, SCHILKEN 128 (Fn. 437) sowie GRUNEWALD 307 (Fn. 23).

<sup>934</sup> GRUNEWALD 307. Dies kritisiert auch FLUME *Die juristische Person* 399 f. als Ergebnis der Organtheorie.

ren<sup>935</sup>. Die entsprechende Judikatur stiess denn auch auf Kritik. Diese moniert, dass die generelle Zurechnung des Wissens ausgedehnter oder verstorbener Person nur mit der (überkommenen) Organtheorie zu rechtfertigen sei<sup>936</sup>. Tatsächlich berufen sich denn auch die Urteile, die der juristischen Person das Wissen von ausgedehnten Organpersonen ungeachtet des tatsächlichen Nichtwissens der neuen Organe kategorisch zurechnen, auf die Organtheorie<sup>937</sup>. Die vereinzelt Urteile, die eine Zurechnung des Wissens ausgetretener Organpersonen ebenso kategorisch ablehnen, stützen sich dagegen auf die Vertretertheorie ab.<sup>938</sup>

BUCK vertritt dagegen die Auffassung, dass gerade die Organtheorie nur die Zurechnung des Wissens von noch amtierenden Organpersonen erlaube, da nur diese den «Wissensspeicher der juristischen Person bilden»<sup>939</sup>. Zur Begründung beruft sie sich u. a. auf VON GIERKES Äusserung, wonach nur das Wissen von vertretungsberechtigten Organen der juristischen Person zuzurechnen sei. Allerdings hat VON GIERKE sich weder an der von BUCK angerufenen Stelle<sup>940</sup> noch, soweit ersichtlich andernorts, zum Wissen von nicht mehr amtierenden Organen geäussert<sup>941</sup>. Dies und die Tatsache, dass die Judikatur der Organtheorie gerade die gegenteilige Auffassung entnimmt<sup>942</sup>, zeigen erneut: die Frage der Wissenszurechnung lässt sich nicht unter Bezugnahme auf formale Überlegungen lösen. Dies ist erst recht nicht unter Berufung auf Aussagen der Be-

<sup>935</sup> GRUNEWALD 307; BOHRER 124, 127. Allerdings darf diese Problematik nicht überschätzt werden, denn sehr alte, zuzurechnende Informationen sind in der Regel rein faktisch für das aktuelle Geschäft nicht mehr von Bedeutung.

<sup>936</sup> WALTERMANN AcP 223; BAUMANN 288; BUCK 241 ff. argumentiert dagegen, auch aus der Organtheorie könne nicht auf die Zurechnung des Wissens ausgedehnter Personen geschlossen werden, u. a. da «jedes Organmitglied schon grundsätzlich nur eine bestimmte Zeit «Wissensspeicher» der juristischen Person sein kann.» BUCK 244.

<sup>937</sup> Vgl. dazu die umfassenden Hinweise auf die deutsche Judikatur bei BUCK 239.

<sup>938</sup> Reichsgerichtsurteil von 1921, RG SeuffA 77 Nr. 65, 110 ff., zitiert nach BUCK 241.

<sup>939</sup> BUCK 242.

<sup>940</sup> VON GIERKE Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung 627; ders. Deutsches Privatrecht 519. Vgl. dazu SCHMIDT.

<sup>941</sup> Vgl. dazu auch vorne S. 136.

<sup>942</sup> Unmittelbar vorne im Text.

gründer dieser Theorien möglich, da sich diese nicht zur Frage der Zurechnung des Wissens von ausgetretenen Organen äusserten.<sup>943</sup>

Die Erkenntnis der Unergiebigkeit formaler Theorien zur Beurteilung der Wissenszurechnung dürfte denn auch der Grund dafür gewesen sein, dass der BGH im bekannten Fall der Gemeinde, die ein einsturzgefährdetes Schlachthaus verkauft hatte, wobei der um die Einsturzgefahr wissende Bürgermeister seit langem nicht mehr im Amt war, von der traditionellen Begründungslinie abgewichen ist. Der BGH entschied nur mehr «in wertender Beurteilung», die Kenntnisse seien, da sie «typischerweise aktenmässig festgehaltene[s] Wissen»<sup>944</sup> darstellten, in casu auch über den Zeitpunkt des Austritts des Wissensträgers hinaus zuzurechnen.<sup>945</sup>

Damit ist der Weg für eine funktionale Bestimmung der Wissenszurechnung in diesen Fällen offen<sup>946</sup>: Ein sachgerechter, über die blosser Würdigung der Umstände des Einzelfalles hinausgehender Lösungsansatz<sup>947</sup> ergibt sich auch hier durch die Anwendung der vorne erarbeiteten Kriterien wahrscheinliche Bedeutung der (vom in der Zwischenzeit ausgeschiedenen Mitglied erlangten) Information, Funktion des ausgetretenen Wissensträgers sowie der problemlos gegebenen Beherrschbarkeit des Informationsflusses. Zu fragen ist, ob bei einer ordnungsgemäss organisierten juristischen Person vor dem Austritt bzw. dem Tod des Wissensträgers die Verfügbarmachung der Information (z. B. durch Ablage oder sonstige Speicherung oder Mitteilung an andere Wissensträger)

<sup>943</sup> Zur grundsätzlichen Problematik des Abstellens auf diese Theorien siehe vorne S. 114 ff.

<sup>944</sup> BGH NJW 1990 975 f.

<sup>945</sup> BGHZ 109 327 ff., BGH NJW 1990 975 ff.; der Entscheid wird von verschiedenen Autoren ausführlich diskutiert, so etwa unter dem Titel «Schlachthausfall» bei BAUM 320 ff. und 446 ff.; bei BUCK 239 f. als «Gemeindeentscheidung».

<sup>946</sup> Auch BAUM 450 f. nimmt in casu eine wertende Beurteilung vor und kommt aufgrund der «Grösse des Risikos, dass die Information erneut relevant wird», sowie der Schwere des «mögliche[n] Nachteil[s] für den Dritten» zum Schluss, dass die Information über die Einsturzgefahr «verfügbar zu halten» und der Gemeinde ergo zuzurechnen sei.

<sup>947</sup> Im zitierten Entscheid hat sich der BGH sehr stark auf die konkreten Verhältnisse bezogen (Grundstücksgeschäfte der vorliegenden Art, Entgegenbringen von erhöhtem Vertrauen seitens des Bürgers gegenüber der Gemeinde, von der er ein Grundstück kauft, etc.).

durch denselben in Anbetracht dessen Funktion sowie der Informationsbedeutung und der ohne Zweifel gegebenen technischen, rechtlichen und finanziellen Möglichkeiten dazu erwartet werden konnte. Da die Beurteilung der Wissenszurechnung hier anhand der drei Grundkriterien erfolgen kann und keine Umstände vorliegen, welche i. S. des Vertrauensprinzips höhere oder geringere Erwartungen als üblich an die konkrete Ausgestaltung der Informationsorganisation auszulösen vermögen, ist das vierte Kriterium, obwohl es sich um eine Wissenszurechnung in einem rechtsgeschäftlichen Verhältnis handelt, nicht anwendbar (oder neutral<sup>948</sup>).<sup>949</sup> Mit dem Abstellen auf den funktionalen Ansatz ist zugleich klar, dass diese Lösung mutatis mutandis auch für Wissensträger gilt, die nicht Organeigenschaft haben.

### 3. Wissenszusammenrechnung

Fragen nach einer möglichen Wissenszusammenrechnung (auch etwa Wissensaddition genannt<sup>950</sup>), d. h. nach einer Berücksichtigung von Teilwissen oder aufgespaltenem Wissen, haben der Lehre immer wieder Schwierigkeiten bereitet (weniger dagegen der sehr einzelfallbezogenen und pragmatisch argumentierenden Rechtsprechung, dazu sogleich).<sup>951</sup> Denn dass Wissens Elemente, die bei

<sup>948</sup> Vgl. dazu hinten unter 4. in fine, S. 223.

<sup>949</sup> Die Begründung der Wissenszurechnung auch mit dem Argument, dass öffentlich-rechtlichen Körperschaften als Vertragspartnern (im Vergleich zu Privaten) erhöhtes Vertrauen entgegengebracht werde, mag zutreffen. Da jedoch in Anbetracht der Bedeutung der Information, der wichtigen Funktion des ehemaligen Wissensträgers für die konkreten Kenntnistatbestände sowie der problemlosen Beherrschbarkeit des Informationsflusses auch im Falle einer privaten juristischen Person als Verkäuferin das fragliche Wissen zuzurechnen gewesen wäre, ist die Berufung auf das Vertrauensprinzip entbehrlich.

<sup>950</sup> Vgl. BAUM 30.

<sup>951</sup> Die kleinere Zahl von Urteilen, die sich mit der Frage nach der Zusammenrechnung von aufgespaltenem Wissen befassen (vgl. etwa BGH NJW 1989, 2879, 2881 und BGH WM 1993 541, 543, Checkfall; in der schweizerischen höchstrichterlichen Judikatur ist soweit ersichtlich nur ein Fall tatsächlich einschlägig, nämlich der Entscheid vom 6. 9. 2000, dazu hinten S. 214), deutet klar auf eine eher geringe praktische Relevanz dieses Problems hin. Von der Literatur wird wohl zu wenig

verschiedenen Wissensträgern präsent sind<sup>952</sup> und die *erst zusammengefügt* ein rechtlich relevantes Gesamtwissen ergeben<sup>953</sup>, der juristischen Person als Gesamtwissen zugerechnet werden können, setzt neben dem blossen (bereits als solchem umstrittenen)<sup>954</sup> Zurechnungsvorgang die Zulässigkeit einer vorgeschalteten Additionsoperation<sup>955</sup> voraus.<sup>956</sup>

Die *deutsche Rechtsprechung* bejaht v. a. im Zusammenhang mit checkrechtlichen Fällen eine Wissenszusammenrechnung, wenn die verschiedenen Wissensteile für einen einheitlichen Vorgang (oder für mehrere Vorgänge, zwischen denen ein sehr enger Zusammenhang besteht), dessen (oder deren) Bearbeitung auf mehrere Personen aufgeteilt ist, relevant sind.<sup>957</sup> *Schweizerische Judikatur* zur Addition gespaltenen Wissens gibt es kaum.<sup>958</sup> Von besonderer Bedeutung ist deshalb das im Bereich der Wissenszurech-

beachtet, dass die tatsächliche Aufspaltung von relevantem Wissen nicht so häufig sein dürfte; zu Recht so auch KISS-PETER 299, wenn sie darauf hinweist, dass eine «Spaltung» des Wissens «in verschiedene Teilwissen konkret überhaupt möglich» sein muss.

<sup>952</sup> Sei es in Form von aktueller Kenntnis oder von Wissenmüssen, zur Relevanz der Unterscheidung siehe vorne S. 126 ff.

<sup>953</sup> Beispiel: Ein Mitarbeiter verfügt über bestimmte Kenntnisse, die für ein geplantes Rechtsgeschäft von Bedeutung wären; das Wissen über das geplante Rechtsgeschäft hat jedoch nicht er, sondern ein anderer Mitarbeiter. Oder: Das Wissen über eine für ein Rechtsgeschäft bedeutsame Information ist auf zwei Mitarbeiter aufgeteilt.

<sup>954</sup> Vorne S. 39 ff.

<sup>955</sup> Die Teilwissen der verschiedenen Wissensträger müssen zu einem Gesamtwissen zusammengefügt werden, BAUM 30.

<sup>956</sup> Zum Teil wird der Begriff der Wissenszusammenrechnung aber auch für die blosse Wissenszurechnung (des Wissens eines Wissensträgers auf die juristische Person) verwendet, so etwa bei CANARIS Bankvertragsrecht N 106, 800a. Siehe auch die plastische Umschreibung des Problems des Teilwissens bei KISS-PETER 298 f., die zu Recht auch auf die grossen Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit aufgeteiltem Wissen hinweist; vgl. auch SIEGBER 65 und REICHWEIN 83.

<sup>957</sup> Vgl. die ausführliche Judikaturübersicht über die deutsche (vorab bankrechtliche Fälle betreffende) Judikatur bei BUCK 351 f.

<sup>958</sup> Soweit ersichtlich gibt es mit Ausnahme des nachfolgend besprochenen Urteils keine höchstrichterliche Judikatur zur *Wissenszusammenrechnung*, und es sind dem Schreibenden mit Ausnahme des dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid zugrunde liegenden vorinstanzlichen Urteils auch keine Entscheidungen kantonalen Gerichte bekannt.

nung eine Rarität darstellende Urteil des Bundesgerichts vom 6.9.2000:

In diesem Urteil stützt das Bundesgericht die von ihm gutgeheissene normative Schaffung eines Gesamtwissens durch die Vorinstanz<sup>959</sup> positiv-rechtlich auf wechselseitige Erkundigungs- und Mitteilungspflichten der (natürlichen) Teilwissensträger<sup>960</sup>. Rechtspolitisch wird die «Verpflichtung zum Wissensaustausch» damit gerechtfertigt, dass der «Dritte durch die arbeitsteilige Vorgehensweise der juristischen Person keine Nachteile erleiden soll []». <sup>961</sup> Das Bundesgericht argumentiert damit im Vergleich zur deutschen Judikatur stärker mit individuellen Kommunikationspflichten einzelner Mitarbeiter. Wäre dieses Urteil zeitlich nach dem grundlegenden BGer.-Entscheid vom 21.8.2001 gefällt worden, wäre diese Argumentation wohl entbehrlich gewesen. Denn auch die Wissensaddition kann mit dem in diesem Urteil vertretenen Ansatz der objektiven Abrufbarkeit (bei ordnungsgemässer Organisation) begründet und bestimmt werden.<sup>962</sup>

In der *Lehre* befasste sich insbesondere BUCK *ausführlich* mit der Frage der Wissenszusammenrechnung<sup>963</sup>. Sie weist zu Recht darauf hin, dass sich das «Schrifttum ... zumeist damit [begnügt], die bisher in der Rechtsprechung entschiedenen Zusammenrechnungsfälle aufzuzählen, ohne sich Gedanken über ein System der Wissenszusammenrechnung zu machen»<sup>964</sup>. Für ihre Lösung unterscheidet BUCK nach der Eigenschaft des Wissensträgers: Im Falle von Teilwissen bei *Vertreter und Vertretenem* lehnt sie eine Zusammenrechnung mit der Begründung, dass § 166 Abs.2 BGB eine solche nicht vorsehe, ab<sup>965</sup>. Bei Teilwissen, das auf *unterorganisationschaftliche Wissensträger* aufgeteilt ist, unterscheidet sie zwischen Kenntnis und Wissenmüssen; soweit es um die Zurechnung von

<sup>959</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 7.12.1999.

<sup>960</sup> Bger.-Urteil 4C.26/2000 vom 6.9.2000 Erw.2.c aa), konkretisiert dann in 2.c bb).

<sup>961</sup> Bger.-Urteil 4C.26/2000 vom 6.9.2000 Erw.2.c aa) in fine unter Berufung auf BK-JÄGGI Art.3 N 140 sowie SIEGER 79.

<sup>962</sup> Ausführlich zu diesem Urteil und seiner Bedeutung vorne S.56 f.

<sup>963</sup> BUCK 326 ff.

<sup>964</sup> BUCK 327.

<sup>965</sup> BUCK 337.

Letzterem geht, nimmt sie eine Wissenszusammenrechnung gestützt auf § 166 Abs.2 BGB analog vor<sup>966</sup>, für die Zurechnung von Kenntnis erachtet sie es als «entscheidend ..., ob die Gesellschaft es verdient, ... besonderen Schutz zu erhalten», wobei sie – mangels gesetzlicher Abstützungsmöglichkeit<sup>967</sup> – zur dogmatischen Abstützung auf «Organisationsgesichtspunkte» verweist.<sup>968</sup> Diese Verweisung macht BUCK auch beim Wissen von Organmitgliedern, nachdem sie darlegt, dass eine Zurechnung gestützt auf § 166 BGB jedenfalls dann ausscheidet, wenn das wissende Organmitglied keine Kenntnis vom dieses Wissen betreffenden Vorgang hat.<sup>969</sup>

Gänzlich auf funktionale Aspekte stellt HEIDRICH ab, der am Beispiel der Banken betont, wenn eine «Wissensorganisation (Verknüpfung und Speicherung) bei Wissensprozessen (Aufnahme und Wissensorganisation) im Tatsächlichen ... statt[findet]»<sup>970</sup>, sei der Bank das Wissen aufgrund ihres Wissenwollens im Rahmen deren Verbandszweckes zuzurechnen.<sup>971</sup> Entsprechend dieser funktionalen Konzeption unterscheidet HEIDRICH nicht zwischen den Eigenschaften der jeweiligen Wissensträger.<sup>972</sup>

Ausführlicher beschäftigte sich auch WALTERMANN mit der Wissenszusammenrechnung. Im Falle von Wissenmüssen vertritt er die Auffassung, dass sich die Frage der Wissensaddition gar nicht stelle, sondern bloss, «ob der Geschäftsherr einen nach der relevanten <Wissensnorm> relevanten Umstand kennen muss, weil einer seiner Mitarbeiter diesen Umstand kennt. Dazu bedarf es nicht der Zurechnung fremden Wissens, es geht um aus Fahrlässigkeit

<sup>966</sup> BUCK 371.

<sup>967</sup> Sei es im Rahmen einer weiten Auslegung von § 166 oder dessen analogen Anwendung, BUCK 372.

<sup>968</sup> BUCK 372.

<sup>969</sup> BUCK 392.

<sup>970</sup> HEIDRICH 118.

<sup>971</sup> HEIDRICH 136: «Das in den Wissensmedien der Bank verkörperte Wissen kann der Bank als solcher auf der Grundlage der beschriebenen privatrechtlichen Instrumente zugerechnet werden. Die Bank will die gesamte Menge dieses Wissens nach Selektion ... ausgerichtet an ihrem Verbandszweckes [sic!] als eigenes haben».

<sup>972</sup> HEIDRICH 136.

fehlenden Wissens des Geschäftsherrn.»<sup>973</sup> Wo es aktueller Kenntnis bedarf, stimmt WALTERMANN der Rechtsprechung des BGH zum filialübergreifenden Informationsaustausch unter Berufung auf Arbeitsteilungs- und Risikozurechnungsüberlegungen zu, betont jedoch, es handle sich dabei um eine «Rechtsfortbildung jenseits des verfassungsrechtlich und methodisch unproblematisch erlaubten Analogieschlusses»<sup>974</sup>, weshalb er es als «überlegenswert» erachtet, die «Wissenszurechnung im Allgemeinen Teil des BGB ... neu zu regeln und das mit der arbeitsteiligen Aufgabenwahrnehmung verbundene Risiko entsprechend dem § 166 BGB zugrunde liegenden Zurechnungsprinzip zuzuweisen»<sup>975</sup>.

CANARIS plädiert – kategorisch – für eine Wissenszusammenrechnung insbesondere bei Banken, aber auch bei anderen Unternehmen, weil es «sowohl der rechtlichen Einheit des Unternehmens als auch dem Gedanken der Zurechnung des spezifischen Betriebs-, insbesondere Organisationsrisikos, entspreche, grundsätzlich für die Frage des guten Glaubens und ähnlicher Probleme das Wissen aller Wissensvertreter zusammenzurechnen ...»<sup>976</sup> Zur dogmatischen Begründung dieser weitgehenden Wissenszusammenrechnung zieht CANARIS die «ratio legis von § 278 BGB» heran. Für die Erfüllung dieses Paragraphen bejaht er ein «fiktives Verschulden» der Bank, wenn diese (als Geschäftsherr) selbst gehandelt hätte und dabei «die Kenntnisse ... aller [ihrer] Gehilfen gehabt hätte»<sup>977</sup>.

KISS-PETERS Haltung zur Frage der Wissenszusammenrechnung scheint zwischen einem neuen, funktionalen Ansatz und dem Verhaftetsein in traditionellen Denkmustern zu schwanken. Zunächst bejaht sie nämlich die Zusammenrechnung und anschließende Zurechnung unter der Voraussetzung, dass «ein effektiver Wissens-

<sup>973</sup> WALTERMANN AcP 209.

<sup>974</sup> WALTERMANN AcP 213.

<sup>975</sup> WALTERMANN AcP 214.

<sup>976</sup> CANARIS Bankvertragsrecht N 800 mit der für die hier vertretene dogmatische Abstützung der Wissenszurechnung auf einer Wissensorganisationsobliegenheit wichtigen Bemerkung, es sei dem «Unternehmen zu überlassen, ob und wie es eine entsprechende Informationsverteilung gewährleistet». CANARIS loc. cit.

<sup>977</sup> CANARIS Bankvertragsrecht N 106 (Kursivdruck im Original).

austausch unter den einzelnen Trägern stattfinden [muss], es sei denn, dieser unterbleibe absichtlich oder wegen ungenügender Betriebsorganisation»<sup>978</sup>. Gleich anschliessend fordert sie für eine Wissensaddition und -zurechnung jedoch «[i]n der Tat ..., dass ... verschiedene Teilwissen ... *effektiv insgesamt bei einem Organmitglied zusammenkomm[en]*»<sup>979</sup>. Konsequenter funktional argumentiert dagegen SIEGER, der zwar grundsätzlich auch nur das Wissen zurechnet, welches insgesamt bei einem «einzigem Wissensträger» vorhanden ist, jedoch eine Einschränkung für die Fälle anbringt, «bei denen die getrennten Teilwissen sich nur wegen betrieblicher Organisationsmängel nicht zu einem rechtlich relevanten (Gesamt-)Wissen bei einem Organträger kumulieren konnten».<sup>980</sup>

Steht man, wie hier vertreten, auf dem Boden einer funktionalen, formale Begründungen ablehnenden Wissenszurechnungstheorie, sind zunächst Ansätze (wie etwa derjenige von BUCK), die für die Wissenszusammenrechnung nach der Rechtsnatur der Wissensträger unterscheiden und so zu sehr restriktiven Ergebnissen gelangen, abzulehnen<sup>981</sup>. Auch der von der deutschen Judikatur vertretenen Ansicht, dass Wissens Elemente zusammenzurechnen sind, wenn sie einen einheitlichen Vorgang betreffen, kann nicht gefolgt werden. Eine zu restriktiv wirkende Zusammenrechnung von Teilwissen wäre die Folge. Dies würde die juristische Person gegenüber natürlichen Personen privilegieren, welchen auch Teilwissen zugerechnet wird, das nicht bloss einen einheitlichen Sachverhalt betrifft<sup>982</sup>. Zudem erlangt die juristische Person – Vorteils-/

<sup>978</sup> KISS-PETER 299 in Anlehnung an SIEGER 66, der Wissensaufspaltung durch Zusammenrechnung von Teilwissen korrigiert, wenn sie auf «ungenügende Organisation» zurückzuführen ist, SIEGER loc. cit.

<sup>979</sup> KISS-PETER 299 (Kursivdruck im Original).

<sup>980</sup> SIEGER 66, welchen Mangel zu vertreten er der juristischen Person zuweist. Eine ähnliche Auffassung wird von REICHWEIN 7 vertreten, der eine Wissenszusammenrechnung allerdings nicht nur bei verletzten «Geschäftsführungs- oder Überwachungspflichten» bejaht (REICHWEIN 8 i. V. m. 7 rechte Spalte), sondern auch «wenn die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben ... es gebieten». (REICHWEIN 8 Ziff. 5 i. V. m. Ziff. 1.c).

<sup>981</sup> Dass auch BUCK für die Beurteilung der Wissenszurechnung allgemein auf organisatorische Aspekte abstellt, wurde vorne S. 81 ff. ausgeführt.

<sup>982</sup> Vorne S. 117 ff.

Nachteilstragungsprinzip! – aufgrund der Zusammenfügung von Teilwissen auch Vorteile – nur so können Synergieeffekte entstehen<sup>983</sup>. Dieses Argument berührt sich mit der These HEIDRICHS, wonach das Wollen der Wissensaddition zu einer Zusammenrechnung von Teilwissen führt.<sup>984</sup> Umgekehrt darf die Addition von Teilwissen nicht den Effekt haben, dass die juristische Person im Vergleich zur Wissensbestimmung bei natürlichen Personen in Verletzung des Gleichheitsprinzips übermässig mit kumuliertem Wissen belastet wird<sup>985</sup>. Auch für die Wissensaddition gilt es demnach, den Mittelweg zwischen einer grenzenlosen Kumulation (die übermässige, nicht effiziente Organisationsanstrengungen zur Folge hätte) und einer zu restriktiven Zusammenrechnung (die Teilwissen nur addiert, wenn die Informationselemente ohne Aufwand zusammengefügt werden können) zu finden. Dafür bietet sich, wie für die Zurechnung von Wissen, das Leitmotiv der ordentlichen Wissensorganisation an. Indizien für die Richtigkeit dieser Auffassung sind die Lösungsansätze von CANARIS, SIEGER und z. T. KISS-PETER, welche trotz ihrer grossen Bandbreite, in der sie die Zusammenrechnung bejahen oder ablehnen,<sup>986</sup> wie gesehen alle Überlegungen enthalten, die dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation zugeordnet werden können.<sup>987</sup>

Damit drängt sich auch die Verwertung der vorne zur Konkretisierung der Informationsorganisationsobliegenheit erarbeiteten Topoi auf, sind doch, wie gesehen, sowohl die Wissenszurechnung als auch die Wissensaddition Fragen der (ordnungsgemässen) Wissensorganisation bei einer juristischen Person. Allerdings sind die

<sup>983</sup> Beispiel: Im Firmenkundengeschäft erkennt die Bank einen Beratungsbedarf des Unternehmers im Bereich der Vermögensverwaltung – sie wird die entsprechenden Informationen möglicherweise an das Private Banking weiterleiten. Zur Frage der Zulässigkeit solcher Informationsflüsse und insbes. derjenigen, ob dem ein internes Bankgeheimnis entgegensteht, siehe hinten S. 332.

<sup>984</sup> HEIDRICH 118, 136.

<sup>985</sup> Vgl. zu diesem Aspekt des Gleichheitsprinzips speziell auf die Wissenszusammenrechnung bezogen vorne S. 117 ff.

<sup>986</sup> Man vergleiche CANARIS' Auffassung, die bewusst eine sehr weitgehende Zusammenrechnung will, mit der sehr zurückhaltenden Meinung von KISS-PETER, vgl. dazu vorne S. 72 f.

<sup>987</sup> Auf die singuläre Ansicht HEIDRICHS wird auf S. 215 kurz eingegangen.

vorne entwickelten Topoi wahrscheinliche Bedeutung, Funktion und Beherrschbarkeit sowie gegebenenfalls Vertrauen auf das einzelne Teilwissen zu beziehen. Teilwissen sind mithin zusammenzufügen, wenn deren wahrscheinliche Bedeutung, die Funktion der Teilwissensträger sowie die Möglichkeit zu deren Zusammenfügung dafür sprechen. Bei rechtsgeschäftlichen Kontakten können dabei – aufgrund erweckten Vertrauens in den Standard der Informationsorganisation – erhöhte oder abgeschwächte Anforderungen an die Teilwissenszusammenfügung resultieren. So gelangt man nicht nur zu einer allgemein anwendbaren, sondern auch im Einklang mit den Kontrollprinzipien «Gleichheitsargument» und «Effizienz» stehenden Lösung<sup>988</sup>. Ist die Wissensaddition erfolgt, ist damit de facto gleichzeitig auch über die Wissenszurechnung entschieden, da im Falle eines Bejahens der drei bzw. vier Topoi für Teilwissen diese auch für die Zurechnung des aus der Addition resultierenden Gesamtwissens gegeben sind.

Auch nach dieser Lösung wird es oft so sein, dass bei einem an sich einheitlichen Vorgang, der auf mehrere Bearbeiter aufgeteilt ist, von einer ordnungsgemässen Organisation eher verlangt werden kann, dass die Teilinformationsträger die wahrscheinliche Bedeutung der Teilinformation für den Gesamtvorgang oder einen mit diesem eng zusammenhängenden Vorgang erkennen. In diesem Sinne sind die von der deutschen Judikatur genannten und hier kritisierten Tatbestandselemente<sup>989</sup> zwar nicht Voraussetzungen der Zusammenrechnung von Teilwissen. Hingegen sind sie durchaus typisch für Fallkonstellationen, in denen auch die hier erarbeiteten Zurechnungsprinzipien für eine Wissenszusammenrechnung sprechen.

<sup>988</sup> Auch eine natürliche Person muss, bevor sie rechtlich relevantes Gesamtwissen erlangt, einzelne Informationen zusammenfügen, was nur dann gelingt, wenn die Teilinformationen selbst auf eine mögliche Bedeutung in einem grösseren Zusammenhang hinweisen (Gleichheitsprinzip); gegen das Effizienzprinzip würde verstossen, wie CANARIS vorschlägt, eine umfassende Wissenszusammenrechnung zu stipulieren, da dadurch juristische Personen zur Sammlung einer grossen Menge irrelevanter (Teil-)Informationen gezwungen würden.

<sup>989</sup> Dazu vorne S. 217 f.

Im Bereich der Wissenszusammenrechnung ist, was etwa die Ausführungen von WALTERMANN belegen, die Unterscheidung zwischen positivem, aktuellem Wissen und «Wissenmüssen» problematisch.<sup>990</sup> Während bei der gewöhnlichen Wissenszurechnung für die Anwendung der Wissensnormen nach hier vertretener Auffassung auf die Wissensform des Wissensträgers (aktuelle Kenntnis oder bloss Wissenmüssen) abgestellt wird, die dann der juristischen Person als Wissensnormadressatin zugerechnet wird, kann diese Zurechnung bei der Wissenszusammenrechnung naturgemäss nicht direkt erfolgen. Denn beim – für die Anwendung der Wissensnorm auf die juristische Person allein entscheidenden – Gesamtwissen liegt nie aktuelle Kenntnis bei einem Wissensträger vor<sup>991</sup>. Hier bleibt, will man nicht arbeitsteilig organisierte Unternehmen beim aufgeteilten Wissen dahin gehend privilegieren, von den mit positiver Kenntnis verbundenen Rechtsfolgen generell entbunden zu sein,<sup>992</sup> nur eine sachgerechte Lösung im Rahmen der ordnungsgemässen Organisation<sup>993</sup>: Aktuelle Gesamtkennntnis setzt aktuelles Teilwissen bei sämtlichen Teilwissensträgern voraus; anschliessend erfolgt die Wissensaddition im Rahmen einer Zurechnung. Wenn die vorne genannten Wissenszurechnungskriterien für eine Zusammenrechnung sprechen, werden die Teilinformationen zum Gesamtwissen addiert und anschliessend erfolgt die Zurechnung positiver Gesamtkennntnis auf die juristische Person.

Nicht gefolgt werden kann WALTERMANN, wenn er ausführt, beim Wissenmüssen stelle sich die Frage der Wissenszusammenrechnung gar nicht, da es diesfalls – so letztlich sein Argument – um

<sup>990</sup> WALTERMANN AcP 209. Dies erkennend auch BUCK 357: «Eine «Fortwirkung» von «gespaltenem» Wissen stösst auf Bedenken, wenn die Wissensnorm positive Kenntnis fordert. Denn in solchen Fällen schadet, anders als beim Wissenmüssen, von Gesetzes wegen blosser Unsorgfältigkeit nicht.» Vgl. auch CANARIS Bankvertragsrecht N 800.

<sup>991</sup> Und auch nicht Wissenmüssen, andernfalls es sich nicht mehr um eine Frage der Wissenszusammenrechnung, sondern um eine blosser Frage der Wissenszurechnung handelt.

<sup>992</sup> Vor dieser Gefahr warnt auch CANARIS Bankvertragsrecht N 800.

<sup>993</sup> Auch BUCK 372 glaubt, dass eine Lösung unter Abstellen auf Organisationsgesichtspunkte möglich und eine gesetzliche Neuregelung der Frage nicht erforderlich ist.

die Sorgfalt des Geschäftsherrn bei der Wissensbeschaffung gehe<sup>994</sup>. Ob Wissenmüssen vorliegt, bestimmt sich nach dem Teilwissenmüssen des Teilwissensträgers, nicht nach einem auf die juristische Person anwendbaren Sorgfalts- oder Fahrlässigkeitsmassstab; die Addition der einzelnen Elemente des Wissenmüssens auf die juristische Person bedarf hier wie bei der Wissensform der aktuellen Kenntnis der organisatorischen Anstrengung im Rahmen der Wissensorganisationsobliegenheiten.

*Fazit zur Wissenszusammenrechnung:* Die durch Aufgabenteilung bewirkte Unkenntnis der einzelnen (Teil-)Wissensträger von den Gesamtumständen wird durch eine Zusammenfügung des gespaltenen Wissens nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation mit den vorne beschriebenen Kriterien kompensiert.<sup>995</sup> Rechtspolitisch lässt sich diese Lösung auf das vorne erörterte Gleichheitsprinzip abstützen, so explizit der vorne besprochene Entscheid des Bundesgerichts vom 6.9.2000<sup>996</sup>. Denn das Unterlassen einer Wissenszusammenrechnung würde zur Privilegierung (grosser) arbeitsteiliger Organisationen, welche bei hoher Spezialisierung der einzelnen Wissensträger eher anfällig auf Wissensaufspaltung sind, führen.<sup>997</sup> Eine voraussetzungslose Wissensaddition würde die juristische Person umgekehrt benachteiligen. Auf die bei ordnungsgemässer Organisation für die Wissensaddition geforderte Anstrengung abzustellen steht ebenfalls in Einklang mit dem Gleichheits- und dem Effizienzprinzip. Schliesslich lässt sich die Wissensaddition, da auch sie eine Frage der Wissensorganisation ist, dogmatisch wie die Zurechnung ebenfalls mit der Informationsobliegenheit begründen und mit den für die Wissenszurechnung erarbeiteten Kriterien näher konkretisieren.

<sup>994</sup> Vgl. dazu vorne S. 220.

<sup>995</sup> BUCK 340f. und 351, m.w.N.

<sup>996</sup> Vorne S. 56.

<sup>997</sup> So etwa BUCK 326.

#### 4. Anwendbarkeit der Kriterien auch ausserhalb rechtsgeschäftlicher Kontakte?

Ist das hier entwickelte Modell zur Bestimmung des Wissens juristischer Personen auch auf Wissenszurechnungsfälle ausserhalb rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Kontakte anwendbar? Obwohl vorne<sup>998</sup> keine Einschränkung auf diese Fälle erfolgte, ist die Fragestellung insofern berechtigt, als im Schrifttum – oft analog zur Unterscheidung zwischen der vertraglichen Erfüllungsgehilfen- und der deliktischen Hilfspersonenhaftung – für die Wissenszurechnung zwischen dem rechtsgeschäftlichen und dem ausserrechtsgeschäftlichen Bereich differenziert wird.<sup>999</sup> Ausserhalb rechtsgeschäftlicher Beziehungen ergeben sich Wissenszurechnungsprobleme etwa bei deliktischen (relativen) Verjährungsfristen<sup>1000</sup> sowie im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung<sup>1001</sup>.

Mit GRUNEWALD ist grundsätzlich zunächst festzuhalten, dass es auch hier «nur» auf die «ordnungsgemässe[] Organisation der juristischen Person» ankommt,<sup>1002</sup> sich die Zurechnung also gleich

<sup>998</sup> Bei der Erarbeitung der dogmatischen Grundlage sowie der zur Bestimmung der Wissenszurechnung relevanten Kriterien.

<sup>999</sup> Vgl. etwa BUCK 158 ff. («Analoge Anwendung von § 166 BGB im rechtsgeschäftlichen Bereich») und BUCK 183 ff. («Die Zurechnung von Hilfspersonenwissen im nichtrechtsgeschäftlichen Bereich»). BAUM 274 f. verwendet den rechtsgeschäftlichen Kontakt als eines von insgesamt 7 Kriterien zur «Handlungsunabhängige[n] Zurechnung des Wissens einer Hilfsperson» (BAUM 267 ff.). In vertraglichen oder vorvertraglichen Verhältnissen werden damit erhöhte Anforderungen an die Pflicht, «Wissen verfügbar zu machen», gestellt (BAUM 273). Naturgemäss zwischen deliktischen und vertraglichen Verhältnissen unterscheiden Zurechnungstheorien, welche die Wissenszurechnung stets bezogen auf die einzelnen Wissensnormen betrachten und deshalb entsprechend diesen klassischen Kategorien differenzieren, so etwa GOLDSCHMIDT, insbes. 270 f., und SCHILKEN.

<sup>1000</sup> Verjährungsfristen mithin, welche wie Art. 60 Abs. 1 1. Halbsatz OR oder § 852 Abs. 1 1. Halbsatz BGB mit «Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen» (Art. 60 Abs. 1 1. Halbsatz OR) zu laufen beginnen.

<sup>1001</sup> Bei der Frage, ob eine freiwillig bezahlte Nichtschuld zurückgefordert werden kann, was einen Irrtum über die Schuldpflicht voraussetzt, Art. 63 Abs. 1 OR, sowie bei der Beurteilung von Rückerstattungspflicht und -umfang, Art. 64 und Art. 65 Abs. 1 OR. Siehe auch die entsprechenden Normen im deutschen Recht, § 814 bzw. § 819 BGB.

<sup>1002</sup> GRUNEWALD 317.

bestimmt wie im rechtsgeschäftlichen Bereich. Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb eine juristische Person hinsichtlich etwa der Verjährung ihrer Ansprüche aus unerlaubten Handlungen im Vergleich zu einer natürlichen Person bevorzugt bzw. die Schädiger von juristischen Personen durch eine grosse Unsicherheit über den Ablauf der Verjährungsfrist und damit die Frage des Bestands einer Schuld benachteiligt sein sollen.<sup>1003</sup> Das Gleichheitsprinzip und Effizienzüberlegungen sprechen deshalb auch hier dafür, die vorne erarbeiteten Kriterien<sup>1004</sup> für die Wissenszurechnung heranzuziehen. Umgekehrt versteht sich von selbst, dass z. B. der Schädiger (der argumentiert, die Verjährungsfrist habe bereits so früh zu laufen begonnen, dass die Verjährung nun eingetreten sei) nicht geltend machen kann, er habe auf eine den typischen Standard übersteigenden Wissensorganisationsgrad der von ihm im Rahmen einer unerlaubten Handlung geschädigten juristischen Person vertraut. Denn ausserhalb rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Kontakte kann kein im Rechtssinne schützenswertes Vertrauen in ein die objektiven Anforderungen an eine Wissensorganisation übersteigendes Informationsmanagement entstehen. Das Element «Vertrauenstatbestand – Erwarteter Kommunikationsablauf» gelangt in solchen Verhältnissen neben den drei objektiven Kriterien<sup>1005</sup> nicht zur Anwendung. Genauer: Der Topos Vertrauen ist bezogen auf das sich aus dem Zusammenspiel der anderen drei Kriterien ergebende Ergebnis «neutral», modifiziert also die nach diesen bestimmte Wissenszurechnung nicht.

Auch in dogmatischer Sicht ergibt sich keine Notwendigkeit, zwischen Wissenszurechnung innerhalb und ausserhalb rechtsgeschäftlicher Verhältnisse zu differenzieren. Denn die vorne postulierte positiv-rechtliche Abstützung der Wissensorganisations-«Pflichten» in einer auf Treu und Glauben fussenden Wissensorga-

<sup>1003</sup> So auch GRUNEWALD 317.

<sup>1004</sup> Vorne S. 183 ff.

<sup>1005</sup> Wahrscheinliche Bedeutung, Funktion des Wissensträgers, Beherrschbarkeit, siehe vorne S. 183 ff.

nisationsobliegenheit<sup>1006</sup> setzt nicht das Bestehen rechtsgeschäftlicher Kontakte zwischen den Parteien voraus.<sup>1007</sup>

#### IV. Zusammenfassung

Das hier vorgeschlagene Modell zur Bestimmung der Wissenszurechnung – gleichzeitig die Konkretisierung der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation darstellend – ist ein offenes, bewegliches Kriteriensystem. Offen deshalb, da die erarbeiteten Zurechnungskriterien bloss – aber immerhin – eine Auswahl der wohl relevantesten Umstände, die es bei der Bestimmung des Wissens juristischer Personen zu beachten gilt, darstellen. Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dass zusätzlich zu diesen Kriterien in besonders gelagerten Einzelfällen auch einmal weitere Elemente bei der Beurteilung zu berücksichtigen sein werden. Das Kriteriensystem ist ein bewegliches im Sinne von WILBURG insofern, als «die Schwäche des einen Kriteriums ... durch die besonders starke Ausprägung eines anderen» ausgeglichen werden kann.<sup>1008</sup>

Die in § 4 erarbeiteten Kriterien ergeben sich aus einer Analyse vorab der Judikatur, sodann aus Einsichten, die aus der Literatur gewonnen wurden, und in besonderem Masse auch aufgrund der Erkenntnisse und Ausführungen in § 2 über die zu beachtenden Grundwertungen der Privatrechtsordnung, insbesondere dem Gleichheitsprinzip, z. T. Effizienzüberlegungen sowie Rechtssicher-

<sup>1006</sup> Vorne wurde darauf hingewiesen, dass sich in rechtsgeschäftlichen oder -geschäftähnlichen Beziehungen auch das Bestehen eigentlicher Wissensorganisationspflichten vertreten lässt bzw. sich die Bejahung solcher Pflichten in bestimmten Fallkonstellationen sogar aufdrängt, so etwa, wenn der Kontrahent ein eigentliches Interesse am Bestehen eines bestimmten Wissensorganisationsmanagements hat. Es wurde auch dargelegt, dass Information auch Gegenstand der Leistungspflicht sein kann; eine solche Informationspflicht besteht unabhängig davon wie der Verpflichtete sich intern organisiert. Entscheidend ist diesfalls allein, dass die Informationspflicht so erfüllt wird, wie sie von einem durchschnittlichen Schuldner auf dem fraglichen Gebiet bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt erfüllt würde (typisches Beispiel: Anlageberatung).

<sup>1007</sup> Vorne S. 165 ff.

<sup>1008</sup> BYDLINSKI Methodenlehre 536.

heits- und Vertrauensschutzgedanken. Festgestellte Kriterien sind: (1.) «Wahrscheinliche Bedeutung der Information», verstanden als erkennbare Wichtigkeit von möglicher rechtlicher Relevanz. Wenn der Umstand erst zu einem späteren Zeitpunkt eine rechtliche Bedeutung erlangte, ist im Sinne eines Ex-ante-Entscheids zu beurteilen, mit welcher Wahrscheinlichkeit er nach damaliger Auffassung später rechtlich relevant werden konnte. (2.) «Funktion des Informationsträgers», womit der Aufgabenbereich, in dem die wissende oder wissenmüssende Person tätig wird, gemeint ist bzw., im Falle von «technischen» Wissensträgern, der Zweck, für den diese eingesetzt werden. Das Kriterium Funktion spricht dann für eine Wissenszurechnung, wenn aufgrund des Aufgabenbereichs bzw. des Einsatzzwecks des Informationsträgers davon ausgegangen werden kann, dass die fragliche Information (die eine Kenntnis oder blosses Kennenmüssen sein kann) vom Funktionsträger erfasst, gespeichert bzw. weitergeleitet oder abgefragt wird. (3.) «Steuerbarkeit des Informationsflusses», welche in die drei Komponenten technische, ökonomische sowie rechtliche Beherrschbarkeit aufgliedert werden kann. (4.) In rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftähnlichen Beziehungen kann schliesslich das Kriterium «Vertrauenstatbestand – Erwarteter Kommunikationsablauf» – im Zusammenspiel mit den anderen Kriterien – über die Wissenszurechnung entscheiden. Damit sollen *berechtigte* (!) Erwartungen, wonach die Informationsorganisation nicht allein nach objektiven Gesichtspunkten, sondern im Vergleich zum Üblichen nach erhöhten oder tieferen Standards ausgestaltet sei, geschützt werden.

Am Beispiel der Spezialprobleme privates Wissen, Kenntnis ausgetretener Personen sowie der Wissensaufspaltung wurde gezeigt, dass die erarbeiteten Zurechnungskriterien auch heikle Probleme der Wissenszurechnung (inklusive der Wissenszusammenrechnung) zu lösen vermögen. Dies gilt auch für Fragen der Wissenszurechnung, die sich ausserhalb rechtsgeschäftlicher Kontakte stellen.<sup>1009</sup>

<sup>1009</sup> Dazu S. 222 f.

## § 5 Zusammenfassung der Ergebnisse des 3. Kapitels

Die Frage, was eine juristische Person weiss oder wissen müsste, ist vom Gesetz (mit Ausnahme vorne dargestellter punktueller Bestimmungen) nicht geregelt. Da die Bestimmbarkeit des Wissens juristischer Personen aber Voraussetzung für die Operabilität der zahlreichen Wissensnormen ist, liegt eine (offene) Gesetzeslücke (im engeren Sinne) vor: Denn nach der den Wissensnormen «zugrunde liegenden Regelungsabsicht [bedarf die Frage] einer Regelung»<sup>1010</sup>.

Eine Lückenfüllung lässt sich sachgerecht nicht mittels der Organtheorie oder anderen formalen Ansätzen vornehmen. Auch ist es nicht möglich, mittels Analogieschlüssen von anderen Zurechnungsnormen Wissenszurechnungsfragen zu beantworten. Vielmehr muss zur Lückenfüllung auf wichtige im Privatrecht angelegte Prinzipien wie Gleichheits-, Effizienz- und Vertrauensprinzip zurückgegriffen werden.<sup>1011</sup> Daraus und aus der «Orientierung an der Natur der Sache»<sup>1012</sup> ergibt sich, dass die Wissenszurechnung nach funktionalen Ansätzen zu bestimmen ist. Die daraus und aus Judikatur und Literatur gewonnenen Erkenntnisse zeigen, dass ein zu entwickelndes Modell zur Bestimmung der Wissenszurechnung sinnvollerweise einem hier «Leitmotiv der ordnungsgemässen Wissensorganisation» genannten Gedanken folgend ausgestaltet wird.<sup>1013</sup>

Zu seiner Anwendung bedarf das Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation natürlich der näheren Konkretisierung.<sup>1014</sup> Aufschlüsse für diese Konkretisierung ergaben sich einerseits aus

<sup>1010</sup> LARENZ/CANARIS 193. Vgl. auch die dort zitierte einfache und klare Definition von BURCKHARDT 260: «Als Lücke des Gesetzes bezeichnet man es, wenn das Gesetz auf eine Frage, die zur Anwendung des Gesetzes notwendig beantwortet werden muss, keine Antwort gibt.»

<sup>1011</sup> Vorne § 2.

<sup>1012</sup> LARENZ/CANARIS 203. Darauf wurde vorne S.126ff. abgestellt, als untersucht wurde, wann eine natürliche Person etwas wisse.

<sup>1013</sup> Vorne § 3.

<sup>1014</sup> Vorne § 4.

der Analyse der von der Rechtsprechung für die Beantwortung von Wissenszurechnungsfragen herangezogenen Wertungen. Andererseits wurden die nachfolgenden Kriterien auch aus den in § 2 untersuchten grundlegenden Prinzipien der Privatrechtsordnung abgeleitet. Diese vorgefundenen Kriterien sind die wahrscheinliche Bedeutung der Information, die Funktion des aktuellen Wissensträgers, die technische, finanzielle und rechtliche Beherrschbarkeit der Informationsorganisation und, in rechtsgeschäftlichen Beziehungen, zusätzlich der Vertrauensstatbestand. Diese Kriterien sind jedoch nicht als abgeschlossene Zahl von Tatbestandselementen der Wissenszurechnung zu verstehen, sondern als die Beurteilung des Wissens einer juristischen Person im Einzelfall erlaubende Topoi eines *offenen*, beweglichen Systems. Dies bedeutet, dass zu diesen Topoi je nach den Umständen im Einzelfall auch einmal weitere hinzutreten können.

Mit dem Ansatz der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation und den erarbeiteten Kriterien lassen sich auch Spezialprobleme wie die Beurteilung privaten Wissens, des Wissens von ausgetretenen Personen oder die Fälle aufgespaltenen Wissens einer konsistenten und auch rechtspolitisch befriedigenden Lösung zuführen.<sup>1015</sup> Dies gilt nicht nur für Fragen der Wissenszurechnung in rechtsgeschäftlichen Verhältnissen, sondern auch ausserhalb solcher.<sup>1016</sup>

Ohne dieser Frage eine ihr nicht zukommende Bedeutung beizumessen, lässt sich die Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation dogmatisch sachgerecht auf eine *auf Treu und Glauben abgestützte Obliegenheit der juristischen Person zur ordnungsgemässen Informationsorganisation* abstützen.<sup>1017</sup>

<sup>1015</sup> Vorne S.206ff.

<sup>1016</sup> Vorne S.222f.

<sup>1017</sup> Vorne S.165ff.

## 4. Kapitel

### Wissenszurechnung im Konzern

#### § 1 Vom späten Erkennen eines Problems – Wissenszurechnung über die Grenze der juristischen Person hinweg?

Zur Frage, ob sich die Wissenszurechnung nicht auch über die Grenzen der juristischen Person hinausgehend auf einen Konzern erstrecken könnte,<sup>1018</sup> gibt es nur wenige Stellungnahmen. Dies ist in Anbetracht der grossen Verbreitung konzernierter Unternehmen<sup>1019</sup> erstaunlich. Von den *schweizerischen Autoren*, die sich eingehender mit der Wissenszurechnung befassen, äussert sich nur WATTER zur Wissenszurechnung im Konzern<sup>1020</sup>. Auch die konzernrechtliche Literatur in der Schweiz erkennt die Frage selten als

<sup>1018</sup> Es geht hier nicht um Fälle, wo eine Wissenszurechnung erfolgt, weil eine juristische Person eine unverbundene Drittperson als Hilfsperson bezieht. Diese Fälle sind vorne S. 39 ff. behandelt.

<sup>1019</sup> DRUEY *Company Groups in Swiss Law, Groups of Companies in European Laws: Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*, Vol. II, Berlin/New York 1992, schätzt, dass ca. 70 % aller in der Schweiz inkorporierten Aktiengesellschaften konzerniert sind. Vgl. weitere Hinweise auf Quellen mit quantitativen Angaben zur Konzernverbreitung bei VON BÜREN *Konzern* 1 Fn. 5.

<sup>1020</sup> WATTER *Wissen und Willen* 133, der sich zwar nicht im Einzelnen zu deren Ausgestaltung äussert, aber sie dezidiert propagiert: «Endlich wird auch zu fordern sein, dass eine blosser Aufteilung von Aufgaben auf verschiedene juristische Personen keine wesentliche Änderung des Ergebnisses bewirken sollte: ob eine Grossbank also ein Filialnetz oder ein Netz von Tochtergesellschaften unterhält, sollte für die Wissenszurechnung keine Rolle spielen.» Diese Behauptung stellt für die Wissenszurechnung einen grossen Schritt dar, den es fundiert zu begründen gilt. Ausführlicher zur Wissenszurechnung im Konzern nun aber die St. Galler Dissertation von MARGIOTTA u. a. über das bankinterne Bankgeheimnis, der eine konzerninterne Wissenszurechnung unter Hinweis auf Verkehrs- und Vertrauensschutzüberlegungen bejaht, wenn «die einzelnen Konzerngesellschaften lediglich als Teile einer arbeitsteiligen Organisation [erscheinen]», MARGIOTTA 272. Vgl. auch die knappe Stellungnahme von MAURENBRECHER 1330 Fn. 26, der eine Wissenszurechnung im Konzern unter Hinweis auf die rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften kategorisch ausschliesst.

Problem, und geht auch dann nicht im Einzelnen darauf ein.<sup>1021</sup> Dasselbe Bild präsentiert sich in der *schweizerischen Judikatur*: Es gibt soweit ersichtlich keine kantonalen und nur *ein* höchstrichterliches Urteil zur Frage der Wissenszurechnung im Konzern<sup>1022</sup>. Es

<sup>1021</sup> So BÖCKLI Schweizer Aktienrecht 580 (N 1182 und Fn.32), der die Wissenszurechnung bloss als ein Beispiel des umgekehrten Durchgriffs kurz erwähnt; er stützt diesen und damit die Wissenszurechnung auf das Rechtsmissbrauchsverbot. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY 662 (§ 59 N 47) geht m. E. unter unzutreffender Bezugnahme auf den Swissair-Entscheid (BGE 120 II 331 E. 3.b und 5.b) ebenfalls kurz auf die Wissenszurechnung ein. Anders als BÖCKLI op. cit. erblickt GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY a. a. O. in ihr gerade nicht eine «Ahndung eines Rechtsmissbrauchs», wie dies etwa die dem Durchgriff zugrunde liegende Überlegung ist. «Vielmehr erscheint der blosse Umstand der *engen und dauernden* Verbindung als solcher geeignet, die Konzerngesellschaften unter bestimmten Aspekten als rechtliche Einheit zu behandeln.», GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY loc. cit. (Kursivdruck eingefügt.) HANDSCHIN Konzern 272 ff., konzentriert sich bei seinen Ausführungen über das Wissen im Konzern auf die Frage, ob Informationen, die in einer Gesellschaft anfallen, an andere weitergegeben werden dürfen. Der Unterabschnitt «Das Wissen der Konzerngesellschaften und das Wissen des Konzerns» (HANDSCHIN op. cit. 272 f.) geht zwar auf die Frage ein, unter welchen Umständen in einer Gesellschaft empfangene Informationen auch einem anderen Konzernunternehmen «zugegangen» sind, nämlich, so HANDSCHIN op. cit. 272 f., wenn durch die die Informationen empfangende Person mehrere Konzerngesellschaften «vertreten» werden oder wenn die «Konzerngesellschaft selber ... als Erfüllungsgehilfe oder als Hilfsperson des Mutterunternehmens» handelt, was an sich keine originär konzernspezifische Problematik ist. Auch hier konzentriert sich HANDSCHIN op. cit. 273 jedoch auf die Frage der Zulässigkeit der Weitergabe von Informationen. DRUEY/VOGEL geht an zwei Stellen eher kurz auf die Wissenszurechnung ein: Zum einen beim Timberlease-Entscheid (BGE 112 II 503, PRA 1987 [76] Nr. 119), welche bezüglich der ausnahmsweisen Nichtzurechnung des Wissens des Vertreters auf den Vertretenen als Beispiel eines «negativen Zurechnungsdurchgriff[s] bezeichnet werden (DRUEY/VOGEL 74). Zum andern beim Entscheid «Untergeschobene Aktien» (ZR 1978 [77] Nr. 44), anhand dessen Erwägungen sie die «beidseitige Wissenszurechnung für konzerninterne Verhältnisse ohne weiteres» bejahen für den Fall, dass eine Konzerngesellschaft die andere vertritt, obwohl eine Doppelvertretung (der einzige VR der Tochter war zugleich VR-Mitglied der Mutter, welche mit der Tochter einen für diesen unvorteilhaften Aktienverkauf abgeschlossen hatte) vorlag (DRUEY/VOGEL 177). Auch hier liegt jedoch nicht ein originär konzernrechtliches Zurechnungsproblem vor, sondern eine stellvertretungsrechtliche Zurechnungsfrage, vgl. dazu ausführlich vorne S. 9 ff.

<sup>1022</sup> Jedenfalls der publizierte Teil des Swissair-Entscheids, BGE 120 II 331 ff., äussert sich, entgegen der Hinweise von GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, 662 (§ 59 N 47) sowie MARGIOTTA 271, Fn.421, nicht zur Frage der Wissenszurechnung.

handelt sich dabei um das im versicherungsrechtlichen Teil besprochene Bger.-Urteil<sup>1023</sup>, wo die Kenntnis über Informationen von einer Vorerkrankung eines Versicherungsnehmers in einer die Grenzen der Rechtspersönlichkeit der einzelnen Konzerngesellschaften übergreifenden Weise dem Versicherungskonzern zugerechnet worden war.

Nicht wesentlich anders präsentiert sich das Bild in *Deutschland*. So gibt es dort, trotz des beachtlichen Umfangs an *Literatur* zur Wissenszurechnung<sup>1024</sup>, nur gerade eine Monographie<sup>1025</sup> und zwei Aufsätze<sup>1026</sup>, die sich mit der Wissenszurechnung im Konzern befassen. Abgesehen davon finden sich ebenfalls nur sehr wenige Autoren, die sich zur Frage äussern würden<sup>1027</sup>, dies in aller Regel

Denn wie aus dessen Erw. 3.b) hervorgeht, stellte die Beklagte Swissair Beteiligungen AG «nicht in Abrede, dass die IGR [Swissair-Tochtergesellschaft] Briefpapier und Werbeunterlagen im Einverständnis mit ihr [der Beklagten] gestaltet hat». Mithin hat hier die Konzernmutter gerade aktuelles Wissen betreffend die dann ihre Haftung auslösenden Erklärungen der IGR gehabt. Folglich bedurfte es keiner rechtlichen Zurechnung des Wissens. Entsprechend sagt auch das Bundesgericht in BGE 120 II 335 Erw. 3.b bloss (und damit korrekt), dass der Konzernmutter die in den Werbeunterlagen «enthaltenen Erklärungen» zuzurechnen sind, und nicht, dass ihr das Wissen um dieselben zuzurechnen wäre. Der BBC-Entscheid (BGE 109 II 338 ff.) äussert sich, soweit anhand des publizierten Urteilstextes ersichtlich, ebenfalls nicht zur Wissenszurechnung im Konzern, da das relevante Wissen innerhalb derselben juristischen Person vorlag, für deren Unterlassung es relevant war, vgl. dazu vorne S. 47 ff. Eine die Grenze der juristischen Person überschreitende Wissenszurechnung findet sich dagegen, wie bereits erwähnt, in der versicherungsrechtlichen Judikatur (vgl. dazu vorne S. 98 ff.).

<sup>1023</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001, siehe zum Sachverhalt ausführlich vorne S. 56 f.

<sup>1024</sup> Siehe dazu vorne S. 3.

<sup>1025</sup> SCHÜLER.

<sup>1026</sup> DREXL Wissenszurechnung im Konzern; BORK Zurechnung im Konzern.

<sup>1027</sup> Etwa RÖMMER-COLLMANN 201 ff. Bei den neuen, umfassenden Monographien zur Wissenszurechnung präsentiert sich die Situation wie folgt: bei BAUM 30 Fn.17 bleibt es bei einer kurzen Erwähnung der Wissenszurechnung im Konzern als Sonderproblem, wobei er jedoch die von ihm entwickelten Zurechnungsregeln auf diesen angewendet wissen will, dies mit der knappen Begründung, dass der Konzern eine arbeitsteilige Struktur sei, wobei die Regeln um «[M]öglicherweise» aufgrund der Konzernierung notwendige Modifikationen korrigiert werden müssen. GOLDSCHMIDT befasst sich ebenfalls nicht mit der Wissenszurechnung im Konzern. HGB-HOPT (7) BankGesch A/16 wirft die Problematik der Zurechnung im Konzern kurz auf, hält dann aber ohne nähere Begründung dafür, diese

sehr knapp<sup>1028</sup>. Die deutsche Rechtsprechung hat sich mit der Frage der Wissenszurechnung im Konzern nur in Ansätzen und vereinzelt befasst, nämlich im bekannten<sup>1029</sup> «Knie-Operationsfall»<sup>1030</sup>, wo sich das Problem stellte, ob sich eine Versicherungsgesellschaft das Wissen über eine Vorerkrankung des Versicherungsnehmers einer mit ihr im Konzern verbundenen Gesellschaft zurechnen lassen musste. Das Gericht bejahte die Zurechnung, soweit der Versicherer tatsächlich die Möglichkeit gehabt hatte, (EDV-mässig) auf die Daten der anderen Gesellschaft zuzugreifen. Hinzu kam, dass der Versicherer aufgrund bestimmter Vertragsklauseln<sup>1031</sup> beim Versicherungsnehmer den Eindruck erweckt hatte, dass innerhalb des Konzerns anfallende Daten einem konzernweiten Datenaustausch unterliegen würden. Es waren mithin bestimmte Erwartungen in die Organisation des Wissensmanagements im Konzern geweckt worden.<sup>1032</sup> Neben solchen «progressiven», funktionalen

wäre bei Töchtern nicht durchzuhalten». CANARIS Bankvertragsrecht N 106 und insbes. 800a, bejaht eine weitgehende Wissenszurechnung im «Unternehmen»; wiewohl er den Konzern nicht explizit nennt, könnte aus seinem nicht auf juristische Begriffe basierenden diesbezüglichen Vokabular («Unternehmen», «Grossbetrieb») geschlossen werden, dass er für die Wissenszurechnung nicht auf die formalen Grenzen der juristischen Person abstellen will. BUCK 327 klammert die Frage der Wissenszurechnung im Konzern bewusst aus, ohne einen Hinweis zu machen, ob sie dieser grundsätzlich bejahend oder ablehnend gegenüberstünde, anders also als BAUM (siehe vorne in dieser Fussnote).

<sup>1028</sup> Obwohl sich die Frage gerade bei der unternehmensbezogenen Betrachtung der Wissenszurechnung stellen würde, so etwa bei DONLE 6; dasselbe gilt für FASSBENDER, der trotz der grossen praktischen Bedeutung nicht auf die Frage der Wissenszurechnung bei konzernierten Banken eingeht. Auch bei Versicherungsunternehmen hätte sich die Frage gestellt, doch wurde darauf am Karlsruher Forum weder von den Referenten (MEDICUS, TAUPITZ) noch in den protokollierten Wortmeldungen der Teilnehmer eingegangen.

<sup>1029</sup> Vgl. etwa die Erörterungen des Entscheids durch BAUM 463 ff. sowie DREXL 495 f.

<sup>1030</sup> BGH VersR 1993, 1089 ff. Da der Entscheid stark versicherungsrechtlich geprägt ist, wurde er vorne S. 104 ff. ausführlich besprochen.

<sup>1031</sup> Diese sind vorne S. 105 Fn. 505 beschrieben.

<sup>1032</sup> Weshalb die Versicherung mit dem Einwand scheiterte, der zuständige Sachbearbeiter hätte in Tat und Wahrheit nur einige Grunddaten über den Versicherungsnehmer bei der anderen Gesellschaft abfragen können, nicht aber allfällige Vorbehalte betreffend Vorerkrankungen.

Ansätzen wird in der deutschen Judikatur zur Hauptsache noch<sup>1033</sup> der traditionellen Auffassung gefolgt, welche die rechtliche Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften betont und eine konzerninterne Wissenszurechnung grundsätzlich ablehnt.<sup>1034</sup>

Dieser Befund der bloss punktuellen Auseinandersetzung mit der Wissenszurechnung im Konzern erstaunt insbesondere für Deutschland. Denn mit der neuerdings z.T. vertretenen Abstützung der Wissenszurechnung auf den Gedanken der *ordnungsgemässen Organisation der Kommunikation innerhalb von arbeitsteiligen Strukturen*<sup>1035</sup> würde sich ein «Brückenschlag» über die juristische Person hinaus auf andere arbeitsteilige Organisationen und damit insbesondere auch auf im Konzernverbund stehende Unternehmen aufdrängen. Doch nicht nur die neue dogmatische Begründung der Wissenszurechnung innerhalb der juristischen Person, sondern auch die Wertungen, die nach dem oben Ausgeführten für oder gegen eine Wissenszurechnung sprechen, dürften mutatis mutandis, unter Vorbehalt notwendiger Modifikationen, auf Konzernverhältnisse übertragbar sein. So lässt sich etwa das Gleichstellungsargument (wer die Vorteile arbeitsteiliger Leistungserbringung nutzt, soll auch die durch die entsprechende Struktur bedingten Nachteile in Kauf nehmen) auch zur Lösung von Zurechnungsfragen im Konzern heranziehen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, daraus folge die generelle Gutheissung der konzerninternen Wissenszurechnung.

Im Folgenden wird geprüft, ob ein «Brückenschlag» von der Wissenszurechnung bei juristischen Personen zu einer solchen im Konzern tatsächlich möglich ist und welche Modifikationen am vorne erarbeiteten Modell der Wissenszurechnung im Hinblick auf dessen Anwendung in Konzernverhältnissen gegebenenfalls erforderlich sind.

<sup>1033</sup> Zu beachten ist, dass die Zahl von Urteilen über die Wissenszurechnung in Konzernverhältnissen an sich klein ist, was den Wert quantitativer Aussagen stark relativiert.

<sup>1034</sup> Z. B. LG Köln, Urteil vom 28. 2. 2001, JurPC Web-Dok. 138/2001: «... handelt es sich doch um rechtlich selbstständige Körperschaften, die sich die Kenntnis anderer Konzerngesellschaften nicht zurechnen lassen müssen.»

<sup>1035</sup> Dazu vorne S. 157 ff.

## § 2 Voraussetzungen der Wissenszurechnung im Konzern

### I. Problemstellung

Wissenszurechnung innerhalb eines Konzerns stösst in dogmatischer Hinsicht auf das grundlegende konzernrechtliche Problem, inwiefern die Rechtspersönlichkeit der den Konzern konstituierenden juristischen Personen zu respektieren ist bzw. die formalen Grenzen der juristischen Personen einer Einheitsbetrachtung zu weichen haben. Diese Frage wurde im Konzernrecht seit jeher thematisiert,<sup>1036</sup> allerdings wie gesehen nicht unter Berücksichtigung der Wissenszurechnung<sup>1037</sup>. Unter diesem Aspekt wird etwa die Haftung im Konzern (Haftung nur der einzelnen Gesellschaft oder Ausdehnung der Haftung auf die Konzernmutter und/oder andere Konzerngesellschaften) diskutiert<sup>1038</sup>, erörtert, wann die Konsolidierungspflicht einsetzt<sup>1039</sup>, oder geprüft, unter welchen Voraussetzungen der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochter dem Erwerb eigener Aktien gleichzustellen ist<sup>1040</sup>. Stets steht hier im Vordergrund, wann mehrere rechtlich selbständige Subjekte für bestimmte Zustände oder Vorgänge<sup>1041</sup> als Einheit zu betrachten und behandeln sind.

Anders als die genannten Fragestellungen im Konzernrecht weist die Wissenszurechnung insofern eine Besonderheit auf, als

<sup>1036</sup> DRUEY/VOGEL 38 bezeichnen die Frage der Einheitsbehandlung im Konzern gar als «das eigentliche Entwicklungsfeld des Konzernrechts». Vgl. dazu ausführlich auch etwa HANDSCHIN Konzern 183 ff.

<sup>1037</sup> Zum Befund, dass die Wissenszurechnung im Konzern jedenfalls in der Schweiz bislang nicht Gegenstand von wissenschaftlicher Bearbeitung ist, siehe vorne § 1.

<sup>1038</sup> Vgl. dazu grundlegend VOGEL.

<sup>1039</sup> Gemäss Art. 663e Abs. 1 OR, welche Norm zugleich (für diesen Zweck) eine Legaldefinition des Konzerns gibt; grundlegend dazu GLANZ; siehe dazu etwa auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 60 N 39 ff.

<sup>1040</sup> Ausführlich zur Frage, in welchen Konstellationen der die Frage regelnde Art. 659b OR Anwendung findet, HANDSCHIN Konzern 160 ff.

<sup>1041</sup> Wie DRUEY/VOGEL 38 betonen, geht es mithin «nicht um Regel und Ausnahme, sondern um eine Auslegung der jeweiligen Rechtsnorm bezüglich der Einheit bzw. Einheiten, an welche sie anknüpft».

sie *scheinbar* bereits mit einem dogmatisch-formalen Argument beantwortet werden könnte: Geht man vom überkommenen Grundsatz «Wissen der Organe ist Wissen der juristischen Person» aus<sup>1042</sup>, könnte man versucht sein, die Zurechnung von Wissen jedenfalls der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft<sup>1043</sup> mit klassischen dogmatischen Überlegungen zu «begründen»<sup>1044</sup>. Bestreitet man dagegen, wie in der vorliegenden Arbeit, die Richtigkeit von Ansichten, welche Wissen allein deshalb zurechnen, weil der tatsächlich Wissende bestimmte formal-juristische Eigenschaften aufweist,<sup>1045</sup> kann die Prüfung der Wissenszurechnung in Konzernverhältnissen nicht mit solchen dogmatisch-formalen Überlegungen erfolgen. Vielmehr ist zu untersuchen, ob für eine Bestimmung des Wissens im Konzern auf das vorne erarbeitete Modell, unter Vornahme von Modifikationen, abgestellt werden könnte.

### II. Abzulehnender, formaler Ansatz der Wissenszurechnung

Das Wissen der Organe ist das Wissen der juristischen Person. Dieses vorne<sup>1046</sup> erläuterte, auf Art. 55 ZGB zurückzuführende Prinzip bezieht sich auf das Wissen von Organen, die berufen sind, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben. Damit wird in erster Linie das Wissen des nach aussen auftretenden Organs, der Verwaltung, und ihrer einzelnen Mitglieder, angesprochen. Denn *nur durch sie* handelt (in casu) die Aktiengesellschaft als juristische Person.<sup>1047</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass es nicht trotzdem in seltenen Fällen auf das Wissen des Aktionariats ankommen würde. KISS-PETER nennt als Beispiel einen Generalversammlungsbeschluss, der gegenüber einem Dritten ehrverletzend ist. In diesem

<sup>1042</sup> Zu diesem alten «Dogma» siehe vorne S. 39 ff.

<sup>1043</sup> Nur in dieser Zurechnungsrichtung, da Wissen der Organe der juristischen Person zugerechnet wird, Wissen der Gesellschaft hingegen nicht den Aktionären.

<sup>1044</sup> Dazu sogleich.

<sup>1045</sup> Dazu ausführlich vorne S. 39 ff.

<sup>1046</sup> S. 39 ff.

<sup>1047</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 19 N 6.

Fall stellt sich die Frage nach dem Verschulden und damit auch nach dem Wissen der Generalversammlung bzw. der juristischen Person, da die juristische Person für die unerlaubten Handlungen der Generalversammlung haftet.<sup>1048</sup> Weiter denkbar sind Schädigungen von Aktionären durch Generalversammlungsbeschlüsse, z. B. über die Gewinnverwendung. Auch hier kann sich die Frage nach dem Wissen der juristischen Person stellen<sup>1049</sup>. Zur Frage des Verschuldens wird dazu in der diesbezüglich spärlichen Lehre ausgeführt, es bedürfe zumindest des Verschuldens einer «starken Minderheit», um das Verschulden der juristischen Person zu bejahen.<sup>1050</sup> Überträgt man dieses Resultat auf die Frage des Wissens, so wird Wissen der juristischen Person dann zu bejahen sein, wenn – je nach Standpunkt – eine Mehrheit oder zumindest starke Minderheit der Generalversammlung wissend ist. Diese Darlegungen beziehen sich jedoch alle *lediglich* auf Fälle, wo es um die *Relevanz des Wissens der Generalversammlung für deren Handlungen (Beschlüsse) geht*. Damit ist noch *nichts* gesagt über die Relevanz des Wissens der Generalversammlung für die (Exekutiv-)Handlungen der juristischen Person, die von der *Verwaltung* vorgenommen werden.

*Fazit:* Es gibt kein allgemeines Prinzip, woraus folgen würde, dass das Wissen des Organs Generalversammlung bzw. der Mehrheit des Aktionariats der juristischen Person zuzurechnen wäre. Eine Zurechnung findet nur statt, wenn es um Handlungen der Generalversammlung selbst oder durch diese mittels Weisungen<sup>1051</sup>

<sup>1048</sup> So KISS-PETER 304.

<sup>1049</sup> Zwar nicht bei der diesfalls auch möglichen Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses, jedoch im Rahmen einer Schadenersatzklage.

<sup>1050</sup> Das sich explizit damit befassende preussische Recht setzte Verschulden der Mehrheit voraus, siehe KISS-PETER 305 mit diesbezüglicher Literatur. §§ 30, 33 und 26 des Siebten Titels (Von Gewahrsam und Besitz) des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794 (ALR) legen gleichsam nach numerischen Kriterien (insbes. danach, ob die Mehrheit der Corporationsmitglieder redlich oder unredlich war) fest, unter welchen Voraussetzungen etwa Corporationen beim Besitzerwerb als redlich oder unredlich betrachtet werden, siehe dazu auch BUCK 337.

<sup>1051</sup> Zur umstrittenen und komplexen Frage der Zulässigkeit solcher Weisungen siehe etwa FORSTMOSER Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen SZW 1994 169 ff.

bewirkter Handlungen der juristischen Person geht. Entsprechend kann die Wissenszurechnung innerhalb des Konzerns nicht mit der einfachen dogmatischen Begründung der Wissenszurechnung kraft Organeigenschaft der Generalversammlung, d. h. mit der «blossen» Aktionärsstellung der Muttergesellschaft, begründet werden.

### § 3 Funktioneller Ansatz

Für die Beurteilung, ob Wissen im Konzern nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation zugerechnet werden kann, ist zunächst zu untersuchen, ob dieses vorne erläuterte und weiterentwickelte Zurechnungsleitmotiv nicht nur innerhalb, sondern auch über die Grenzen der juristischen Person hinaus anwendbar ist. Dafür spricht, dass die neuere Lehre und Praxis zur Wissenszurechnung<sup>1052</sup>, wie gesehen, gerade nicht auf spezifisch gesellschaftsrechtliche, nur innerhalb einer juristischen Person Anwendung findende Prinzipien aufbaut, sondern auf solche, die generell für arbeitsteilig strukturierte Organisationen gelten<sup>1053</sup>. Allerdings kann die dort entwickelte Lösung nicht ohne weiteres auf den Konzern übertragen werden. So warnt etwa HOPF, selbst prominenter Vertreter der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation: «Eine allgemeine Wissenszusammenrechnung wäre bei Töchtern nicht durchzuhalten.»<sup>1054</sup> Dieser Aussage liegt die Vorstellung zugrunde, dass das *konzernrechtliche Trennungsprinzip* die Wissenszurechnung grundsätzlich ausschliesst.

<sup>1052</sup> Soweit sie sich dazu äussert, was v. a. in Deutschland, nicht aber in der Schweiz der Fall ist.

<sup>1053</sup> Dazu vorne S. 157 ff.

<sup>1054</sup> HGB-HOPF (7) BankGesch A/16, ohne nähere Begründung, jedoch unter Gleichsetzung der Situation mit der Unvereinbarkeit des Wissensaustauschs infolge datenschutz- und bankgeheimnisrechtlicher Bestimmungen. A.M. CANARIS Bankvertragsrecht 106 N 800a, im Wesentlichen mit der Begründung, dass grosse Unternehmen (die oft mit verschiedenen juristischen Personen organisiert sind) vom Recht nicht bevorzugt werden dürften.

Entsprechend ist zunächst die Tragweite des Trennungsprinzips zu prüfen. Dabei wird sich zeigen, dass dieses nicht absolut gilt. Eine Relativierung des Trennungsgrundsatzes in anderen Gebieten legitimiert aber auch bei der Wissenszurechnung eine Relativierung, d. h., eine konzernweite Wissenszurechnung ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen<sup>1055</sup>.

Ein Weiteres ist zu bedenken: Es gibt zahlreiche Durchbrechungen des Trennungsprinzips, z. B. die Konzernleitungspflicht<sup>1056</sup> oder die Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen. Zum Erfüllen dieser Pflichten ist ein umfangreicher Informationsfluss über die Grenzen der juristischen Person hinaus «*conditio sine qua non*». Denn in diesen Fällen muss Wissen, das einer juristischen Person «gehört», an andere juristische Personen, insbesondere die Konzernleitungsgesellschaft, transferiert werden. Man denke nur etwa an die Bekanntgabe der gehaltenen Beteiligungen, damit die Gruppe ihre börsenrechtlichen Meldepflichten erfüllen kann<sup>1057</sup>.

## I. Grundmerkmale und Erscheinungsformen des Konzerns

### 1. Grundmerkmale

Wird zur Beurteilung einer gruppenweiten Zurechnung des Wissens konzernierter juristischer Personen der formale Ansatz zugunsten eines funktionalen abgelehnt<sup>1058</sup>, bedeutet dies: Die Art und Weise des Zusammenwirkens der in den Konzern integrierten Gesellschaften, die Intensität derer Verbundenheit sowie die

<sup>1055</sup> Zur Aufrechterhaltung einheitlicher Wertungsprinzipien, dazu hinten S. 243 f.

<sup>1056</sup> Weshalb die Konzernleitungspflicht eine Durchbrechung des Trennungsprinzips darstellt, siehe hinten S. 259 ff.

<sup>1057</sup> Dazu hinten S. 253 ff.

<sup>1058</sup> Nicht Gegenstand der Betrachtung dieses Kapitels sind Wissenszurechnungen in Unternehmensverbänden, die sich aus der Anwendung allgemeiner Prinzipien auf juristische Personen ergeben, unabhängig davon, ob sie in einer gesellschafts- oder konzernmässigen Beziehung stehen, so z. B. im Rahmen der Heranziehung einer juristischen Person als Vertreterin oder Hilfsperson der anderen. Dazu siehe vorne S. 229.

Struktur des Konzerns werden für die Prüfung der Wissenszurechnung relevant.

Da es in der Schweiz kein kodifiziertes, abschliessendes Konzernrecht gibt – «Konzerne sind Kinder der Praxis und nicht Schöpfungen des Rechts»<sup>1059</sup>, bestehen eine Vielzahl von Konzernstrukturen und unendlich viele Möglichkeiten der jeweiligen Intensität des Zusammenwirkens<sup>1060</sup>. Entsprechend wird es nicht möglich sein, allgemeingültige Aussagen zur Wissenszurechnung *im Konzern* zu machen, da es *den Konzern* nicht gibt. Vielmehr wird die Wissenszurechnung immer von der Beurteilung der konkreten Konzerngegebenheiten abhängen. Nachfolgend wird deshalb nur ein kurzer Überblick über einige übliche Strukturformen und Einteilungsmöglichkeiten der Konzerne im schweizerischen Recht gegeben. Auf die dabei festgestellten Merkmale und Eigenheiten verschiedener Konzerntypen kann dann bei der Bestimmung der Wissenszurechnung im Konzern (nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation) punktuell Bezug genommen werden<sup>1061</sup>.

Ausgehend von der knappen Definition in Art. 663e Abs. 1 OR, wonach ein Konzern, jedenfalls für den Zweck (und grundsätzlich *nur* für den Zweck) der Festlegung der Konsolidierungs-

<sup>1059</sup> Plastisch VON BÜREN Konzern 1, der darauf hinweist, dass sich der Gesetzgeber darauf beschränkt hat, «punktuell und eigentlich eher zufällig einige den Konzern betreffende Normen zu erlassen, wobei diese Normen lückenhaft, z. T. inkongruent, ja widersprüchlich sind», unter Hinweis auf die entgegengesetzte Ausgangslage in Kartell- und Steuerrecht betreffend die Frage, ob der Konzern eine Einheit oder eine Vielheit selbständiger Subjekte sei, VON BÜREN Konzern, loc. cit. und dort Fn. 2. Ähnliches wird sich im aufsichtsrechtlichen Teil der Arbeit zeigen. Entsprechend gibt es auch keinen *numerus clausus* möglicher Konzernformen; vielmehr sind sowohl die privat- wie die öffentlich-rechtlichen Normen, die den Konzern definieren, um daran bestimmte Pflichten zu knüpfen, sehr offen und höchstens mit einer exemplikativen Enumeration möglicher Leitungs- bzw. Beherrschungsformen ergänzbar (z. B. Art. 663e Abs. 1 OR). Mit gleichem Befund für Deutschland auch THEISEN 37: «Die rechtswissenschaftlichen Vorschläge zur Abgrenzung der vom Gesetz [§ 18 Abs. 1 Satz 1 AktG] geforderten einheitlichen Leitung als Konzernierungstatbestand lassen – nicht zuletzt wegen ihrer begrifflichen Offenheit – eine gewisse Beliebigkeit erkennen.»

<sup>1060</sup> BRECHBÜHL 13 f.

<sup>1061</sup> Hinten S. 263 ff.

pflicht<sup>1062</sup>, die Zusammenfassung «durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine[r] oder mehrere[r] Gesellschaften unter einheitlicher Leitung» ist<sup>1063</sup>, gilt zunächst einmal als unbestritten<sup>1064</sup>, dass der Konzern *nicht eine rechtliche* Einheit ist, sondern sich aus rechtlich selbständigen Einheiten zusammensetzt<sup>1065, 1066</sup>. Zum zweiten ergibt sich daraus, dass für das Vorliegen eines Konzerns «Leitungseinheit» erforderlich ist.<sup>1067</sup> Aufgrund dieses gesetzlichen Erfordernisses nimmt die Beurteilung der (für die Bestimmung der Konsolidierungspflicht entscheidenden) Frage, wann einheitliche Leitung vorliege bzw. welches ihr notwendiger Umfang sei, in der Literatur grossen Raum ein.<sup>1068, 1069</sup> Abstrakt ausgedrückt liegt diese einheitliche Leitung (und damit ein Konzern<sup>1070</sup>) nach einer bekannten Definition vor, «wenn in einem wesentlichen Bereich unternehmerischer Entscheidungen eine einheitliche wirtschaftliche Planung vorliegt, so dass eine selbst-

<sup>1062</sup> BRECHBÜHL 4 m. w. H.

<sup>1063</sup> Zur Konsolidierungspflicht nach IAS vgl. IAS 27, siehe dazu etwa die Zusammenfassung von BÖCKLI IAS N 374 ff.

<sup>1064</sup> Zumindest in der Schweiz, siehe aus der neueren Literatur etwa DRUEY Leitungsrecht und -pflicht im Konzern 5 f.; BRECHBÜHL 4 m. w. H. (Fn. 9). Zur neuerdings von zwei schweizerischen Autoren postulierten Behandlung des Konzerns als einer einfachen Gesellschaft siehe hinten S. 251 f.

<sup>1065</sup> Statt aller etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 51 N 193; eine nicht «selbstverständliche» Erkenntnis. Siehe nur die allerdings in der Minderheit gebliebene und von der Rechtsprechung nicht übernommene Einheitslehre, wonach der Konzern als Ganzes ein eigenes Rechtssubjekt sei, insbesondere ISAY das Recht am Unternehmen, 1910.

<sup>1066</sup> Ausführlich zum Begriff des Konzerns neuerdings KUNZ 967 ff.

<sup>1067</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 60 N 27.

<sup>1068</sup> Vgl. etwa aus der neueren Literatur BERTSCHINGER Arbeitsteilung 148 ff. m. w. H.; DRUEY/VOGEL 5 und 44 ff.; BRECHBÜHL 18 ff.; BSK-BAUDENBACHER Vorbemerkungen zu Art. 620 OR N 19; sehr ausführlich etwa HANDSCHIN Konzern 42 ff. Für Deutschland siehe etwa THEISEN 34 ff.; EMMERICH/SONNENSCHNIGER Konzernrecht 1997 57 ff.; Kölner Kommentar-KOPPENSTEINER § 18 AktG N 19–21.

<sup>1069</sup> Zur Schwierigkeit der Bestimmung und des Nachweises einheitlicher Leitung siehe VON BÜREN Konzern 82 ff.

<sup>1070</sup> Es geht hier also um den Bereich der «minimalen einheitlichen Leitung», welche vorliegen muss, damit überhaupt von einem Konzern gesprochen werden kann, im Unterschied zu weiteren Leitungsbereichen, in welchen die herrschende Gesellschaft die beherrschte ebenfalls unterordnen kann, die jedoch nicht konstitutiv sind («Bereiche der selbstgewählten einheitlichen Leitung»), BRECHBÜHL 18.

ständige Planung der abhängigen Gesellschaften tatsächlich nicht realisierbar ist»<sup>1071</sup>. Als konkrete Merkmale werden insbesondere genannt: einheitliche Leitung des Finanzbereichs (zentrale Finanzplanung)<sup>1072</sup>, einheitliche Personalplanung, einheitliche Festlegung von Strategie und Organisation<sup>1073</sup> sowie einheitliche Leitung in anderen zentralen Unternehmensbereichen.<sup>1074</sup> Ob die einheitliche Leitung tatsächlich ausgeübt werden muss, oder ob Art. 663e Abs. 1 OR nicht vielmehr das so genannte «Control»-Kriterium, d. h. die blossе (Möglichkeit der) Beherrschung, zugrunde liegt, ist umstritten.<sup>1075</sup> In der Schweiz vertritt die h. L. die erste Auffassung<sup>1076</sup>. Begründet wird dies damit, dass *keine Pflicht* zur Konzernierung von blossen Mehrheitsbeteiligungen bestehe<sup>1077</sup>.

Nebst dem (selbstverständlichen) Element der «Vielfalt der juristischen Einheiten» und der soeben angesprochenen Leitungseinheit bedarf es, damit in allgemeiner Weise vom Phänomen Konzern gesprochen werden kann<sup>1078</sup>, schliesslich noch des Vorliegens einer – wie auch immer gearteten – «[w]irtschaftlichen Einheit»<sup>1079</sup>. Entsprechend definiert sich der Konzern mit VON BÜREN

<sup>1071</sup> BSK-BAUDENBACHER Vorbemerkungen zu Art. 620 OR N 19.

<sup>1072</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. 2. 1983, BBl 1983 II 745 ff., Separatdruck 74; BRECHBÜHL 19; BERTSCHINGER Arbeitsteilung 149; THEISEN 37.

<sup>1073</sup> BÖCKLI Konzernrecht 48.

<sup>1074</sup> THEISEN 37.

<sup>1075</sup> Vgl. dazu neuerdings die komprimierte Übersicht über die verschiedenen Auffassungen bei DRUEY Leitungsrecht und -pflicht im Konzern 3 sowie jüngst bei KUNZ 971 und 986 ff. unter besonderer Fokussierung auf Schutzbedürfnisse der unabhängigen (Minderheits-)Aktionäre.

<sup>1076</sup> Statt vieler siehe etwa VON BÜREN Konzern 1993 47 ff.; VON BÜREN Konzern 56; VON BÜREN/BRECHBÜHL 546; BRECHBÜHL 17 f.; differenzierend BERTSCHINGER Arbeitsteilung N 285; zu den beiden Auffassungen siehe SCHYDER, Der Konzern, N 1230 ff.

<sup>1077</sup> AMSTUTZ 18 Fn. 70.

<sup>1078</sup> Vorne S. 238 ff. wurde dargelegt, dass je nach anwendbarer Rechtsnorm der Begriff «Konzern» im jeweiligen juristisch-technischen Sinne unterschiedlich definiert wird.

<sup>1079</sup> HANDSCHIN Konzern 35. Die elegant formulierte Definition von EDUARD NÄGELI Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und andere Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, Bd. I/1. Teil Berlin/Zürich 1936 (zitiert nach MAX ALBERS-SCHÖN-

als «die Gesamtheit aller unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung stehenden, juristisch selbständigen Unternehmen»<sup>1080</sup>.

## 2. Erscheinungsformen

Ist das Phänomen «Konzern» dem Grundsatz nach erfasst, kann es nach den verschiedensten Unterscheidungskriterien gegliedert werden. Diese vermitteln zwar keinen direkten Erkenntnisgewinn zur Beurteilung konkreter Wissenszurechnungsfragen. Sie sind aber immerhin geeignet, plastische Typologisierungen für weiterführende Betrachtungen bereitzustellen. Nebst den betriebs- und finanzwirtschaftlichen Unterscheidungskriterien<sup>1081</sup> ist für den vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Gliederung nach der *rechtlichen Konzernstruktur* zu nennen. Dabei werden der Stammhauskonzern<sup>1082</sup>, der Holdingkonzern<sup>1083, 1084</sup> und der Konzern mit Teilkonzernen oder Divisionen unterschieden<sup>1085</sup>. Eine

BERG Haftungsverhältnisse im Konzern Zürich 1980 7) des Konzerns als einer «Mehrheit von rechtlich (formell) selbständigen Unternehmen, die auf der Grundlage einer einheitlichen Vermögenssphäre ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich nach einem einheitlichen Willen und einem einheitlichen wirtschaftlichen Plan zu führen haben und somit eine wirtschaftliche Einheit bilden», enthält ebenfalls die drei genannten Elemente.

<sup>1080</sup> VON BÜREN Konzern 15.

<sup>1081</sup> Siehe etwa THEISEN 2 ff; sehr praxisorientiert mit einem Überblick über die Organisationsstruktur bekannter schweizerischer Unternehmen WENGER Trends der Konzernorganisation in der Schweiz, Schweiz. Gesellschaft für Organisation (SGO), Winterthur 1994.

<sup>1082</sup> Dieser ist «operationelles Unternehmen, Holding und Konzernleitung in einem», VON BÜREN Konzern 50.

<sup>1083</sup> Hier werden die Beteiligungen nicht mehr vom Stammhaus gehalten, sondern von einer separaten Holdinggesellschaft, was nebst organisatorischen Gründen v. a. auch steuerlich motiviert ist (sog. Holding-Privileg). Die Konzernleitung kann dabei entweder in die Holding-Gesellschaft oder im Stammhaus integriert sein oder aber in einer wiederum separaten Management-Gesellschaft angesiedelt sein, vgl. dazu VON BÜREN Konzern 50 f.; RUEPP.

<sup>1084</sup> Zu den betriebswirtschaftlichen Gründen, welche für eine *Holdingstruktur* bei Banken sprechen, siehe ausführlich SCHWARTZKOPF 119 ff.

<sup>1085</sup> Solche «divisionale Konzerne» zeichnen sich dadurch aus, dass sie nach «Produktbereichen, Regionen oder Kundengruppen, vor allem wenn die verschiedenen Geschäftsfelder miteinander wenig gemeinsam haben», gegliedert sind, von

weitere Gliederungsart untersucht die verschiedenen Intensitätsstufen der unternehmerischen und damit auch leitungsmässigen Eingliederung von juristischen Personen innerhalb eines Verbunds von Unternehmen. So unterscheidet BÖCKLI drei *Intensitätsstufen* des Zusammenwirkens im Unternehmensverbund: die stimmenmässig beherrschte Gesellschaft, die über weitgehende wirtschaftliche Autonomie verfügt und nur «at arm's length» geführt wird<sup>1086</sup>; das «Einordnungskonzept», bei welchem «die Machtausübung der Obergesellschaft ... unter Aufrechterhaltung einer minimalen Eigenständigkeit der Untergesellschaft» erfolgt<sup>1087</sup>; und schliesslich das nach geltendem schweizerischem Recht unzulässige «Unterwerfungskonzept». Nach diesem würde die beherrschende Gesellschaft «ihre Leitungsmacht in einer Weise aus[üben], die zu einer Reduktion der Untergesellschaft auf den Status einer inkorporierten Zweigniederlassung der Obergesellschaft»<sup>1088</sup> führen würde.

## II. Allgemeine Zurechnungsprinzipien im Konzernrecht und die zugrunde liegenden Wertungen

Zur Prüfung einer Zurechnung von Wissen über die Grenzen der juristischen Person hinaus ist entscheidend, welche tradierten Zurechnungsnormen es im Konzernrecht gibt und woran diese an-

BÜREN Konzern 51. Die zusammengehörenden Divisionen können dabei in einer eigenständigen Subholding als Divisionsleitungsgesellschaft zusammengefasst sein oder aber rechtlich unabhängig von der Führungsstruktur gegliedert sein, VON BÜREN Konzern 51 f.

<sup>1086</sup> BÖCKLI Konzernrecht 78 f.

<sup>1087</sup> BÖCKLI Konzernrecht 47, wobei dies voraussetzt, dass die Obergesellschaft Allein- oder beinahe Alleinaktionärin der Untergesellschaft ist.

<sup>1088</sup> BÖCKLI Konzernrecht 47, was noch mehr als beim Einordnungskonzept Alleineigentum der Obergesellschaft an den Aktien der Untergesellschaft voraussetzt. Unter geltendem schweizerischem Recht ist das Unterwerfungskonzept allerdings unzulässig (anders im deutschen Recht, das 1937 den Vertragskonzern mit dem Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag geschaffen hat und dabei als Ausgleich zur Beseitigung der Autonomie der Untergesellschaft zwingende Schutznormen für Gläubiger und aussenstehende Aktionäre einführt; vgl. dazu die Literatur zu § 256 AktG 1937 bzw. § 291 AktG 1965).

knüpfen. Es ist also nach spezifisch «konzernrechtlichen» Normen<sup>1089</sup> zu suchen, die innerhalb des Unternehmensverbundes eine «grenzüberschreitende» Zurechnung vorsehen. Aus den dort vorgefundenen Wertungen lassen sich möglicherweise Schlussfolgerungen für die Zurechnung von Wissen im Konzern ziehen. So kann für eine allenfalls zu bejahende Wissenszurechnung Wertungskonsistenz mit dem gesamten Konzernrecht sichergestellt werden. Zudem können aus den unterschiedlichen Zurechnungsnormen weitere Erkenntnisse für die Ausgestaltung der Wissenszurechnung in Konzernverhältnissen gewonnen werden.

### 1. Pflicht zur Konzernrechnung

Fasst eine «Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter *einheitlicher Leitung* zusammen (Konzern), so erstellt sie eine *konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung)*»<sup>1090</sup>. Mit der Pflicht zur Konzernrechnung wird das Prinzip der rechtlichen Vielheit der verbundenen Unternehmen durchbrochen, indem diese als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden, mit der Folge, dass alle ihre Aktiven und Passiven, Aufwände und Erträge der Muttergesellschaft zugerechnet werden<sup>1091</sup> – Zurechnung also aufgrund des Vorliegens «*einheitlicher Leitung*».

Ausgelöst wird die Konsolidierungspflicht, wenn, wie das Gesetz sagt, mehrere Gesellschaften unter *einheitlicher Leitung* verbunden sind, womit es eine spezifische Definition des Konzerns, allerdings beschränkt auf die Zwecke der Rechnungslegung gibt. Gemäss Botschaft setzt *einheitliche Leitung* unabhängig vom dafür verwendeten Mittel voraus, dass die Unternehmenspolitik der Untergesellschaft durch die Organe der Obergesellschaft bestimmt wird, dass sich «*die Leitungsorgane [der Untergesellschaft] zumin-*

<sup>1089</sup> Womit (nicht nur gesellschaftsrechtliche) Normen, welche speziell auf das Phänomen Konzern Bezug nehmen, gemeint sind.

<sup>1090</sup> Art. 663e Abs. 1 OR. Vgl. dazu ausführlich VON BÜREN Konzern 90 ff.; zur Konzernrechnung aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre siehe GLANZ.

<sup>1091</sup> Methode der Vollkonsolidierung.

*dest nach den Vorstellungen, Plänen oder Anregungen der anderen Gesellschaft richten müssen» oder dass keine Autonomie in Finanzierungsentscheiden besteht*<sup>1092</sup>. Begründet wird die Pflicht zur Konzernrechnung damit, dass Transaktionen innerhalb eines Konzerns nicht nach den Gesetzen des Marktes abgewickelt werden müssen<sup>1093</sup>, und die freie Willensbildung der Untergesellschaft durch die Einflussnahme der Obergesellschaft ersetzt wird, weshalb die Einzelabschlüsse der einzelnen juristischen Personen innerhalb der juristischen Person «ein verfälschtes Bild der Wirklichkeit zeichnen» können<sup>1094</sup>.

*Fazit: Tatsächliche Einflussnahme* auf verbundene Gesellschaften im Sinne einer *einheitlichen Leitung* führt dazu, dass für die Rechnungslegung anstelle einer bloss auf die einzelnen Rechtspersonen begrenzten Betrachtungsweise eine Zurechnung der in den beherrschten juristischen Personen vorliegenden Tatbestände auf die Leitungsgesellschaft erfolgt.

<sup>1092</sup> Botschaft S. 74; vgl. dazu etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 51 N 201 ff. Dort in N 204 auch zum Streit, ob die Konsolidierungspflicht nur besteht, wenn die einheitliche Leitung tatsächlich ausgeübt wird (Faktizitätskonzept), oder ob bloss Beherrschungsmöglichkeit (z. B. gestützt auf Vertrag oder personelle Verflechtung) ausreicht. Vgl. dazu etwa BÖCKLI Konsolidierungspflicht: Auslösung durch «Control» oder «einheitliche Leitung»?; ST 1994, 369 ff., Kunz 971 f. Immerhin nähern sich die beiden Theorien im Ergebnis häufig insofern an, als auch nach h.L. bei einer Mehrheitsbeteiligung eine natürliche Vermutung für die tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht spricht (welche selbstverständlich von der Obergesellschaft durch den Hinweis auf die Natur der Beteiligung als reiner Finanzanlage widerlegt werden kann), siehe BÖCKLI Konsolidierungspflicht 377; VON BÜREN FS Bär 52. In Art. 38 Abs. 2 VE RRG wird zur Beantwortung der Frage der Konsolidierungspflicht nunmehr jedoch auf das Control-Konzept umgeschwenkt. Differenzierend zum massgeblichen Konzernbegriff und dem Streit zwischen Control- und Faktizitätsprinzip aus *verantwortlichkeitsrechtlicher* Optik BERTSCHINGER Arbeitsteilung 146 ff.

<sup>1093</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 51 N 196, angesprochen ist die Problematik der Transferpreise. Immerhin ist zu beachten, dass Art. 678 Abs. 2 OR die Rückerstattung verdeckt ausgeschütteter Gewinne vorsieht, um welche es sich bei eindeutig überhöhten Transferpreisen handeln kann.

<sup>1094</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 51 N 197.

## 2. Verbot des Erwerbs von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft (Art. 659b OR)

Art. 659b Abs. 1 OR statuiert, dass die Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien gemäss Art. 659 OR auch für den Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch eine Tochtergesellschaft gelten. Ausgelöst wird die Gleichstellung des Erwerbs durch Tochtergesellschaften mit dem direkten Erwerb eigener Aktien durch die Muttergesellschaft nach dem Gesetzeswortlaut dadurch, dass diese an der Tochter «mehrheitlich beteiligt» ist. Nach h.L. bedarf es dazu *nicht der Mehrheit der Stimmrechte*, es genügt vor dem Hintergrund des Normzwecks, dem Kapitalschutz, bereits eine *Mehrheit am Kapital*<sup>1095</sup>. Die Bestimmung findet auch Anwendung auf den Aktienwerb durch Enkel- oder Urenkelgesellschaften etc., nicht hingegen auf Aktienkäufe durch Schwestergesellschaften.<sup>1096</sup> Die Zeichnung von Aktien durch Tochter- oder Enkelgesellschaften wird hier der Mutter also zugerechnet, und fällt, wenn die Voraussetzungen von Art. 659b Abs. 1 OR nicht erfüllt sind, unter das entsprechende Verbot. Bedeutsam ist dabei, dass eine Zurechnung nicht bloss erfolgt, wenn, wie dies die Konsolidierungspflicht voraussetzt, eine «einheitliche Leitung» vorliegt. Vielmehr wird für die Zurechnung bereits der Mehrheitsbesitz mit der damit verbundenen *Möglichkeit* der Einflussnahme (soweit Stimmenmehrheit vorliegt) bzw. *Gefahr* für die Erhaltung des gebundenen Eigenkapitals<sup>1097</sup> als ausreichend betrachtet.

*Fazit:* Bereits *blosse Möglichkeit der Einflussnahme*, egal ob ausgeübt oder nicht, führt bei der Normierung des Erwerbs eigener Aktien zu einem die *Grenzen der Rechtspersönlichkeit gleichsam ignorierenden Zurechnungsvorgang*.

<sup>1095</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 50 N 178.

<sup>1096</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 50 N 179.

<sup>1097</sup> Soweit Mehrheit am Kapital für die Auslösung der Zurechnung genügen soll, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 50 N 178, insbes. Fn. 72.

## 3. Haftung im Konzern

Auch im Bereich der Haftung für die Schulden der einzelnen Gesellschaften gibt es im Konzern Ausnahmen vom Prinzip, dass jede juristische Person als separate Einheit betrachtet wird.<sup>1098</sup> Die ausnahmsweise Haftung der Konzernmutter oder einer anderen Konzerngesellschaft für Verbindlichkeiten dritter Konzerngesellschaften ist zwar, dogmatisch betrachtet, in aller Regel kein Fall einer direkten Zurechnung im vorne definierten Sinne<sup>1099</sup>. Dies jedenfalls dann nicht, wenn die Haftung der Muttergesellschaft durch die Mutter selbst begründet wird, z. B. durch Ausstellen von Garantien, gegebenenfalls der Abgabe von Patronatserklärungen<sup>1100</sup>, oder bei Beizug der Tochter als Hilfsperson, oder bei Tätigkeit der Mutter und ihrer Organe als (faktisches) Organ der Untergesellschaft. Denn diesfalls wird nicht ein die Tochter betreffender Tatbestand der Mutter zugerechnet; der Tatbestand verwirklicht sich vielmehr unmittelbar und direkt bei der Mutter. Deshalb muss auf diese Tatbestände nicht näher eingegangen werden. Anders ist es dagegen beim Durchgriff im Konzern sowie bei der Haftung aus erwecktem Vertrauen in das Konzernverhalten der Muttergesellschaft – soweit es nicht Letztere selber war, die den Vertrauenstatbestand geschaffen hat<sup>1101</sup>.

### a) Durchgriff

Der sehr seltene<sup>1102</sup> Durchgriff<sup>1103</sup> ist nach h.L. eine auf das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB abgestützte, aus-

<sup>1098</sup> Grundlegend zur Haftung im Konzern von BÜREN Konzern 168 ff.

<sup>1099</sup> Vorne S. 162 ff.

<sup>1100</sup> Hier liegt kein Durchgriff vor, da die «Einheitsbehandlung kraft eigener Kundgabe der nahestehenden Subjekte erfolgt», DRUEY/VOGEL 87. Ausführlich zu den verschiedenen Arten von Erklärungen der Muttergesellschaft «zu Gunsten der abhängigen Unternehmen» siehe von BÜREN Konzern 326 ff.

<sup>1101</sup> In letzterem Fall wäre der Haftungstatbestand wiederum direkt durch die Mutter verwirklicht, und es handelte sich somit nicht um eine Frage der Zurechnung, sondern der direkten Haftung der Muttergesellschaft.

<sup>1102</sup> So auch DRUEY Leitungsrecht und -pflicht im Konzern 32 Fn. 62.

<sup>1103</sup> Kritisch gegenüber dem «Durchgriff auf die Obergesellschaft bei faktischer Beherrschung der abhängigen Gesellschaft» von BÜREN FS Bär 64 ff. von BÜREN

nahmsweise Durchbrechung des Trennungsprinzips durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise<sup>1104</sup>. Folge ist, dass sich die Verpflichtungen bzw. die Haftung einer juristischen Person «auf das hinter der juristischen Einheit sich «versteckende» Subjekt»<sup>1105</sup>, i. d. R. deren Aktionär<sup>1106</sup>, verschieben<sup>1107</sup>. Dieser Zurechnungsvorgang erfolgt unter zwei Voraussetzungen: Zum einen muss ein *Abhängigkeitsverhältnis* vorliegen (Allein- oder Mehrheitsaktionär). Zum andern muss die «*Abwägung zwischen den Interessen an der Beachtung der formalrechtlichen Lage [d. h. der Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person] und denen an ihrer Korrektur*»<sup>1108</sup> für die Durchbrechung des Trennungsprinzips sprechen. Die Lehre gliedert die Durchgriffstatbestände dabei etwa in die Fallgruppen «Sphären- und Vermögensvermischung», «Erwecken des *Anscheins* einer persönlichen Verpflichtung», «Unterkapitalisierung und andere Konstellationen, in denen die juristische Person nicht selber lebensfähig ist», sowie «Fremdsteuerung».<sup>1109</sup> Genau so, wie der Durchgriff dazu führt, dass die Mutter für die Schulden der Tochter haftet<sup>1110</sup>, kann seine Folge sein, dass der Hauptaktionärin das Wissen der beherrschten Gesellschaft

vertritt a. a. O. die Auffassung, dass die an sich wünschenswerte Regelung der Haftung der Obergesellschaft einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Weniger kritisch dagegen später VON BÜREN Konzern 171 ff., mit einer kurzen Erörterung der mit dem Durchgriff verbundenen grundsätzlichen Probleme (op. cit. 173 f.).

<sup>1104</sup> Vgl. dazu grundlegend LANZ, welcher den Durchgriff nicht als Rechtsmissbrauchsproblem, sondern als eine Frage der wertenden «Auslegung der anwendbaren Sachnorm» betrachtet, welcher Lösung er u. a. den Vorteil der erhöhten Entscheidungstransparenz zuschreibt, «währenddem bei der Bezugnahme auf den Rechtsmissbrauch ... die Gefahr besteht, dass zu Leerformeln Zuflucht genommen wird, welche der Rechtssicherheit abträglich sind» LANZ 112.

<sup>1105</sup> So plastisch DRUEY/VOGEL 38 mit Hinweis auf den für dieses Prinzip im anglo-amerikanischen Recht gebräuchlichen, ebenfalls sehr plastischen Ausdruck «piercing the corporate veil».

<sup>1106</sup> Wie auch, wenn allerdings seltener, umgekehrt vom Aktionär auf die Gesellschaft, sog. umgekehrter Durchgriff.

<sup>1107</sup> Es sind auch andere Rechtsfolgen des Durchgriffs möglich, siehe etwa die Aufzählung bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 62 N 68 ff.

<sup>1108</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 62 N 53.

<sup>1109</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 62 N 63 ff.

<sup>1110</sup> Statt aller, speziell bezogen auf die Konzernsituation, BÖCKLI Schweizer Aktienrecht N 1181a.

bzw., im Falle des umgekehrten Durchgriffs, dass das Wissen der Mutter der Tochter zugerechnet wird<sup>1111</sup>.

*Fazit:* Zieht man die für die Begründung eines Durchgriffs verwendeten Wertungen zur Beurteilung der Wissenszurechnungsfrage heran, so ergibt sich Folgendes: Eine *Zurechnung* erfolgt unter der *Voraussetzung*, dass eine *rechtlich sanktionierte Einflussnahmemöglichkeit* vorliegt<sup>1112</sup> und *zusätzlich entweder ein arbeitsteiliges Zusammenwirken*<sup>1113</sup>, ein *Vertrauenstatbestand* hinsichtlich der Informationsorganisation<sup>1114</sup> oder eine *tatsächliche Einflussnahme*<sup>1115</sup> gegeben sind. Auf die Frage der Wissenszurechnung übertragen wäre, allgemeiner ausgedrückt, bei Anwendung der zum Durchgriff entwickelten Wertungen für eine Wissenszurechnung vorausgesetzt, dass erstens ein *Abhängigkeitsverhältnis* zwischen den Gesellschaften vorliegt und dass zweitens die *Abwägung* zwischen den Interessen nach *Respektierung* der formalrechtlichen Lage und dem Interesse an einer *Korrektur* derselben für eine *Zurechnung* von Wissen spricht.

#### b) Haftung aus Konzernvertrauen

Auch die mit dem berühmten<sup>1116</sup> *Swissair-Entscheid* BGE 120 II 331 ff. ins schweizerische Recht eingeführte *Haftung aus Konzernvertrauen* stellt eine nur ausnahmsweise greifende Einheitshaftung

<sup>1111</sup> So BÖCKLI Schweizer Aktienrecht N 1182, der diesen Sachverhalt in Fn. 32 explizit als «Wissenszurechnung» bezeichnet. Unklar ist, weshalb BÖCKLI das Beispiel der Wissenszurechnung als Konsequenz des Durchgriffs nur beim umgekehrten, nicht aber bei seiner vorangehenden, ausführlicheren Darstellung des normalen Durchgriffs erwähnt (vgl. BÖCKLI Schweizer Aktienrecht N 1181 ff.).

<sup>1112</sup> Dies ergibt sich aus der vorne im Text erwähnten Voraussetzung eines stimmenmässig durchsetzbaren *Abhängigkeitsverhältnisses*.

<sup>1113</sup> Dies ergibt sich aus der vorne im Text erwähnten Voraussetzung der «Sphären- oder Vermögensvermischung».

<sup>1114</sup> Beim normalen Durchgriff muss ein *Vertrauenstatbestand* hinsichtlich einer eigenen *Verpflichtung*, hier ein solcher bezüglich einer bestimmten Informationsorganisation gesetzt werden.

<sup>1115</sup> Siehe vorne S. 247 f.

<sup>1116</sup> Folge des Entscheids war eine grosse Fülle von Literatur (aus den vielen Aufsätzen vgl. nur aus jüngerer Zeit VON DER CRONE/WALTER und DRUEY, je m. w. H.), vgl. etwa BRECHBÜHL; KRISTINA KUZMIC Haftung aus Konzernvertrauen Die Aussenhaftung des Konzerns im Schweizerischen Privatrecht Zürich 1998; REGULA

im Konzern dar<sup>1117, 1118</sup>. Sie setzt voraus, dass «die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht»<sup>1119, 1120</sup>. Das Erwarten erweckende «Verhalten» durch das herrschende Unternehmen kann auch darin bestehen, dass dieses nicht einschreitet, wenn die «Vertrauenshaltung» durch das *abhängige* Unternehmen geschaffen wird.<sup>1121, 1122</sup> Kann aber das haftungsbegründende Verhalten auch im Unterlassen des Eingreifens durch die herrschende Gesellschaft liegen, stellt sich die Frage, wie weit die Aufsichtspflicht des herrschenden Unternehmens geht oder, mit DRUEY, «[w]ieviel Eingreifen ... von einer Konzernmutter zu erwarten» ist<sup>1123</sup>. Angesprochen ist damit

FELLMANN Vertrauenshaftung – Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage Diss SG 2002 sowie der Sammelband *La responsabilité fondée sur la confiance*. Vertrauenshaftung, *Journée de la responsabilité civile 2000*, Zurich 2001. Vgl. auch die Zusammenstellung in FORSTMOSER Haftung im Konzern 132 f., insbes. Fn. 152. Dem *Swissair*-Entscheid folgten BGE 123 III 220 ff. (Omni; Haftung aus erwecktem Vertrauen in das Konzernverhalten verneint, Erw. 4.e) und BGE 124 III 297 ff. (Motor-Columbus; Konzernvertrauenshaftung verneint, Erw. 6); vgl. dazu die Besprechung durch VON BÜREN Haftungsgrundlagen.

<sup>1117</sup> DRUEY/VOGEL bezeichnen sie als «Haftungsdurchgriff».

<sup>1118</sup> Zu international-privatrechtlichen Fragestellungen bei der Haftung aus Konzernvertrauen in grenzüberschreitenden Verhältnissen siehe Bger.-Urteil 4C.100/2000 vom 11. 7. 2000 Erw. 4.

<sup>1119</sup> BGE 124 III 297 ff.: Motor-Columbus, in casu Haftung mangels genügender Bestimmtheit der Werbeaussagen und folglich mangels deren Eignung, «hinreichend konkrete [...] und bestimmte [...] Erwartungen» zu wecken, (BGE 124 III 304) verneint.

<sup>1120</sup> Es handelt sich dabei um die gleichen Voraussetzungen, wie sie für das Bejahen einer allgemeinen Vertrauenshaftung gefordert werden, vgl. dazu aus der neuen Judikatur Bger.-Urteil 4C.193/2000 vom 26. 9. 2001 (Vermögensverwaltung) Erw. 5; Bger.-Urteil 4C.107/2000 vom 3. 4. 2001 Erw. 3; Bger.-Urteil 4C.280/1999 vom 28. 1. 2000 Erw. 3; BGE 121 III 350, Erw. 6.

<sup>1121</sup> VON BÜREN Haftungsgrundlagen 56.

<sup>1122</sup> Vorne wurde erwähnt, dass die Haftung aus Konzernvertrauen, wenn das die Haftung auslösende Vertrauen durch Handlungen der Mutter geweckt wurde, technisch nicht einen Zurechnungstatbestand darstellt, sondern eine gewöhnliche Vertrauenshaftung mit der Mutter als Schuldnerin. Anders, wenn der beherrschenden Gesellschaft vertrauenserweckende Verhaltensweisen der Tochter zugerechnet werden, weil diese sich passiv verhalten hat, wo sie hätte handeln müssen, dazu sogleich Text.

<sup>1123</sup> DRUEY SZW 1995 97.

die (minimale) «Aufsichtspflicht der Konzernleitung über die dem Konzern gehörenden Unternehmen.»<sup>1124</sup> Diese muss sich nach richtiger Auffassung «auf grundlegende Belange des abhängigen Unternehmens» beschränken.<sup>1125</sup> Das bedeutet, dass die «Konzernleitung durch ein *Kontrollsystem* gewährleisten [muss], über die *wesentlichen Geschäfte* orientiert zu sein, um gegebenenfalls einschreiten zu können»<sup>1126</sup>. Unterlassenes Eingreifen führt danach aber nur dann zu einer Haftung, wenn die fraglichen Informationen nach dem ordnungsgemäss implementierten Informations- und Kontrollsystem an die Geschäftsleitung hätten eskaliert werden müssen.

*Fazit:* Für die Beurteilung der Wissenszurechnung im Konzern ergibt sich hieraus einstweilen, dass als ein Kriterium einer möglichen Zurechnung der Gedanke der *ordnungsgemässen Kontroll- und Informationssysteme*, sofern eine Pflicht zur Etablierung solcher besteht, relevant sein kann. Dies steht in Einklang mit der vorne bei der Behandlung der juristischen Personen ausführlich diskutierten Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Informationsorganisation. Allerdings müssen dabei in einem Konzern, damit es zur Wissenszurechnung kommt, weitere Umstände vorliegen, ansonsten die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften ignoriert würde<sup>1127</sup>.

#### 4. Exkurs: der Konzern als einfache Gesellschaft?

Ebenfalls – allerdings nicht mehr im Sinne einer absoluten Ausnahmeregelung – zur Durchbrechung des Trennungsprinzips wür-

<sup>1124</sup> VON BÜREN Haftungsgrundlagen 57.

<sup>1125</sup> VON BÜREN Haftungsgrundlagen 57.

<sup>1126</sup> VON BÜREN Konzern 188 f., welcher damit den *Swissair*-Entscheid (auch) mit der Verletzung der Konzernleitungspflicht begründet; siehe dazu auch ausführlich VON BÜREN Konzern 60 ff. Die Anknüpfung an ein ordnungsgemässes Informationssystem wird sich insbesondere im aufsichtsrechtlichen Teil als wichtiges Prinzip der Zurechnung herausstellen, vgl. dazu hinten S. 320 ff.

<sup>1127</sup> D.h., dass in Konzernverhältnissen nicht einfach die bei der Wissenszurechnung innerhalb der juristischen Person gefundenen Wertungen angewendet werden dürfen, ohne dass diese durch zusätzliche Voraussetzungen modifiziert würden. So bereits vorne S. 229 ff.

de eine neuere Ansicht führen, die den Konzern als einfache Gesellschaft qualifizieren will.<sup>1128</sup> VON BÜREN bemerkt dazu treffend, «über die Hintertür» dieser These werde das «Gespenst des Konzerns als generelle Haftungseinheit», das u. a. dank der vorne dargestellten vorsichtigen Haltung des Bundesgerichts zur Konzernvertrauenshaftung verscheucht worden sei, «wieder heraufbeschworen»<sup>1129</sup>. Die juristische Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen würde dadurch aufgehoben, was sich etwa drastisch beim stellvertretungsweisen Handeln einer Gesellschaft für eine Konzerngesellschaft zeige, wo aufgrund von Art. 544 Abs. 3 OR alle Gesellschaften des Konzerns dem Dritten solidarisch für die eingegangene Verpflichtung haften würden<sup>1130</sup>.

*Fazit* für die Wissenszurechnung: Die Behandlung des Konzerns als einfache Gesellschaft würde zumindest bei jedem vertretungsweisen Auftreten einer Gesellschaft für eine andere Konzerngesellschaft zur Anwendung der Wissenszurechnungsprinzipien des Stellvertretungsrechts, bezogen jedoch auf den *gesamten* Konzern, d. h. grundsätzlich zu einer umfassenden Wissenszurechnung, führen<sup>1131</sup>. Dies ist abzulehnen. Denn, wie von BÜREN/HUBER einlässlich dargelegt haben: der Konzern *ist keine* einfache Gesellschaft!<sup>1132</sup>

## 5. Kapitalmarktrechtliche Transparenzpflichten – Beispiel Offenlegungspflicht

Kotierungsprospektpflicht, Pflichten zur periodischen<sup>1133</sup> und Ad-hoc-Publizität<sup>1134</sup> sowie die börsenrechtlichen Meldepflichten tref-

<sup>1128</sup> PETER/BIRCHLER 113 ff.

<sup>1129</sup> VON BÜREN Haftungsgrundlagen 57.

<sup>1130</sup> VON BÜREN/HUBER 219. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein gültiges Stellvertretungsverhältnis begründet würde, siehe dort ausführlich Fn. 46. Weniger hohe (als die üblichen) Anforderungen scheinen PETER/BIRCHLER 122 zu stellen.

<sup>1131</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Wissenszurechnung im Stellvertretungsverhältnis vorne S. 9 ff.

<sup>1132</sup> VON BÜREN/HUBER 213 ff. (h. L.).

<sup>1133</sup> Jahres- und Zwischenberichterstattung.

<sup>1134</sup> Vgl. dazu Hsu und von FISCHER.

fen nicht nur diejenige Konzerngesellschaft, die zu kotierende oder kotierte Emittentin bzw. – im Falle der Meldepflicht – die Erwerblerin einer Beteiligung ist, sondern darüber hinaus in unterschiedlichem Umfang die Unternehmensgruppe als Ganzes.<sup>1135</sup>

Für die Wissenszurechnung im Konzern sind diese Bestimmungen von zweifachem Interesse:

*Einerseits* bewirken sie, dass eine am Kapitalmarkt auftretende Konzernunternehmung ihren internen Informationsaustausch so organisieren muss, dass die Gegenstand der Transparenzpflichten bildenden Informationen tatsächlich und innert nützlicher Frist verfügbar sind.<sup>1136</sup> Regulatorische Pflichten<sup>1137</sup> erfordern also *rein faktisch* einen bei kotierten Konzernunternehmen weit reichenden und aufwendig zu administrierenden Informationsaustausch innerhalb der Gruppe.<sup>1138</sup>

*Andererseits* stellen diese Pflichten aber auch *eigentliche Zurechnungsnormen* dar. Dies soll am Beispiel der rein kapitalmarktrechtlichen Meldepflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 lit. b BEHG gezeigt

<sup>1135</sup> Vgl. zu den aktien- und kapitalmarktrechtlichen Pflichten der Offenlegung von Beteiligungs- und Aktionärsbeziehungen in Konzernverhältnissen umfassend LEONARDO CEREGHETTI Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen, Chur/Zürich 1995 (das BEHG ist nur im Entwurfsstadium berücksichtigt). Zu den börsenrechtlichen, für Konzerne relevanten Pflichten insgesamt VON BÜREN Konzern 281 ff.

<sup>1136</sup> BSK-WEBER Art. 20 BEHG N 86 und JEAN NICOLAS DRUBY Die Meldepflicht, Transparenz – eine verhüllte Göttin SZW Sondernummer 1997 43 sprechen plastisch davon, der Offenlegungspflicht müsse eine «interne Meldepflicht» vorangehen. *Nicht ordnungsgemässe Kommunikation* stelle keinen Exkulpationsgrund für die allfällige Nichterfüllung der Offenlegungspflicht dar; ähnlich auch BSK-WEBER Art. 20 BEHG N 86 («Exkulpation bei mangelnder Kommunikation ist kaum denkbar»).

<sup>1137</sup> Von den genannten Transparenzpflichten stellt die Prospektpflicht insofern eine Doppelnorm dar, als sie sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich abgestützt ist. Beachte auch die Meldepflicht der Veräussererbank beim Verkauf von börsenkotierten Namenaktien gemäss Art. 685e OR.

<sup>1138</sup> Ausführlich zum Einfluss regulatorischer Bestimmungen auf die Wissenszurechnung hinten im finanzmarktrechtlichen Teil (5. Kap.). Im vorliegenden Abschnitt geht es bloss darum, die konzernrelevanten Zurechnungen (egal ob privatrechtlicher oder regulatorischer Natur) zugrundeliegenden Wertungen aufzuzeigen.

werden<sup>1139</sup>: Gemäss Art. 20 Abs. 1 BEHG unterliegt einer Meldepflicht gegenüber der Gesellschaft und der Börse, an der die Beteiligungspapiere der Gesellschaft kotiert sind, wer direkt oder indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien der Gesellschaft in der Schweiz erwirbt oder veräussert und dadurch einen der Grenzwerte von 5, 10, 20, 33⅓, 50 oder 66⅔ der Stimmrechte erreicht, unter- oder überschreitet. Abs. 3 von Art. 20 BEHG schreibt explizit vor – und statuiert so eine Zurechnung – dass eine vertraglich oder auf andere Weise organisierte Gruppe die Offenlegungspflicht «als Gruppe erfüllen» müsse und sich die Meldung auf die Gesamtbeteiligung, die Identität der einzelnen Mitglieder<sup>1140</sup>, die Art der Absprache sowie die Vertretungsverhältnisse zu erstrecken habe. Mitverantwortlich für die Gruppenmeldung ist zwar jede einzelne Gesellschaft, die dafür von der «gesonderten Meldung befreit»<sup>1141</sup> ist. Die Erfüllung der Gruppenmeldepflicht liegt im Falle eines Konzerns bei der Mutter, als wirtschaftlich Berechtigter<sup>1142</sup>. Dies bedeutet, «dass von einer Konzernmutter erwartet werden muss, sie habe den Überblick über alle Beteiligungserwerbe sämtlicher Tochtergesellschaften»<sup>1143</sup>. Typisch für die Natur dieser Gruppenmeldungsbestimmung als *Zurechnungsnorm*

<sup>1139</sup> Die zur Unternehmenspublizität gehörenden Pflichten betreffend Kotierungsprospekt, periodische Publizität und Ad-hoc-Publizität sind im Hinblick auf die Untersuchung des Zurechnungsprinzips nicht grundsätzlich anders als die Rechnungslegungspflicht, welche vorne S. 244 f. dargestellt wurde, weshalb auf sie hier nicht weiter eingegangen werden soll.

<sup>1140</sup> Mitteilung I/00 der Offenlegungsstelle der SWX Swiss Exchange vom 20. 3. 2000, S. 1 f. präzisiert, dass in der Meldung nur diejenigen Gruppenmitglieder aufzuführen sind, welche tatsächlich direkt oder indirekt Stimmrechtsanteile halten (ohne dass allerdings die auf die einzelne Gruppengesellschaft entfallende Quote genannt werden müsste). Nur so kann nach Auffassung der Offenlegungsstelle «Transparenz hinsichtlich der tatsächlichen Beherrschungsverhältnisse» hergestellt werden. Vom Gesetzeswortlaut her wäre die Auffassung möglich, dass alle Gruppenmitglieder, auch diejenigen, die keine Stimmrechtsanteile halten, zu nennen gewesen wären, was zusammen mit dem Prinzip, dass nicht die einzelnen Quoten, sondern nur die addierte Gesamtbeteiligung des Konzerns genannt werden muss, zu einem unscharfen Bild der Berechtigungsverhältnisse geführt hätte.

<sup>1141</sup> BSK-WEBER Art. 20 BEHG N 95.

<sup>1142</sup> Gemäss Art. 9 Abs. 1 BEHV-EBK.

<sup>1143</sup> BSK-WEBER Art. 20 BEHG N 95; beachte aber JEAN NICOLAS DRUEY Die Meldepflicht, Transparenz – eine verhüllte Göttin SZW Sondernummer 1997 43.

ist, dass *ungenügender gruppeninterner Informationsfluss* über die gehaltenen Beteiligungen und die Transaktionen in solchen, d. h. die nicht *ordnungsgemässe Kommunikation*, kein Exkulpationsgrund bei allfälliger Nichterfüllung der Offenlegungspflicht darstellt<sup>1144</sup>.

Im Hinblick auf den Erkenntnisgewinn über Wertungen, die u. U. auch für die Wissenszurechnung im Konzern fruchtbar gemacht werden können, ist aufschlussreich, woran die Offenlegungspflicht die dargelegte Zurechnung anknüpft: Der Anwendungsbereich der Erfassung als Konzern oder Unternehmensgruppe bei der Offenlegung von Beteiligungen, d. h. von Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c BEHV-EBK, beschränkt sich gemäss den Ausführungen der Offenlegungsstelle «nicht auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff (vgl. Art. 663e Abs. 1 OR), welcher eine *einheitliche Leitung* im Sinne einer *tatsächlichen* Ausübung der Beherrschungsmöglichkeit über abhängige Unternehmen voraussetzt». Er sei vielmehr «nicht zuletzt im Hinblick auf die ausgesprochen internationale Dimension von Konzernierungserscheinungen» auch auf *andere* «rechtliche und faktische Erscheinungsformen von Unternehmenszusammenfassungen» anzuwenden.<sup>1145</sup> Als Beispiele einer in diesem Sinne relevanten Unternehmenszusammenfassung werden genannt die Beherrschung aufgrund:

- «– massgeblicher Stellung infolge einer *qualifizierten Minderheitsbeteiligung*, falls im übrigen *Streubesitz der Aktien* gegeben ist (faktische Präsenzmehrheit an der Generalversammlung; die einmalige, mehr zufällige faktische Präsenzmehrheit an einer Generalversammlung reicht für die Annahme einer Beherrschung im Sinne von Art. 15 Abs. 2 lit. c BEHV-EBK nicht aus),
- *personeller Verflechtungen* (insbesondere Personalunion auf der Ebene des Verwaltungsrates, indem beispielsweise die Verwaltungsräte zweier Aktiengesellschaften mehrheitlich aus denselben Personen zusammengesetzt sind),
- *vertraglicher Vereinbarungen* (beispielsweise Vertragskonzerne),

<sup>1144</sup> Ähnlich auch BSK-WEBER Art. 20 BEHG N 86: «Exkulpation bei mangelnder Kommunikation ist kaum denkbar».

<sup>1145</sup> Mitteilung III/00 der Offenlegungsstelle SWX Swiss Exchange vom 29. 11. 2000, S. 1.

– *statutarischer Regelung* (beispielsweise Einräumung des Rechts zur Bestellung der Mehrheit der Verwaltungsräte)<sup>1146</sup>.

*Fazit:* Die eine Zurechnung auslösende «organisierte Vorkehren»<sup>1147</sup> liegen bei Unternehmensgruppen für die Zwecke der Offenlegungspflicht vor, wenn die Kriterien «Beherrschung» oder «Beherrschungsmöglichkeit» gegeben sind. Das nicht nur, wenn diese Beherrschungsmöglichkeit rechtlich abgesichert ist, sondern bereits dann, wenn sie aus faktischen Gründen besteht.<sup>1148</sup> Weiter ist das Element der personellen Verflechtung, das hier zur Zurechnung führen kann, als ein möglicherweise auch für die Wissenszurechnung innerhalb von Konzernen wichtiges Kriterium hervorzuheben.<sup>1149</sup>

## 6. Zusammenfassung

Unter dem Stichwort «Fazit» wurde am Schluss der vorangehenden Abschnitte 1.–3. und 5. jeweils dargelegt, auf welchen Wertungen die in diesen Abschnitten untersuchten Zurechnungen basieren. Damit ist ein «Set» von Kriterien zur Verfügung gestellt, das eine die Grenzen der Rechtspersönlichkeit überschreitende Zurechnung im Konzern rechtfertigen kann oder eine solche sogar gebietet. Diese Kriterien sind: tatsächliche Einflussnahme im Sinne einer einheitlichen Leitung bzw. Möglichkeit zur Einflussnahme (jedenfalls soweit diese rechtlich abgestützt ist); Einflussnahmemöglichkeit in Verbindung mit arbeitsteiligem Zusammenwirken oder Vertrauenstatbeständen; fehlende ordnungsgemässe Kontroll- und Informationssysteme, soweit eine Pflicht zur Etablierung solcher besteht; Beherrschungsmöglichkeit u.U. bereits dann, wenn diese aus faktischen Gründen besteht; personelle Verflechtungen.

<sup>1146</sup> Mitteilung III/00 der Offenlegungsstelle SWX Swiss Exchange vom 29. 11. 2000, S. 2.

<sup>1147</sup> Art. 15 Abs. 1 BEHV-EBK.

<sup>1148</sup> So auch in der Zusammenfassung der Mitteilung der Offenlegungsstelle III/00 vom 29. 11. 2000, S. 1.

<sup>1149</sup> Hier wird bereits auf das Control-Konzept eingeschwenkt, wie es im Vorentwurf des RRG vorgesehen ist, vgl. dazu etwa BERTSCHINGER Arbeitsteilung N 290 ff.

Diese Kriteriensammlung wird im Folgenden als Ausgangsbasis zur Prüfung der Frage, inwiefern eine *Zurechnung von Wissen im Konzern* statthaft oder geboten ist, herangezogen. Mit dieser Vorgehensweise ist insbesondere die Wertungskonsistenz eines Wissenszurechnungsmodells im Konzern mit dem Konzernrecht insgesamt sichergestellt. Zu beachten ist, dass es hier nicht etwa um die Beurteilung der Zurechnung von Wissen/Wissenmüssen auf der Stufe der einzelnen Konzerngesellschaft geht,<sup>1150</sup> sondern einzig darum, was ein die formalen Grenzen der Konzerngesellschaften durchbrechendes Informationstransfergebot allenfalls rechtfertigen kann.

## III. Anwendung der vorgefundenen Zurechnungsgründe auf die Wissenszurechnung im Konzern

### 1. Vorbemerkung: Konzernierung als solche kein Zurechnungsgrund

«Die rechtliche Vielheit ist nur zu überwinden, wenn ein überzeugender Zurechnungsgrund gefunden werden kann»<sup>1151</sup>. Die *Konzernierung* an sich ist *kein* solcher Grund zur Wissenszurechnung. Anders entscheiden hiesse, das Trennungsprinzip zu ignorieren und den Konzern für die Wissenszurechnung im Widerspruch zu Gesetz<sup>1152</sup>, Judikatur und ganz h.L.<sup>1153</sup> als rechtliche Einheit, seine Untergesellschaften als blosse Zweigniederlassungen der Obergesellschaft, zu behandeln. Es wäre zudem eine «schematische Lösung», die wohl in der Regel *allein* die Interessen Dritter beachten

<sup>1150</sup> Diese Frage ist zur Beurteilung eines Wissenszurechnungsfalls im Konzern gleichsam auf einer ersten Stufe natürlich auch zu beantworten – dies mit dem vorne erarbeiteten Lösungsansatz (Kap. 3).

<sup>1151</sup> «Die rechtliche Vielheit ist nur zu überwinden, wenn ein überzeugender Zurechnungsgrund gefunden werden kann.» (DREXL 508).

<sup>1152</sup> Art. 663e Abs. 1 OR: «Fasst die Gesellschaft ... eine oder mehrere *Gesellschaften* unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern) ...» (Kursivdruck eingefügt).

<sup>1153</sup> Dazu vorne S. 238 ff.

würde und deshalb unausgewogen wäre. Die (nach richtiger Auffassung selbst bei der Wissenszurechnung innerhalb einer juristischen Person<sup>1154</sup>) notwendige Abwägung von Vor- und Nachteilen einer Wissenszurechnung unterbliebe. Dies würde auch bedeuten, dass nicht effiziente Lösungen<sup>1155</sup>, etwa bei der rechtlichen Strukturierung arbeitsteiliger Organisationen, vertreten würden.<sup>1156</sup> Schliesslich: Eine Zurechnung bloss gestützt auf Konzernierung würde grundlegende Wertungen der Privatrechtsordnung, sc. insbesondere das Prinzip der Beachtung der Rechtspersönlichkeit, verletzen.

## 2. Wissenszurechnung aufgrund einer Konzernleitungspflicht?

### a) Zusammenhang zwischen Konzernleitung(splicht) und Wissenszurechnung

Wo die Konzernleitung tatsächlich ausgeübt wird, führt dies stets zu einem umfangreichen Informationsfluss. Wissen, das ursprünglich nur in einzelnen beherrschten Gesellschaften vorhanden war, wird damit rein faktisch auf die herrschende Gesellschaft oder weitere juristische Personen innerhalb der Gruppe transferiert werden. Haben die Informationen einmal die Grenze einer anderen juristischen Person überquert, kommen ohne weiteres die für juristische Personen geltenden Wissenszurechnungsprinzipien zur Anwendung. Insofern die einheitliche Leitung Ursache dafür ist, dass bestimmtes Wissen auf andere juristische Personen transferiert worden ist, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden.

<sup>1154</sup> Dazu vorne S. 111 ff.

<sup>1155</sup> Vgl. zum Nachweis der Effizienz beim Vertragsauslegungsprinzip «Vorrang des Parteiwillens» LANZ 209 f.

<sup>1156</sup> In der Literatur, so etwa auch bei DREXL 508, wird diesbezüglich weiter ausgeführt, dass mit einer generellen Wissenszurechnung der grundlegende Unterschied zwischen juristischen Personen und Konzernen missachtet würde. Dieses Argument verliert an Kraft, wenn die Wissenszurechnung (wie nach hier vertretener Auffassung) auch innerhalb der juristischen Person nicht dogmatisch-schematisch erfolgt (dazu vorne S. 111 ff.).

Denn es liegt, bezogen auf das *Verhältnis zwischen den juristischen Personen*, gar kein Fall der Wissenszurechnung<sup>1157</sup> vor. Die Zurechnungsfrage kann sich dagegen natürlich nun innerhalb einer juristischen Person stellen. Dies ist jedoch nicht eine spezifisch konzernrechtliche Zurechnungsproblematik.

Das Bejahen einer *originären Konzernleitungspflicht*<sup>1158</sup> hätte dagegen in dem von der Leitungspflicht erfassten Bereich<sup>1159</sup> eine eigentliche Wissenszurechnung zur Folge. Denn zum einen sind Leitungspflicht und Pflicht zum Informationsaustausch untrennbar miteinander verbunden. Zum andern – deshalb eine eigentliche Wissenszurechnung – würde Wissen auch dann zugerechnet, wenn der Informationsfluss innerhalb des Konzerns tatsächlich gerade nicht erfolgt ist.

### b) Gibt es eine Konzernleitungspflicht?

Das führt zur Frage, ob es eine (originäre) Konzernleitungspflicht gibt. Ein grosser Teil der Literatur<sup>1160</sup> bejaht dies, obwohl sich die Konzernleitungspflicht nicht direkt aus dem Gesetz ergibt<sup>1161</sup>. Zur

<sup>1157</sup> Es handelt sich *nicht* um eine Zurechnung im eigentlichen Sinne (vgl. die Definition des Begriffs der Zurechnung vorne S. 120): Wo A (z. B. die Konzernmutter) die Information von einer anderen Person B (z. B. von der beherrschten Unternehmung) erhalten hat, bedarf es gar nicht mehr der rechtlichen Zuordnung des Wissens von B auf A, es ist bereits bei A vorhanden.

<sup>1158</sup> Gemeint ist hier nicht die Frage der Konzernierungspflicht; vorne wurde klargestellt, dass ein Konzern nur bei Vorliegen einer einheitlichen Leitung (in mindestens bestimmten wichtigen Bereichen) gegeben ist und dass die blosse Mehrheitsbeteiligung nicht zur Konzernierung verpflichtet. Wenn hier nach dem Bestehen einer Konzernleitungspflicht gefragt wird, so ist dies nicht im Widerspruch dazu, denn es geht um die Frage, ob, *wenn* tatsächlich ein Konzern aufgrund relevanter tatsächlicher Leitung vorliegt, dann auch in weiteren als den von der tatsächlichen Leitung direkt abgedeckten Bereichen eine Leitungsverpflichtung entsteht.

<sup>1159</sup> Und nur in diesem Bereich und in dem Umfang, als ein Informationstransfer für die Wahrnehmung der Konzernleitung erforderlich ist.

<sup>1160</sup> BÖCKLI Schweizer Aktienrecht N 1530a; ZK-HOMBURGER Art. 716a OR N 539; BERTSCHINGER Arbeitsteilung N 293.

<sup>1161</sup> Bezeichnend ist, dass die Groupe de réflexion 78 weitergehende konzernrechtliche Regelungen (im Gegensatz zu einer umfassenderen Regulierung) in punktuellen Bereichen, namentlich im Bereich der «Leitungspflicht», als prüfungswert erachtet.

Begründung wird angeführt, dass sich die Pflicht zur Oberleitung gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR im Falle eines Konzerns auf die konzernierten Unternehmungen als Gesamtes beziehe<sup>1162</sup>. Differenzierende Auffassungen vertreten VON BÜREN, der eine («minimale») Konzernleitungspflicht nur bejaht, «wenn das herrschende Unternehmen tatsächlich Einfluss nimmt auf die abhängigen Unternehmen»<sup>1163</sup>, sowie HANDSCHIN, der das Unterlassen der Konzernleitung nur dann als pflichtwidrig betrachtet, wenn «das Mutterunternehmen, das über [Konzernleitungsmechanismen] verfügt, sie ... nicht nutzt»<sup>1164</sup>. DRUEY scheint eine eigentliche Konzernleitungspflicht sogar zu verneinen. Jedenfalls spricht seine Äusserung, dass die Unterlassung der Leitung der Tochter rechtlich relevant wird, «[J]e stärker die Einzeleinheit leitungsmässig[!] ins Ganze integriert ist», gerade gegen eine eigentliche, *originäre(!)* Leitungspflicht.<sup>1165</sup> Auch das *Bundesgericht* spricht sich nicht für das Bestehen einer Leitungspflicht aus. Wie DRUEY/VOGEL<sup>1166</sup> ausführlich darlegen, statuiert der bekannte Von-Roll-Entscheid<sup>1167</sup> eine Pflicht zum Treffen von organisatorischen Massnahmen *weil* tatsächlich eine Konzernleitung bestand!<sup>1168</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Besteht trotz beteiligungsmässiger Beherrschung ei-

ner Gesellschaft keine Pflicht zur Konzernierung, kann es auch *keine originäre Pflicht zur Ausübung der einheitlichen Leitung geben*<sup>1169</sup>. *Wird hingegen Konzernleitung tatsächlich ausgeübt, so entsteht damit allerdings eine Leitungspflicht insofern, als im geleiteten Bereich eine der Leitungsdichte angemessene Organisation zu implementieren ist*<sup>1170</sup>.

In Anbetracht der blossen Berechtigung, nicht aber Verpflichtung zur Konzernierung, hängt die «Entscheidung, wie intensiv die einheitliche Leitung in einem Konzern erfolgt, ... von betriebswirtschaftlichen Erwägungen über Vor- und Nachteile einer mehr oder minder zentral gelenkten Leitung» ab<sup>1171</sup>. An diesem enormen Gestaltungsspielraum, der letztlich eine gesetzliche Pflicht gar nicht entstehen lassen könnte, scheitert m. E. auch die bekannte Theorie HOMMELHOFFS, der die Leitungspflicht aus dem Unternehmensgegenstand ableitet<sup>1172</sup> und dabei insbesondere an die Pflicht zur optimalen Nutzung und Verwaltung der Ressourcen der Gesellschaft denkt<sup>1173</sup>. Diese Pflicht kann jedoch so unterschiedlich wahrgenommen werden, wie es in Wirklichkeit die Spannweite zwischen der kaum existenten Einflussnahme einer reinen Beteiligungsgesellschaft<sup>1174</sup> und der umfassenden Leitung in einem stark integrierten Konzern gibt. «Hüten wir uns also vor Mystifizierung: Konzernleitungspflicht konkretisiert, was nicht nur für Beteiligungen, sondern für alle wichtigen Aktiven eines Unternehmens gilt, dass nämlich die Leitung zu bestimmen hat, was wie mit ihnen geschieht.»<sup>1175</sup>

Würde man allerdings sogar dieses Minimum noch als *originäre* «Leitungspflicht» betrachten, dann wäre deren Bestehen natürlich

<sup>1162</sup> Und so eben zur Konzernleitungspflicht werde, BERTSCHINGER Arbeitsteilung N 293.

<sup>1163</sup> VON BÜREN Konzern 56. Entsprechend weisen VON BÜREN/BRECHBÜHL 547 darauf hin, dass es «nach unten von Gesetzes wegen keine Grenze» der Leitungspflicht gebe, sich eine solche aber aus dem statutarischen Zweckartikel der herrschenden Gesellschaft ergeben könne.

<sup>1164</sup> So HANDSCHIN Konzern 109, was bereits insofern nicht richtig sein kann, als dann, wenn man die Pflicht bejaht, nicht nur der Nichtgebrauch von bestehenden Leitungsmechanismen, sondern auch das Unterlassen der bei Beherrschung stets möglichen Bereitstellung der Konzernleitungsmechanismen innert nützlicher Frist haftungsbegründend sein müsste; AMSTUTZ N 577 ff.; VON BÜREN Konzern 54 ff.

<sup>1165</sup> DRUEY Leitungsrecht und -pflicht 26, wo er dies dann auch klarstellt: «Die Tochter, und gehe es ihr auch schlecht, hat den Leitungsanspruch gegenüber der Mutter nur, soweit eine Erwartung auf Leitung begründet worden ist, sei dies durch vorausgehende Leitungshandlungen oder entsprechende Organigramme.»

<sup>1166</sup> DRUEY/VOGEL 373 ff.

<sup>1167</sup> BGE 122 IV 103.

<sup>1168</sup> Nichts anderes ergibt sich aus dem berühmten *Swissair-Entscheid*, dazu vorne S. 249 f.

<sup>1169</sup> So wohl auch BRECHBÜHL 17, da er in diesem Zusammenhang die Verpflichtung zur Konzernleitung mit derjenigen zur Konzernierung gleichsetzt, und unter Hinweis auf fehlende gesetzliche Grundlage einer solchen ablehnt.

<sup>1170</sup> So letztlich das Von-Roll-Urteil, BGE 122 IV 103; DRUEY Leitungsrecht und -pflicht 26 f.; DRUEY/VOGEL 372 ff.

<sup>1171</sup> DREXL 510.

<sup>1172</sup> HOMMELHOFF 65 ff.

<sup>1173</sup> HOMMELHOFF 70.

<sup>1174</sup> Die auch ihre Stimmrechte nicht wahrnimmt, sondern die Beteiligungen nur mittels «entry» und «exit» verwaltet.

<sup>1175</sup> DRUEY Leitungsrecht und -pflicht 25.

zu bejahen. Eine solche «Leitungspflicht» enthält dann aber auch keine Besonderheiten mehr, die sie von der ordentlichen Verwaltung der Beteiligungen durch eine Investmentgesellschaft unterscheiden würde. Es handelt sich dabei nicht mehr um eine Konzernleitungspflicht, der *Organisationspflichten* entnommen werden könnten!

*Fazit:* Mangels einer *originären* Konzernleitungspflicht kann die Wissenszurechnung (in dem von dieser Pflicht erfassten Bereich) in einem Unternehmensverbund nicht mit dieser begründet werden. Aber selbst wenn man die Konzernleitungspflicht bejahen würde, könnte sie nicht *allgemein* eine Wissenszurechnung statuieren. Denn ihr Inhalt würde in jedem Fall von dem gewählten Leitungsgebiet und der konkreten Leitungstiefe abhängen, wäre mithin der Disposition der Obergesellschaft anheimgestellt. Wird dagegen eine *einheitliche Leitung tatsächlich* ausgeübt, so ist diese sorgfältig vorzunehmen. Hieraus *konkretisiert sich eine Organisationspflicht, die zu einem wichtigen Teil auch aus der Sicherstellung des Informationsflusses besteht.*<sup>1176</sup> Diesfalls ist aber der Grund der Wissenszurechnung nicht eine (originäre) Pflicht zur Konzernleitung, sondern die Tatsache der freigewählten Etablierung einer Organisation, in der in einem wiederum freigewählten Bereich eine zentrale Leitung wahrgenommen wird. Verkürzt ausgedrückt also *Wissenszurechnung aufgrund rechtlich möglicher und tatsächlich ausgeübter Einflussnahme*<sup>1177</sup>.

<sup>1176</sup> So wurde im Von-Roll-Entscheid (BGE 122 IV 103) dem Angeklagten unter Bezugnahme auf die konkrete Führungsorganisation und das Organigramm der Gruppe vorgeworfen, «keinerlei Sicherheitsmassnahmen getroffen zu haben, welche es den Führungsorganen erlaubt hätte, mögliche Kriegsmateriallieferungen durch einzelne Werke des Konzerns frühzeitig zu erkennen und zu verhindern ...» DRUEY/VOGEL 373 in ihrer Zusammenfassung des dem Entscheid zugrunde liegenden Sachverhalts (Kursivdruck eingefügt). Bezeichnend ist, dass die weitgehende Organisationspflicht für ein Unternehmen statuiert wurde, das, gleich wie Banken, Effektenhändler, Anlagefonds und Versicherungen, in einem stark regulierten Bereich, dem Kriegsmaterialgeschäft, tätig war. Entsprechend konnte die konkrete Organisationspflicht nebst auf die tatsächlich bestehende Konzernleitung auch auf das Kriegsmaterialgesetz abgestützt werden (DRUEY/VOGEL 374).

<sup>1177</sup> Damit ist der im Folgenden zu diskutierende Wissenszurechnungsgrund genannt.

### 3. Tatsächliche Einflussnahme als Grund der Wissenszurechnung im Konzern

- a) Besondere Qualität der «tatsächlichen Einflussnahme» – ihre Legitimation als Zurechnungsgrund

Tatsächliche Einflussnahme einer Person auf eine andere Person kann als solche keinen Grund für die Wissenszurechnung darstellen. Mehr oder minder intensive Einflussnahme ist im Geschäftsleben unter nicht verbundenen Personen eine alltägliche Erscheinung: Nicht nur Aktionäre, sondern «Stakeholders» wie Arbeitnehmer<sup>1178</sup>, Kunden<sup>1179</sup>, Lieferanten, Interessengruppierungen<sup>1180</sup> und das Gemeinwesen, aber auch Regulatoren, ja sogar Konkurrenten<sup>1181</sup>, nehmen auf ein Unternehmen Einfluss, um ihre spezifischen Interessen durchzusetzen.

Mit Recht käme jedoch niemand auf die Idee, das Wissen solcher Personen der juristischen Person, welche sie zu einem bestimmten Verhalten veranlasst haben, zuzurechnen.<sup>1182</sup> Dies selbst

<sup>1178</sup> Z. B. im Verfahren von Art. 335f Abs. 2 OR, oder beim Aushandeln neuer Tarife im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen.

<sup>1179</sup> Welche eine Unternehmung z. B. veranlassen, ein Produkt mit besonderen Spezifikationen herzustellen.

<sup>1180</sup> Man denke an die sog. NGOs, deren Einfluss auf die öffentliche Meinung und damit indirekt auf einzelne, insbesondere reputationssensitive Unternehmen so weit gehen kann, dass es heute auch als Teil der «Compliance» verstanden wird, über die Beachtung der Rechtsordnung und sogar ethischer Aspekte hinaus zu prüfen, ob unternehmerisches Verhalten, vereinfacht ausgedrückt, nicht die Gunst der öffentlichen Meinung (egal, ob diese selbst Recht hat), zerstören könnte (z. B. sog. «TV-Test», vgl. dazu BUFF N 30, 272 f. und 536, der als gutes Beispiel die von Shell geplante Versenkung der Bohrplattform Brent Star erwähnt). Zur langfristigen Beeinträchtigung der Handlungsmöglichkeiten durch sachwidrige Forderungen im Zusammenhang mit dem Steuerungsinstrument «Reputation» vgl. VON DER CRONE Reputation 271, ebenfalls unter Hinweis auf den Fall Brent Star.

<sup>1181</sup> Durch ihr Marktverhalten (Produktart, Menge, Preis, Werbeauftritt etc.) veranlassen sie sich gegenseitig zu einem bestimmten Verhalten (z. B. ebenfalls Wahl eines aggressiveren Werbeauftritts).

<sup>1182</sup> Es spielt im Hinblick auf die vergleichende Betrachtung mit der Einflussnahme der herrschenden auf die beherrschte Gesellschaft in Konzernverhältnissen keine Rolle, dass die Unternehmung *nicht verpflichtet* ist, sich gemäss der Veran-

dann nicht, wenn die Einflussnahme Dritter, man denke etwa an denjenigen der finanzierenden Bank auf den Geschäftsplan einer kreditnehmenden Unternehmung oder der gewerkschaftlich straff organisierten Angestellten in einem für Spezialisten ausgetrockneten Arbeitsmarkt, über blosser Anregungen hinausgeht und zur eigentlichen Veranlassung wird. Es besteht nämlich keine Rechtsgrundlage dafür, dass das Wissen Dritter, die andere zu einem bestimmten Verhalten veranlassen, diesen zuzurechnen wäre. Denn Dritte trifft im Normalfall keine (rechtliche) Verantwortung für die Folgen ihrer Einflussnahme<sup>1183</sup>. Allgemein, ausserhalb des Konzernrechts betrachtet, besteht eine solche Verantwortung für Einflussnahme nur<sup>1184</sup> dort, wo diese entweder eine vertragliche oder quasivertragliche Haftung begründet oder aber eine deliktische Schädigung darstellt.

Als Beispiel sei die Haftung für «falschen» Rat genannt: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haftet nach Art. 41 OR, wer «aufgrund seines Fachwissens in Anspruch genommen wird, wunschgemäss Auskünfte erteilt oder Gefälligkeitsleistungen erbringt und dabei wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnissen in Frage stehenden Entschluss *beeinflussen könnte*!»<sup>1185</sup>. Vo-

lassung zu verhalten; auch im Konzern besteht dazu häufig keine *rechtliche* Verpflichtung, sondern «blosser» faktischer Druck, z. B. aus Sorge um Nichtwiederwahl oder Abwahl als Verwaltungsrat, oder aufgrund von starker Loyalität gegenüber der Muttergesellschaft, welche oftmals genauso effizient sind wie rechtliche Verpflichtungen. Vgl. dazu etwa FORSTMOSER Haftung im Konzern 103, der betreffend den von einem Konzern eingesetzten Organvertreter treffend ausführt: «Als «Beauftragter» der Muttergesellschaft *fühlt* er sich verpflichtet», die ihm von der Mutter übertragenen Geschäfte treu zu besorgen. (Kursivdruck eingefügt.) Zu den Handlungsmöglichkeiten eines Verwaltungsrates der Untergesellschaft in Anbetracht des «grossen Paradoxon» des Konzernrechts, BÖCKLI Konzernrecht 47 ff., insbes. 61 f.

<sup>1183</sup> Vgl. GESSLER/HEFERMEHL, KO AktG München 1976 § 17 N 40 f., 54 ff.; Kölner Kommentar-KOPPENSTEINER § 17 N 50; SCHÜLER 185.

<sup>1184</sup> Abgesehen von der Veranlassung zu strafrechtlich relevantem Verhalten, welche eine Anstiftung gemäss Art. 24 StGB darstellen kann.

<sup>1185</sup> BGE 116 II 699 (Kursivdruck eingefügt); ausführlich zu dieser Rechtsprechung und der ihr zugrunde liegenden Dogmatik ABEGGLEN Aufklärungspflichten 58 ff.

oraussetzung der Haftung ist das Bestehen einer rechtlichen Sonderbindung, die allerdings bereits angenommen wird, wenn der Rat von einem Fachmann ausgeht, und die mögliche Auswirkung des Rats bekannt ist. Nur so kann eine auf Art. 2 ZGB basierende Schutznorm begründet werden, welche auch Raterteilungen, die nur zu einem Vermögensschaden führen, als rechtswidrig i.S. der h.L. zu Art. 41 OR interpretieren lässt<sup>1186</sup>.

Für vorliegenden Zusammenhang bedeutsam an diesem Beispiel ist abgesehen von den Voraussetzungen der Verantwortlichkeit bei Einflussnahme der Umstand, dass Einflussnahme – im Beispiel professioneller Rat – zur Zurechnung des Wissens des Ratgebenden auf den Beratenen führt. Die Zurechnung erfolgt jedoch nur *im Bereich der Einflussnahme*<sup>1187</sup>. Ein weiteres Beispiel dafür findet sich bei den auf Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG sowie, soweit es um die rein privatrechtliche Begründung geht, dem gesetzlichen Schutzverhältnis<sup>1188</sup> beruhenden Informationspflichten des Effektenhändlers: Danach ist ein Anleger, wenn er einen Effektenhandelsauftrag erteilt, über die Risiken der fraglichen Geschäftsart aufzuklären. Diese Informationspflicht entfällt nicht nur, wenn aufgrund des Anlagerats eines Dritten *tatsächlich kein Informationsbedarf* mehr vorhanden ist<sup>1189</sup>, sondern nach richtiger Auffassung bereits aufgrund der Tatsache, dass der Anleger sachkundig beraten ist<sup>1190</sup>. Mithin wird dem Anleger das Wissen des Ratgebenden aufgrund dessen *rechtlich relevanter Einflussnahme* (möglich-keit) *zugerechnet*.

*Fazit:* Blosser Einflussnahme reicht im Allgemeinen zur Begründung einer rechtlichen Verantwortlichkeit (wozu auch die Zurechnung von Wissen gehören kann) für die Einflussnahme nicht aus. Vielmehr müssen noch die *Verletzung einer spezifischen Schutz-*

<sup>1186</sup> Zum Ganzen ausführlich ABEGGLEN Aufklärungspflichten 59 f.

<sup>1187</sup> Wobei es sich um den Bereich der tatsächlichen Einflussnahme wie auch den Bereich einer kundgegebenen, in Tat und Wahrheit aber nicht gegebenen Einflussnahme handeln kann. Zur Bedeutung dieser Erkenntnis für die Wissenszurechnung im Konzern siehe hinten S. 284 ff.

<sup>1188</sup> Dazu ausführlich ABEGGLEN Aufklärungspflichten 141–163.

<sup>1189</sup> ABEGGLEN Aufklärungspflichten 172 ff., insbesondere 176.

<sup>1190</sup> ROTH Art. 11 BEHG N 70.

*norm*<sup>1191</sup> oder einer (*quasi*)vertraglichen Verpflichtung<sup>1192</sup> hinzukommen.

- b) Die tatsächliche Einflussnahme im Konzern als Grund der Wissenszurechnung im Konzern<sup>1193</sup>

Dieses allgemeine Prinzip lässt sich nun auf die *tatsächliche Einflussnahme im Konzern* übertragen. Grundvoraussetzung der Wissenszurechnung ist einmal, dass im fraglichen Bereich Leitung durch die Obergesellschaft, d.h. Einflussnahme, vorlag. Ist diese gegeben, so entsteht zugleich mit der Leitung, wie vorne gesehen, eine Leitungs- oder Organisationspflicht, d.h. aber eine Verantwortlichkeit für die Einflussnahme. Entsprechend sind die beiden Voraussetzungen einer Wissenszurechnung, nämlich Einflussnahme und rechtliche Verantwortlichkeit dafür, gegeben<sup>1194, 1195</sup>.

Wichtig ist die soeben gemachte Einschränkung, dass die Zurechnung nur im Bereich der Einflussnahme erfolgen darf. D.h., dass nicht generell bei Vorliegen einer einheitlichen Leitung das Wissen der Obergesellschaft pauschal der Untergesellschaft zugerechnet werden darf, sondern eben nur in denjenigen Bereichen,

<sup>1191</sup> Die sich entweder aus einer Spezialnorm oder bei Bestehen einer Sonderverbindung aus Art. 2 ZGB ergeben kann, beachte zum Letzteren jedoch BK-MERZ Art. 2 ZGB N 85, wonach in den «meisten Fällen der unerlaubten Handlung» die Voraussetzung der Sonderverbindung nicht erfüllt sei.

<sup>1192</sup> Wobei es egal ist, um welche Art vertraglicher Pflicht es sich handelt, d.h. ob Haupt- oder Nebenpflicht, ob Leistungs- oder Verhaltenspflicht.

<sup>1193</sup> Der Untertitel lautet bewusst so, da damit zum Ausdruck gebracht wird, dass es sich um eine durch rechtliche Verantwortlichkeit ausgelöste qualifizierte Einflussnahme, wie sie eben die Einflussnahme im Konzern darstellt, handeln muss.

<sup>1194</sup> Dieser gestützt auf allgemeine schuldrechtliche Überlegungen gezogene Schluss deckt sich mit der Rechtsprechung, welche die Organisation des Informationsflusses als wesentlichen Teil der bei einheitlicher Leitung gegebenen Organisationspflicht betrachtet, dazu ausführlich vorne S. 261.

<sup>1195</sup> Vgl. dazu auch die Bger.-Urteile 4.C.214/2001 und 4C.208/2001 vom 29.10.2001, dazu MARKUS FELBER Haftung als faktisches Organ einer Tochtergesellschaft, NZZ vom 29.1.2002 (www.weblaw.ch/iusletter): «Nimmt ein Organ der Muttergesellschaft Einfluss auf ein Organ der Tochtergesellschaft, vermag dies ... in der Regel noch keine Organhaftung gegenüber der Tochtergesellschaft zu begründen. Hingegen entsteht eine faktische Organschaft in der Tochtergesellschaft jedenfalls, wenn sich (übertragene oder usurpierte) Zuständigkeiten bilden.»

wo die Einflussnahme erfolgt. Diese *vom Eingliederungsgrad* abhängige, immer nur für den konkreten Einzelfall zu bestimmende Zurechnung des Wissens der Ober- auf die Untergesellschaft und vice versa lässt sich auch wie folgt rechtfertigen: Im Bereich der Einflussnahme substituiert letztlich der Wille der (Organe der) Obergesellschaft denjenigen der (Organe der) Untergesellschaft ganz oder teilweise. Mit dem Willen ist aber konsequenterweise auch das Wissen der (Organe der) Obergesellschaft zumindest teilweise an die Stelle des Wissens der (Organe der) Untergesellschaft getreten<sup>1196</sup>, ihr Wissen ist damit «Teil des Willensbildungsorgans» der Untergesellschaft<sup>1197</sup>.

Diese Wissenszurechnungsregelung lässt sich einwandfrei mit der neueren Lehre von der (allgemeinen) Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates von Konzernuntergesellschaften, mithin mit allgemeinen konzernrechtlichen Wertungen, in Einklang bringen: «Aus dem antinomischen Zusammentreffen von Leitungsattraktion durch die Obergesellschaft einerseits und Aufrechterhaltung einer rechtlich selbständig organisierten Untergesellschaft ... andererseits» folgert BÖCKLI eine Aufgabenteilung und damit «Mindestaufgaben»<sup>1198</sup>, die der Verwaltungsrat der Untergesellschaft trotz Einordnung weiterhin erfüllen muss<sup>1199</sup>. Den Verwaltungsrat trifft damit eine – je nach dem Grad der Eingliederung grössere oder kleinere<sup>1200</sup> – «residuelle Eigenverantwortung»<sup>1201</sup>, die er

<sup>1196</sup> Wo diese nicht mehr tatsächliches Willensbildungsorgan sind, kommt es auch auf deren Wissen nicht mehr an; allerdings verbleibt den Organen der Untergesellschaft immer eine residuelle Willensbildungsverantwortlichkeit, dazu BÖCKLI Konzernrecht 61 ff.

<sup>1197</sup> SCHÜLER 187. Diese Schlussfolgerung behält auch dann Gültigkeit, wenn man mit VON BÜREN Konzern 176 f., der Auffassung ist, nur natürliche, nicht aber juristische Personen kämen als faktische Organe in Frage. Zum Begriff des faktischen Organs siehe prägnant VON BÜREN Aktienrecht N 423.

<sup>1198</sup> BÖCKLI Konzernrecht 54.

<sup>1199</sup> Ausführlich BÖCKLI Konzernrecht 56 ff.

<sup>1200</sup> BÖCKLI Konzernrecht 61 geht bei der Beschreibung der Pflichten des Verwaltungsrates der Untergesellschaft von der maximal zulässigen, d.h. die Grenze der Inkorporierung der Untergesellschaft gerade noch nicht überschreitenden, Einordnung aus (*ders.* 48 f.), mit entsprechend geringer residueller Verantwortung der Organe der Untergesellschaft bzw. grosser Verantwortung derjenigen der Obergesellschaft. Das hier propagierte Konzept, dass die Wissenszurechnung

aber, so Böckli explizit, nur wahrnehmen kann, «wenn er von der Konzernleitung entsprechend informiert wird und er darüber hinaus auch die Möglichkeit hat, sich selbständig zu informieren»<sup>1202</sup>. M. a. W.: Information und Willensbildungsverantwortung sind untrennbar verbunden; *wer in die Willensbildung eingreift, hat auch sein Wissen im Rahmen der Eingriffsbreite und -tiefe einzubringen*. Erfolgt die Willensbildung durch Organe sowohl von Ober- als auch Untergesellschaft, so ist das für die Entscheidungsfindung nötige Wissen zu teilen.

#### c) Fazit

Zur Abstützung der Wissenszurechnung bedarf es *mehr als nur der Möglichkeit der Einflussnahme, nämlich einer rechtlichen Relevanz und Sanktionierung derselben*. Beide Elemente sind im Konzern gegeben: aufgrund der einheitlichen Leitung die tatsächliche Einflussnahme (in bestimmten Bereichen) und deren rechtliche Relevanz aufgrund der damit verbundenen Organisationspflicht und Verantwortung der (Organe der) Obergesellschaft. D.h., das Vorliegen der Elemente «Konzern» und «Einflussnahme» *begründen im Bereich der Einflussnahme*<sup>1203</sup> (!) die Zurechnung des Wissens zwischen Ober- und Untergesellschaft.

Die blossе Möglichkeit der Einflussnahme auf bestimmte (in einem bereits z. T. zentral geleiteten Konzern, weitere) Bereiche genügt nicht, um (auch) dort eine Wissenszurechnung zu begründen, da dieser dort mangels originärer Leitungspflicht<sup>1204</sup> keine rechtliche Relevanz (für die unterlassene Einflussnahme) zukommt. Mögliche, aber unterlassene Einflussnahme wird dagegen dort

entsprechend der tatsächlichen Einflussnahme gekoppelt mit Verantwortung zu bestimmen ist, ist aber auch in weniger stark eingegliederten Konzernen gültig, bloss dann mit entsprechend reduzierter Wissenszurechnung.

<sup>1201</sup> BÖCKLI Konzernrecht 62.

<sup>1202</sup> BÖCKLI Konzernrecht 63.

<sup>1203</sup> D.h. umgekehrt, dass im Konzern dort, wo ein bestimmter Funktionsbereich nicht der einheitlichen Leitung untersteht, keine Wissenszurechnung erfolgen darf, SCHOLZ § 35 N 88a.

<sup>1204</sup> Die Leitungspflicht entsteht nur, soweit die Leitung tatsächlich ausgeübt wird, siehe vorne S. 261.

rechtlich relevant und wissenszurechnungsbegründend, wo bei Vorliegen eines Konzerns externe Pflichten<sup>1205</sup> die Einflussnahme auf bestimmte (weitere) Bereiche vorschreiben. D.h., dass im Konzernkontext nicht nur tatsächliche Einflussnahme, sondern auch *die unterbliebene, aber (ausnahmsweise) rechtlich gebotene Einflussnahme* im fraglichen Bereich eine Wissenszurechnung begründen kann<sup>1206, 1207</sup>.

#### 4. Arbeitsteiliges Zusammenwirken im Konzern als Wissenszurechnungsgrund

Wenn der Zweck eines Modells der Wissenszurechnung innerhalb einer juristischen Person darin besteht, den Anwendungsbereich der Wissensnormen<sup>1208</sup> «an die arbeitsteilige Persönlichkeitserweiterung bei der juristischen Person» sicherzustellen<sup>1209</sup>, so ist es nahe liegend zu untersuchen, ob das Element der Arbeitsteilung auch bei der Frage nach der Wissenszurechnung bei verschiedenen juristischen Personen, die arbeitsteilig zusammenwirken, fruchtbar gemacht werden könnte. Allerdings unterliegt es keinem Zweifel, dass die blossе Tatsache des Zusammenwirkens verschiedener juristischer Personen genauso wenig wie blossе Einflussnahme unter solchen zur Wissenszurechnung führen kann. Denn dafür liessen sich keine Rechtsgrundlagen finden. Zudem ist zu bedenken, dass Arbeitsteilung im weitesten Sinne ein Merkmal insbesondere in-

<sup>1205</sup> Z. B. aus dem Bank- und Finanzmarktrecht.

<sup>1206</sup> Etwa bei Kenntnis der von den Untergesellschaften gehaltenen Beteiligungen oder beim Vorliegen von Sachverhalten bei Untergesellschaften, die der Ad-hoc-Publizität unterliegen, oder im Bereich der Überwachung von Reputationsrisiken in Bankkonzernen, siehe dazu hinten S. 369 ff.

<sup>1207</sup> Auf die schwierige Frage, wie es sich verhält, wenn in einem Bereich der tatsächlichen oder unterbliebenen, aber vorgeschriebenen Einflussnahme akzidentielles Wissen vorhanden ist bzw. wäre, also Wissen, das in keinem Zusammenhang zu der (vorgeschriebenen) Einflussnahme steht, wird hinten eingegangen. Angesprochen sind hier v. a. Fälle, wo eine punktuelle Einflussnahme auf ansonsten relativ autonome Untergesellschaften in Frage steht.

<sup>1208</sup> Zur Definition vorne S. 6 und OLDENBOURG 3, SCHÜLER 28; grundlegend zum Zusammenhang mit der Zurechnung CANARIS Vertrauenshaftung 468.

<sup>1209</sup> SCHÜLER 28 f.

dustrieller und postindustrieller Gesellschaften ist<sup>1210</sup>. Dies würde bei einer generellen Heranziehung des Kriteriums Arbeitsteilung zu einer ausufernden Wissenszurechnung führen.

a) Ausschluss nicht konzernspezifischer Arbeitsteilung als Grund der Wissenszurechnung

Arbeitsteiliges Zusammenwirken kann im Konzern, wie auch unter nicht verbundenen Unternehmen, rechtlich in verschiedener Weise stattfinden. So kann eine Konzernunternehmung für die andere als Stellvertreterin agieren, oder ein Konzernunternehmen zieht ein anderes als gewöhnliche Hilfsperson bei. In diesen Fällen geht es bei der Bestimmung des Wissens der Beteiligten aber gerade nicht um spezifisch konzernrechtliche Zurechnungsfragen, sondern um allgemeine Wissenszurechnungsprobleme des Stellvertretungsrechts und der Verantwortlichkeit für Hilfspersonen, wie sie vorne ausführlich erörtert wurden.<sup>1211</sup> Entsprechend den dort genannten Prinzipien kann in diesen Fällen zwar auch eine Wissenszurechnung im Konzern erfolgen, aber nicht, weil ein Konzern vorliegt, sondern stellvertretungsrechtliche Erwägungen oder solche zum Bezug von Hilfspersonen dafür sprechen<sup>1212</sup>.

b) Konzernspezifische Zurechnung bei Arbeitsteilung

Arbeitsteiliges Zusammenwirken im Konzern kann ferner – genau wie unter nicht verbundenen Unternehmen – auf der Grundlage von Kauf- und Werkverträgen, Auftragsverhältnissen und Innomi-

<sup>1210</sup> In diesem Zusammenhang denke man etwa an das Phänomen, dass klassische Anstellungsverhältnisse in gewissen Branchen durch Modelle abgelöst werden, bei welchen der «Arbeitnehmer» sein eigener Unternehmer ist und in Geschäftsbeziehungen zu den verschiedensten Unternehmen steht.

<sup>1211</sup> S. 9 ff.

<sup>1212</sup> Man denke etwa an das ebenfalls im Zuge der Konzentration auf die Kernkompetenzen sowie der Kosteneinsparungsmöglichkeiten ganz besonders im Bereich der Datenverarbeitung, gerade auch in der Bankbranche, weit verbreitete Outsourcing; dieses kann aber auch andere, besonders wissensrelevante Bereiche, etwa die Abklärung der Identität der Kunden bei Kontoeröffnungen oder die Wahrnehmung der Compliance Officer-Funktionen durch spezialisierte Unternehmen für kleinere Finanzdienstleistungsunternehmen beschlagen.

natsverträgen etc. erfolgen. Dieser «konzerninterne Leistungsverkehr»<sup>1213</sup> muss aus steuerlichen Gründen marktkonform abgerechnet und (auch) deshalb (wie der Leistungsbezug von Dritten) auf vertragliche Grundlagen abgestützt sein. *Ausserhalb* eines Konzernverhältnisses begründet der Bezug von Waren oder Dienstleistungen von Dritten generell keine Zurechnung des Wissens der Dritten auf den Käufer, Werkbesteller oder Dienstleistungsabnehmer<sup>1214</sup>. Diesen wird als positives Wissen nur diejenige Information zugerechnet, die ihnen tatsächlich mitgeteilt wurde.<sup>1215</sup>

Hier stellt sich nun die Frage, ob es für die Wissenszurechnung einen Unterschied macht, ob die externen Leistungserbringer bzw. Lieferanten Konzernmitglieder sind, oder – wohin der momentane Trend zur Fokussierung auf die Kernkompetenzen und weg von vertikal integrierten Konzernen wohl geht<sup>1216</sup> – nicht nur formaljuristisch, sondern auch wirtschaftlich betrachtet Dritte sind<sup>1217</sup>.

<sup>1213</sup> THEISEN 604. Zur Besteuerung im Konzern nach Schweizer Recht von BÜREN Konzern 339; zum Erfordernis der Marktkonformität vgl. etwa HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht Bd. II, 9. A. Bern/Stuttgart/Wien 2002, § 48 N 53–55.

<sup>1214</sup> Natürlich wiederum nur unter dem Vorbehalt, dass die Leistungserbringer nicht als Hilfspersonen zu qualifizieren sind! Vgl. zur Wissenszurechnung im Falle des Outsourcing administrativer Tätigkeiten im Versicherungsgeschäft das besprochene Urteil vorne S. 102 f.

<sup>1215</sup> Soweit es um aktuelles Wissen geht. Wo «Wissenmüssen» genügt, werden ihm auch Kenntnisse (z. B. in der richtigen Bedienung und Wartung einer komplizierten Maschine oder korrekten Verwendung einer komplexen Komponente im Rahmen eines Fertigungsprozesses) zugerechnet werden müssen, die sich ein sorgfältiger Leistungsempfänger in Anbetracht der konkreten Umstände beim Lieferanten hätte aktiv beschaffen müssen, wenn dieser sie nicht selber spontan mitteilt.

<sup>1216</sup> In der betriebswirtschaftlichen Literatur spricht man hier von Just-in-time-Beziehungen. THEISEN 148 erwähnt als Beispiel, dass der 90 km vom Kölner Ford-Werk entfernte, mit diesem per Standleitung verbundene Sitzhersteller jeden einzelnen Autositz erst produziert, wenn die betreffende Karosserie schon auf dem Produktionsband steht.

<sup>1217</sup> Darauf käme es an bei der Frage, ob der Produzent, der einen versteckten Mangel – auch bei bester Organisation der Produktion und Endkontrolle – einer eingekauften Komponente nicht erkennen kann, beim Verkauf des nun ebenfalls mit einem versteckten Mangel behafteten Fertigprodukts im Falle einer Wandlung gemäss Art. 208 Abs. 3 OR für den weiteren Schaden haftet, was der Fall ist, wenn er sich nicht exkulpieren kann; wird ihm das Wissen des Komponentenhersellers vom Mangel zugerechnet, wird die Exkulpation grundsätzlich scheitern.

Nachdem vorne gezeigt wurde, dass die *Konzernierung als* solche keinen allgemeinen Wissenszurechnungsgrund schafft<sup>1218</sup>, ist auch ausgeschlossen, dass Transaktionen, bloss weil sie konzernintern erfolgen, zu einer Wissenszurechnung führen. Es bedarf demnach eines zusätzlichen Elements, damit die Zusammenarbeit im Konzern Wissenszurechnung zur Folge hat.

Ein Kriterium für eine solche Wissenszurechnung könnte nach BORK sein, «wenn ein Unternehmen im Zuge arbeitsteiliger Konzernorganisation die Möglichkeit zur Kenntnisnahme auf andere Unternehmen verlagert und sich dadurch der Kenntniserlangung organisatorisch «entzogen» hat»<sup>1219</sup>. Diese Begründung ist allerdings problematisch: Sie impliziert die Möglichkeit zur Unterscheidung zwischen der «sanktionslosen»<sup>1220</sup>, in jeder arbeitsteiligen Wirtschaft stets vorkommenden Verlagerung von Kenntnisnahmemöglichkeiten<sup>1221</sup> und einer Verlagerung, die aufgrund einer besonderen Qualität die rechtspersonenübergreifende Wissenszurechnung rechtfertigen würde. Eine Lösung dieser Problematik bietet m. E. die neueste Entwicklung in Deutschland: Dass es für eine die Grenzen der juristischen Person überschreitende Wissenszurechnung einer besonderen Voraussetzung bedarf, ist auch in der (seit einiger Zeit) zurechnungsfreundlichen<sup>1222</sup> deutschen Rechtsprechung anerkannt. So stellte der BGH nämlich jüngst klar, dass die «Zurechnung von Wissen ... daher grundsätzlich nicht geeignet [ist], «Wissen» eines personenidentischen Organs einer anderen juristischen Person ... ausserhalb derjenigen Struktureinheit zu be-

Das Fallbeispiel wird nicht etwa aufgrund des Produkthaftpflichtrechts irrelevant: das PrHG statuiert nur eine grundsätzliche verschuldensunabhängige Haftung der Herstellerin für Personen und Sach-, nicht aber Vermögensschäden (Art. 1 Abs. 1 lit. a bzw. lit. b PrHG).

<sup>1218</sup> Vorne S. 257 f.

<sup>1219</sup> BORK 256.

<sup>1220</sup> Bezüglich der Wissenszurechnung.

<sup>1221</sup> Auch der Schuhmacher, der die Ösen für die von Hand gefertigten Luxuschuhe einkauft, anstatt sie selbst herzustellen, «verlagert» Möglichkeiten zur Kenntnisnahme (z. B. von Wissen über die Materialeigenschaften und Dauerhaftigkeit der Ösen). Niemand würde hier aufgrund dieser Verlagerung eine Wissenszurechnung postulieren wollen.

<sup>1222</sup> Zum Überblick über die Rechtsprechung siehe vorne S. 57 ff.

gründen, deren Aufgaben wahrzunehmen waren»<sup>1223</sup>. Ausnahmsweise bejaht der BGH neuerdings jedoch eine personenübergreifende Wissenszurechnung, «wenn die Wahrnehmung der Aufgaben der juristischen Person ... so organisiert ist, dass ein Teil ihres Aufgabenbereichs auf eine natürliche Person oder eine selbstständige juristische Einheit ausgegliedert ist», wobei es sich *um Aufgaben handeln muss*, «deren Wahrnehmung grundsätzlich» der *ausgliedernden Gesellschaft bzw. ihrer Organe «obliegt»*.<sup>1224</sup> Im genannten Entscheid handelte es sich *nicht* um einen solchen Ausnahmetatbestand, weshalb der BGH es dabei bewenden lassen konnte, die kritische Voraussetzung, nämlich dass die *ausgliedernden Aufgaben grundsätzlich der ausgliedernden Gesellschaft obliegen* würden, unbestimmt auszudrücken<sup>1225</sup> bzw. diese nicht weiter zu konkretisieren. Um diesbezüglich mehr Klarheit zu schaffen, wird nachfolgend eine Typologie der Aufgabenausgliederung entworfen.

### c) Typologie der Aufgabenausgliederung

#### aa) Allgemeines

Ausgangspunkt ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Gesetz bestimmte Aufgaben als übertragbar qualifiziert. Dabei wird es in aller Regel um Normen gehen, die sich nicht zur Übertragbarkeit der Aufgaben von einer juristischen Person auf eine andere äussern, sondern die sich mit der Aufgabendelegation *innerhalb* einer juristischen Person befassen<sup>1226</sup>. Die Antworten auf diese Problemstellung geben jedoch auch die äusserste Grenz-

<sup>1223</sup> BGH-Urteil vom 13. 10. 2000, NJW 2001 359 f., 360.

<sup>1224</sup> BGH-Urteil vom 13. 10. 2000, NJW 2001 359 f., 360.

<sup>1225</sup> In welchem Sinne ist «obliegen» gemeint? Als eigentliche rechtliche Verpflichtung, als Obliegenheit im juristisch-technischen Sinne oder als bloss üblicher oder erwarteter Funktionskreis?

<sup>1226</sup> Das Gesetz stellt Normen auf, die sich an bestimmte natürliche oder, in vorliegendem Zusammenhang, juristische Personen richten und sich in der Regel nicht dazu äussern, ob Pflichten auf andere juristische Personen delegiert werden können.

linie einer möglichen Aufgabentransferung auf andere juristische Personen an – was innerhalb der juristischen Person nicht delegierbar ist, darf auch nicht einer dritten Person zur Erledigung übertragen werden.

Im Bereich der *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben*, wie sie Art. 716a Abs. 1 OR zwingend einem bestimmten Organ der Aktiengesellschaft, nämlich dem *Verwaltungsrat*, zuordnet,<sup>1227</sup> ist eine Aufgabenausschüttung von vorneherein unzulässig<sup>1228</sup>. Eine entsprechende Vereinbarung wäre nichtig.<sup>1229</sup> Daraus folgt auch eindeutig, wem die genannten Aufgaben obliegen, nämlich (dem Verwaltungsrat) der Gesellschaft. Würden diese Aufgaben trotz Verbots ausgegliedert, führte dies grundsätzlich zur Zurechnung des Wissens der diese Aufgaben wahrnehmenden Personen auf den Verwaltungsrat und damit die Gesellschaft.<sup>1230</sup>

Nebst den zwingend nicht übertragbaren Aufgaben gibt es diejenigen, die vom Gesetz zwar einem bestimmten Organ einer Aktiengesellschaft zugeordnet werden, bei denen eine Delegation aber erlaubt ist. Beispiele hierfür sind die *allgemeine Geschäftsführung*<sup>1231</sup> sowie *damit in Zusammenhang stehende Hilfsaufga-*

<sup>1227</sup> Siehe dazu VON BÜREN Aktienrecht 123 f.

<sup>1228</sup> Zur Relativierung dieses Prinzips bzw. seiner «Umsetzung in den konzernrechtlichen Kontext der Untergesellschaft» siehe BÖCKLI Konzernrecht 53 und 54 ff. Dies belegt, dass Aufgabenteilung von an sich nicht als geteilt gedachten Aufgaben zur Wissenszurechnung führen kann, was für Nachfolgendes wichtig ist.

<sup>1229</sup> Die Nichtwahrnehmung dieser Aufgaben durch den Verwaltungsrat stellt eine Pflichtverletzung i. S. v. Art. 754 Abs. 1 OR dar und begründet bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen (Schaden, Verschulden, adäquater Kausalzusammenhang) eine Haftung.

<sup>1230</sup> Hier besteht allerdings die Problematik, dass es unter Vertrauensgesichtspunkten einem Dritten, der sich auf die Wissenszurechnung beruft, oftmals bekannt gewesen sein muss, dass die Delegation unzulässig ist, was sich auch auf die Wissenszurechnung auswirken sollte, dazu hinten S. 284 ff. betr. Erwecken des Anscheins eines wissenszurechnungsbegründenden Sachverhalts im Konzern.

<sup>1231</sup> Wobei es zur Übertragung derselben vom Verwaltungsrat auf einzelne Mitglieder oder Dritte, d. h. Direktoren, einer Grundlage in den Statuten sowie einer formellen Delegation gestützt auf ein vom Verwaltungsrat zu erlassendes Organisationsreglement bedarf, Art. 716b Abs. 1 OR, siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 29 N 12. Direktoren stehen zu der Gesellschaft regelmässig in einem Arbeitsverhältnis, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 29 N 60.

*ben*<sup>1232</sup>. Konkretes Exempel für Letztere wäre etwa die Führung der Buchhaltung; diese darf nicht nur an in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehende natürliche Personen (Angestellte), sondern auch (im Rahmen eines Mandatsverhältnisses) an «externe» natürliche oder juristische Personen übertragen werden.<sup>1233</sup>

Schliesslich gibt es als dritte (und grösste) Gruppe den Bereich von Aufgaben und Tätigkeiten, der vom Gesetz – naturgemäss – nicht einer bestimmten Funktion innerhalb einer juristischen Person zugeordnet wird. Es sind dies die unterschiedlichsten, je nach Gesellschaftszweck anfallenden Aufgaben, die von der mit der Heirinnahme eines Checks verbundenen Prüfungstätigkeiten bis zum Instandstellen eines für den Weiterverkauf bestimmten Gebrauchtwagens reichen können. Diese Tätigkeiten, welche die eigentliche unternehmerische Leistungserbringung, die operative Wertschöpfung, ausmachen, sind in aller Regel vom Gesetz nicht geregelt, geschweige denn einem bestimmten Funktionsträger der juristischen Person zugeordnet. Auch gibt es i. d. R. keine Vorschriften darüber, ob diese Aufgaben auf Dritte übertragen werden dürfen oder nicht. Wichtige Ausnahmen von diesen Grundsätzen finden sich allerdings in hochregulierten Industrien, so insbesondere in der Finanzdienstleistungsbranche. So wird Banken und Effektenhändlern etwa im Einzelnen vorgeschrieben, wie bei der Eröffnung einer Kontobeziehung vorgegangen werden muss, welche Pflichten im Rahmen eines Vermögensverwaltungsmandats zu erfüllen sind<sup>1234</sup>, wie ein Effektenhandelsgeschäft abzuwickeln ist

<sup>1232</sup> Ihre Übertragung bedarf keiner formellen Basis, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 29 N 27.

<sup>1233</sup> Was besondere Interessenkonfliktprobleme aufwirft, wenn die Buchführung von der gleichen Treuhandunternehmung besorgt wird, die als Revisionsstelle gewählt ist, vgl. dazu etwa HANDSCHIN Unabhängigkeit der Revisionsstelle 344 ff. sowie BERTSCHINGER Arbeitsteilung 212 ff., mit Ausführungen zur Unabhängigkeit des Konzernrevisors.

<sup>1234</sup> Nicht nur unter GwG-Aspekten, sondern auch für die eigentliche Leistungserbringung gegenüber Vermögensverwaltungskunden, vgl. dazu mit Hinweisen auf die entsprechenden Selbstregulierungserlasse und die sie sanktionierenden aufsichtsrechtlichen Weisungen ABEGGLEN Vermögensverwaltung 181 ff. Zu den Pflichten unabhängiger Vermögensverwalter im Bereich des GwG siehe MARTIN Hess Zur Stellung der externen Vermögensverwalter AJP 1999 1462 ff.

oder welche Voraussetzungen für eine zulässige Übertragung von Aufgaben an Dritte (Outsourcing) bestehen.<sup>1235</sup>

bb) Art. 68 OR als Erkenntnisquelle

Soweit es bei den Aufgaben um die Erfüllung von Schuldpflichten oder die Ausübung von Rechten aus einem Schuldverhältnis geht, muss die Übertragung der Aufgaben mit Art. 68 OR vereinbar sein. Nach dieser Norm ist der Schuldner nur, aber immerhin, «dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt». Wird die Erfüllung der Schuldpflicht auf einen Dritten<sup>1236</sup> übertragen, so haftet der Geschäftsherr für das Verhalten der Hilfsperson<sup>1237</sup>. Es findet also eine *Zurechnung* des Verhaltens des Dritten statt, und zwar unabhängig davon, ob die arbeitsteilige Erfüllung zulässig war oder nicht<sup>1238</sup>. Die Zurechnung knüpft mithin auch hier daran an, dass eine bestimmte Aufgabe, zu deren Erfüllung, egal ob persönlich

<sup>1235</sup> Z. B. das EBK-Rundschreiben betr. Outsourcing, abgedruckt in BF 2003 31A-25.

<sup>1236</sup> Das Gesetz, Art. 101 Abs. 1 OR, spricht von Hausgenossen oder Arbeitnehmern, wobei es sich hier um eine bloss exemplifikative Enumeration handelt, weshalb «Dritte» im Sinne des Gesetzes auch Beauftragte sein können. Die vom Gesetzgeber gewählten Beispiele sind aber in zweierlei Hinsicht in vorliegendem Zusammenhang interessant: Zum einen wurde bei der Abfassung der Norm offensichtlich v. a. an natürliche Personen als Normadressaten und nicht an juristische Personen gedacht, macht bei diesen doch die der Norm zugrunde liegende Vorstellung, dass die Übertragung auf Hilfspersonen auch unbefugt sein kann («... wenn auch befugterweise, durch eine Hilfsperson, wie ... Arbeitnehmer vornehmen lässt ...», Art. 101 Abs. 1 OR; Kursivdruck eingefügt), keinen Sinn, da die juristische Person immer nur durch Arbeitnehmer bzw. Verwaltungsräte handeln kann. Zum andern zeigt die Norm durch die Erwähnung der «Hausgenossen» auch, dass ihre typische (nicht ausschliessliche!) Vorstellung von Arbeitsteilung diejenige von kleingewerblichen Strukturen und nicht von Industrieunternehmen ist. Diese Vorstellung des Gesetzgebers mag ein Grund dafür sein, weshalb er das Problem der Wissenszurechnung innerhalb von Organisationen nicht thematisiert hat. In diese Richtung für das deutsche Recht auch BAUM; siehe dazu vorne S. 78 ff.

<sup>1237</sup> Art. 101 Abs. 1 OR, unter Vorbehalt stark eingeschränkter (Art. 100 OR) Möglichkeiten zur vertraglichen Wegbedingung dieser Haftung.

<sup>1238</sup> Art. 101 Abs. 1 OR. Damit ist – per analogiam – auch das Problem gelöst, ob bei nichtiger Delegation von Aufgaben des Verwaltungsrates allenfalls eine Wissenszurechnung ausgeschlossen wäre.

oder durch Dritte<sup>1239</sup>, sich jemand verpflichtete, durch Dritte ausgeführt wurde. Entsprechend ist auch das Wissen der Hilfspersonen, soweit es um Informationen im Zusammenhang mit den Aufgaben geht, für welche die Hilfspersonen beigezogen wurden, dem Geschäftsherrn zuzurechnen.<sup>1240</sup>

Anders dagegen, wenn die «Unternehmerverantwortung» auf den Dritten übergeht, also nicht mehr beim Schuldner liegt. Im Konzern wird dabei eher Arbeitsteilung angenommen als unter unverbundenen Parteien. So wird nach einem funktionalen Verständnis die Tätigkeit der «Konzerntöchter als Zulieferer der Konzernmutter», anders als bei nicht verbundenen Lieferanten, als arbeitsteiliges Zusammenwirken angesehen.<sup>1241</sup>

d) Fazit

Unter Vorbehalt der vorne genannten Ausnahmen ist eine Unternehmung befugt, Aufgaben an Dritte zur Besorgung zu übertragen, seien dies nun «interne» Funktionen, oder Aufgaben, welche die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung darstellen. Diese *Berechtigung ändert allerdings nichts an der Beurteilung, wenn eine Aufgabe grundsätzlich obliegt*: demjenigen Rechtssubjekt, dem ihre Erfüllung gestützt auf Gesetz oder Vertrag zugewiesen ist<sup>1242</sup> bzw. in dessen typischen Aufgabenbereich sie fällt.

Wird eine solche in den Verantwortlichkeitsbereich der juristischen Person fallende Aufgabe ausgelagert, ist die vom BGH jüngst aufgestellte Voraussetzung der Wissenszurechnung innerhalb des Konzerns gegeben. Danach findet eine Wissenszurechnung statt, wenn die juristische Person «so organisiert ist, dass ein Teil ihres Aufgabenbereichs auf eine natürliche Person oder eine

<sup>1239</sup> Wie aus seinem Text hervorgeht, *berechtigt* Art. 68 OR den Schuldner, durch Dritte zu erfüllen, und qualifiziert es als Ausnahme von diesem Normalfall, wenn eine Aufgabe persönlich erfüllt werden muss!

<sup>1240</sup> Dazu ausführlich vorne 2. Kap., S. 28 ff.

<sup>1241</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY II N 2899.

<sup>1242</sup> Soweit es um Aufgaben geht, die die Erfüllung von Verbindlichkeiten bzw. die Ausübung von Rechten darstellen.

selbstständige juristische Einheit ausgegliedert ist»<sup>1243</sup>. In diesem Sinne ist die zusätzliche Voraussetzung, wonach es sich bei den ausgelagerten Tätigkeiten um Aufgaben handeln muss, «deren Wahrnehmung grundsätzlich» der ausgliedernden Gesellschaft bzw. ihren Organe «obliegt»<sup>1244</sup>, Abgrenzungskriterium gegenüber dem nicht mit der «Sanktion» Wissenszurechnung verbundenen gewöhnlichen Bezug von Dritten.<sup>1245</sup>

## 5. Personelle Verflechtungen im Konzern als Wissenszurechnungsgrund?

### a) Überblick

«Sollte sich herausstellen, dass – wie der Kläger ... behauptet hat – die Mitarbeiter der Muttergesellschaft, welche ... von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhalten haben, damals zugleich auch als Mitarbeiter für die Beklagte [=Tochtergesellschaft] tätig gewesen sind, so wäre deren Wissen nicht nur der Muttergesellschaft, sondern auch der Beklagten zuzurechnen.»<sup>1246</sup> Das soweit ersichtlich einzige Urteil des schweizerischen Bundesgerichts zur Frage der Wissenszurechnung im Konzern knüpft diese an das Kriterium der personellen Verflechtung an. Doch genügt die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Konzerngesellschaften tatsächlich, um eine Wissenszurechnung über die Grenzen der verschiedenen Gruppengesellschaften hinweg zu rechtfertigen? Dieser Frage soll hier nachgegangen werden. Dabei ist zu beachten, dass in vielen Fällen von personellen Verflechtungen eine starke Einordnung der einzelnen Konzerngesellschaft in die Gruppe gegeben sein wird, was

<sup>1243</sup> BGH-Urteil vom 13. 10. 2000, NJW 2001 359 f., 360 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>1244</sup> BGH-Urteil vom 13. 10. 2000, NJW 2001 359 f., 360 (Kursivdruck eingefügt).

<sup>1245</sup> Für die Wissenszurechnung aufgrund arbeitsteiliger Organisation im Konzern plädiert auch MARGIOTTA 271 ff., allerdings ohne (explizit) die Einschränkung anzubringen, dass es sich bei den fraglichen Tätigkeiten um Aufgaben handeln muss, deren Wahrnehmung gerade der Gesellschaft, welcher Wissen zugerechnet werden soll, obliegen muss.

<sup>1246</sup> Bger.-Urteil 5C.104/2001 vom 21. 8. 2001 Erw. 4.c bb), siehe zum Sachverhalt ausführlich vorne im versicherungsrechtlichen Teil, 2. Kap. S. 101 f.

bereits aufgrund der anderen Kriterien (tatsächliche Einflussnahme oder arbeitsteiliges Zusammenwirken) für eine Wissenszurechnung sprechen würde.

Im Folgenden wird unter personeller Verflechtung der Umstand verstanden, dass eine Person nicht nur für *eine* juristische Person des Konzerns tätig<sup>1247</sup> ist (sei es als Verwaltungsrat, Mitglied der Geschäftsleitung, «gewöhnlicher» Angestellter<sup>1248</sup>), sondern für zwei oder mehrere<sup>1249</sup> Konzerngesellschaften. Diese Personen werden nachfolgend untechnisch als «*Doppelmandatsträger*» bezeichnet. Für die Untersuchung, ob solche personellen Verflechtungen im Konzern eine Wissenszurechnung begründen, werden die folgenden Konstellationen auseinander gehalten:

### aa) Aktuelle Kenntnis des Doppelmandatsträgers

Aufgrund der Tätigkeit für eine Konzerngesellschaft hat der Doppelmandatsträger aktuelle Kenntnis. Dieses Wissen wird einer andern Konzerngesellschaft, für die der Doppelmandatsträger auch

<sup>1247</sup> Dabei spielt es vermutlich keine Rolle, ob die Tätigkeit bei allen betroffenen juristischen Personen auf einem formellen Arbeitsverhältnis beruht (was etwa dann der Fall sein dürfte, wenn ein Arbeitnehmer «mehr oder weniger gleichmässig» auf verschiedene Gesellschaften aufgeteilt tätig ist (DRUEY/VOGEL 243) oder ob die betreffende Person nur zu einer juristischen Person in einem (Arbeits-)Vertragsverhältnis steht und von dieser mit der Erledigung gewisser Tätigkeiten bei einer Konzerngesellschaft betraut wird. Schwierige arbeitsvertragliche Probleme wirft dagegen die Situation auf, wo ein Kaderangestellter der Obergesellschaft zugleich Verwaltungsrat oder Direktor einer Tochtergesellschaft ist. DRUEY/VOGEL halten hier dafür, dass solche «abgesandten» Arbeitnehmer ausschliesslich als Arbeitnehmer der Mutter anzusehen sind, da sie i. d. R. gemäss den Weisungen der Mutter handeln und «primär» deren Interessen vertreten werden (DRUEY/VOGEL 243), aus arbeitsvertraglicher Optik (Loyalitätspflicht), unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Wahrung des jeweiligen Gesellschaftsinteresses (Art. 707 Abs. 3 OR).

<sup>1248</sup> Wie im eingangs zitierten Bger.-Urteil, siehe vorne im Text. Zur Abgrenzung der Organe gegenüber Vertretern und Hilfspersonen siehe VON BÜREN Aktienrecht 92 f.

<sup>1249</sup> Ausführlich zu den besonderen arbeitsrechtlichen Problemen, die sich daraus ergeben, DRUEY/VOGEL 237 ff. m. w. H. Zur Rechtsstellung des Arbeitnehmers als Verwaltungsrat im besonderen siehe SCHILTKNECHT 26 ff.

arbeitet, zugerechnet. So argumentiert das Bundesgericht im soeben zitierten Urteil. Es handelt sich dabei allerdings nicht in erster Linie um eine konzernrechtliche Zuordnung, sondern um Zurechnung von aktuellem Wissen bestimmter Personen innerhalb der juristischen Person, die sich, wie im 2. Kapitel ausgeführt, gemäss überkommenen Auffassungen nach formalen Konzepten wie der Organtheorie bzw. nach hier vertretener Auffassung funktional nach dem Leitmotiv der *ordnungsgemässen Organisation* bestimmt.<sup>1250</sup> Es liegt hier also zunächst keine spezifisch konzernrechtliche, sondern eine allgemeine Zurechnungsfrage, wie sie bei der juristischen Person behandelt worden ist, vor. Einen konzernrechtlichen Aspekt gilt es aber auch bei aktuellem Wissen von Doppelmandatsträgern zu beachten: Bestimmt man die Wissenszurechnung nach dem vorne entwickelten Ansatz, so ist im Rahmen des Kriteriums der rechtlichen Beherrschbarkeit des Informationsflusses zu prüfen, ob nicht *Informationsweiterleitungsverbote* einer Zurechnung entgegenstehen. Diese Prüfung möglicher Informationsweiterleitungsverbote<sup>1251</sup> kann aufgrund der Tatsache, dass es hier um einen konzerninternen Informationsfluss geht, anders ausfallen als ausserhalb des Konzernkontexts. Insoweit sind also auch bei der Zurechnung von aktuellem Wissen von Doppelmandatsträgern konzernrechtliche Modifikationen anzubringen<sup>1252</sup>. Ansonsten ist jedoch nicht weiter auf diese Zurechnungskonstellation einzugehen, da sie keine konzernrechtliche Besonderheit aufweist, die nicht mit den allgemeinen Zurechnungsregeln, die innerhalb einer juristischen Person gelten, gelöst werden könnte.

#### bb) Keine aktuelle Kenntnis des Doppelmandatsträgers

Der Doppelmandatsträger hat *keine aktuelle* Kenntnis, hätte aber, bei ordnungsgemässer Organisation der juristischen Person, bei der dieses Wissen vorhanden ist, und für die er (auch) arbeitet,

<sup>1250</sup> Siehe vorne 3. Kapitel.

<sup>1251</sup> Bei den erarbeiteten Zurechnungskriterien vom Element «Beherrschbarkeit» erfasst.

<sup>1252</sup> Dies wird hinten S. 281 ff. geprüft.

Kenntnis davon erlangt. Hier stellt sich die nun genuin *konzernrechtliche* Zurechnungsfrage, ob das Wissen der einen juristischen Person der anderen gestützt auf die Tatsache, dass eine Verbindung in Form eines Konzern-Doppelmandatsträgers vorliegt<sup>1253</sup>, zugerechnet werden kann.<sup>1254</sup>

#### cc) Weitere Fragen

Wie vorne angedeutet, ist für beide Fallgruppen schliesslich zu prüfen, inwiefern Informationsweiterleitungsverbote, in casu<sup>1255</sup> arbeitsvertrags-, aktien- und datenschutzrechtliche Geheimhaltungsnormen, die Zurechnung im Konzernkontext ausschliessen. Dabei wird auch zu prüfen sein, ob es einen Unterschied macht, wenn aktuelles Wissen des Doppelmandatsträgers oder bloss fingiertes vorliegt.<sup>1256</sup>

#### b) Keine aktuelle Kenntnis des Doppelmandatsträgers

##### aa) Untaugliche Ansätze

In vielen Fällen von personellen Verflechtungen wird eine relativ starke Einordnung der Konzerngesellschaften vorliegen, weshalb bereits aufgrund der vorne erarbeiteten Kriterien der tatsächlichen Einflussnahme<sup>1257</sup> bzw. des arbeitsteiligen Zusammenwirkens<sup>1258</sup> Wissenszurechnung erfolgt, ohne dass es dazu noch des Hinweises

<sup>1253</sup> Häufig wird das Wissen in solchen Konstellationen auch aus den anderen Gründen, die eine Wissenszurechnung im Konzern gebieten, zuzurechnen sein (tatsächliche Einflussnahme, arbeitsteiliges Zusammenwirken). Auf diese Gründe ist hier nicht näher einzugehen, es geht vielmehr darum, ob die personelle Verflechtung auch bei fehlendem aktuellem Wissen einen dritten, eigenständigen Grund für die Wissenszurechnung im Konzern darstellt.

<sup>1254</sup> Dies wird sogleich hinten erörtert.

<sup>1255</sup> Noch unter Ausblendung spezifischer Normen wie dem Bankgeheimnis, dazu hinten S. 330 ff.

<sup>1256</sup> Dazu hinten S. 284 f.

<sup>1257</sup> Vorne S. 263 ff.

<sup>1258</sup> Vorne S. 269 ff.

auf bestehende personelle Verflechtungen bedürfte. Sind diese beiden Zurechnungsgründe jedoch nicht gegeben, so ist zu prüfen, ob aufgrund der Verbindung zweier oder mehrerer Konzerngesellschaften durch einen Doppelmandatsträger die Zurechnung zu bejahen ist.

Es wurde vorne gezeigt, dass eine generelle Zurechnung von Wissen qua Doppelmandatsträger-Eigenschaft ausserhalb eines Konzerns sachlich ungerechtfertigt wäre. Wenn dort die Theorie der absoluten Wissenszurechnung<sup>1259</sup> und damit eine umfassende generelle Wissenszurechnung bei Doppelmandaten abzulehnen ist<sup>1260</sup>, muss dies auch hier, im Konzern, gelten. Anders entscheiden hiesse, das bloss Vorliegen eines Konzerns als Wissenszurechnungsgrund zu betrachten<sup>1261</sup>.

Es bedarf deshalb eines zum Bestehen einer personellen Verflechtung im Konzern hinzukommenden Elements, um Wissen zuzurechnen. SCHÜLER schlägt als entscheidendes Kriterium die *Zuständigkeit des Doppelmandatsträgers «für denselben Bereich der operativen Geschäftsführung»*, z. B. die Verantwortung für die Res-

<sup>1259</sup> Ausführlich vorne S. 39 ff.

<sup>1260</sup> Vorne S. 278 ff. REICHWEIN 4 hat schon vor über dreissig Jahren plastisch vor den Konsequenzen dieser Theorie gewarnt: «Es müssten Wissen und Wissenmüssen einer Organperson, mit denen die Körperschaft befrachtet wird, automatisch auch Wissen und Wissenmüssen jeder andern Organperson sein; denn die Fiktion besteht gerade darin, dass ein Organ, welches keine ursprüngliche Kenntnis besitzt, diese Kenntnis von dem das Wissen tragenden Organ erbt, oder umgekehrt gesagt, dass jedes Organ mit seinem Wissen und Wissenmüssen jedes andere Organ der gleichen Verbandsperson infiziert. Die logische Konsequenz würde verlangen, dass jedes Verwaltungsratsmitglied als Folge der erwähnten unbeschränkten Infektionswirkung das gesamte Wissen und Wissenmüssen fiktiv in sich trägt, welches sich in der Aktiengesellschaft, der es angehört, akkumuliert hat. Gehört dieses Verwaltungsratsmitglied dem Verwaltungsrat einer anderen Gesellschaft an, so würde dies wiederum [...] bedeuten, dass sich sein Wissen und Wissenmüssen wie ein Bazillus auch auf diese andere Verbandsperson und somit auch auf deren Organe übertragen hat. Dadurch würde eine Kettenreaktion bewirkt und ein «seucheähnlicher» Zustand eintreten, wobei insbesondere Herren mit vielen und interessanten Verwaltungsratsmandaten besonders «ansteckend» wirken würden.»

<sup>1261</sup> Vorne wurde gezeigt, dass die bloss Tatsache, dass ein Konzern vorliegt, keine Wissenszurechnung begründet.

sorts Einkauf in mehreren Gesellschaften<sup>1262</sup>, vor. Er rechtfertigt dies damit, dass der Doppelmandatsträger als «für einen Bereich bzw. Sparte zuständiges Vorstandsmitglied ... über sämtliche Kenntnisse der Ober- und Untergesellschaft ... in diesem Bereich» verfüge<sup>1263</sup>. Dass dies – wie es auf den ersten Blick erscheinen mag – die Zurechnung nicht (bloss) *aktuellen* Wissens, sondern auch dem Doppelmandatsträger nicht präsenten Wissens rechtfertigen soll, folgt daraus, dass SCHÜLER diesem die Pflicht zum Aufbau einer «Kommunikationsstruktur auferlegt, die einen Informationsfluss zwischen den Gesellschaften gewährleistet».<sup>1264</sup> Allerdings kann mit diesem durchaus plausiblen Argument noch nicht begründet werden, dass bzw. weshalb die gleichzeitige Zuständigkeit für das gleiche Ressort bei verschiedenen Gesellschaften de lege lata zur Wissenszurechnung führen soll.

Es ist demnach zu prüfen, auf welche positiv-rechtlich abgesicherten Wertungen sich der Topos Wissenszurechnung kraft Zuständigkeit als Doppelmandatsträger «für denselben Bereich der operativen Geschäftsführung» zweier (oder mehr) Konzerngesellschaften abstützen lässt:

Da diese Fallgruppe einen eigenständigen Zurechnungsgrund – im Vergleich mit den beiden ersten Zurechnungsgründen, tatsächliche Einflussnahme und arbeitsteiliges Zusammenwirken – darstellt, können nicht bei diesen relevante Wertungen herangezogen werden. Die Verschiedenheit zeigt sich aber auch in der Fallkonstellation: Die personelle Verflechtung kann zwar oft<sup>1265</sup>, muss aber nicht zwingend, eine Einflussnahme seitens des Doppelman-

<sup>1262</sup> SCHÜLER 201, m. H. zur Beweislastverteilung betr. ordnungsgemässe Wissensorganisation in solchen Verhältnissen.

<sup>1263</sup> SCHÜLER 201.

<sup>1264</sup> SCHÜLER 201; diese Kommunikationsstruktur muss dabei den Anforderungen ordnungsgemässer Geschäftsführung genügen.

<sup>1265</sup> Im Konzern wohl in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle; so ist die personelle Verflechtung denn auch immerhin ein Indiz für das Vorliegen einer – die Wissenszurechnung begründenden – Veranlassung durch die Obergesellschaft, so implizit SCHÜLER 200, der schreibt, aus der Verflechtung könne nicht auf Veranlassung geschlossen werden, es bedürfe vielmehr noch «weiterer[r] Anhaltspunkte», um die entsprechende Vermutung zu rechtfertigen.

datsträgers z. B. bei der Untergesellschaft im Sinne der Obergesellschaft bedeuten<sup>1266</sup>.

Ergibt sich etwas aus der Nähe zur Fallgruppe des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zweier Gesellschaften? Dort wird eine Aufgabe unter zwei Gesellschaften aufgeteilt; hier werden zwei Aufgaben<sup>1267</sup>, die das gleiche Gebiet betreffen, von einer Person wahrgenommen. Also besteht auch hier keine mit den beiden Fallgruppen zugrunde liegenden Wertungen (Weisung, Aufgabenteilung) vergleichbare Situation.

- bb) Personelle Verflechtung als möglicher Fall der Zurechnung fiktiven Wissens von Doppelmandatsträgern aufgrund eines Vertrauenstatbestands?

Eine den Topos Wissenszurechnung kraft Zuständigkeit für den gleichen Geschäftsbereich legitimierende Wirkung könnte in dem durch eine solche Situation allenfalls geschaffenen «Vertrauenstatbestand»<sup>1268</sup> erblickt werden. Es wird zwar in der deutschen Literatur darauf hingewiesen, dass Zurechnung «aufgrund eines besonderen Vertrauenstatbestandes ... allgemeiner zivilrechtlicher Dogmatik» entspreche und damit nicht nur bei juristischen Personen<sup>1269</sup>, sondern – bei gegebenen Voraussetzungen – natürlich auch im Konzern erfolgen kann<sup>1270</sup>, jedoch nicht unter dem besonderen Aspekt des vorliegenden Topos.

Nach der von CANARIS entwickelten und mittlerweile auch von der schweizerischen Rechtsprechung anerkannten Vertrauenshaf-

<sup>1266</sup> So kann A aufgrund seiner besonderen Kenntnisse bei den Gesellschaften Y und YZ je mit einem halben Arbeitspensum als Leiter des Rechnungswesens tätig sein, ohne auf seinen Bereich in der Gesellschaft YZ nach den Vorgaben der Gesellschaft Y Einfluss zu nehmen.

<sup>1267</sup> Zwei deshalb, da sie je Aufgabe verschiedener juristischer Personen sind.

<sup>1268</sup> CANARIS Vertrauenshaftung 491.

<sup>1269</sup> Zur Zurechnung kraft Vertrauensschutz innerhalb von juristischen Personen siehe etwa GRUNEWALD 302 ff.; WILHELM 18 f.; TAUPITZ Karlsruher Forum 26 ff. und FASSBENDER 138.

<sup>1270</sup> BORK 261.

tung<sup>1271</sup> müsste das Vertrauen in eine Wissenszurechnung geschützt werden, wenn ein Vertrauenstatbestand vorliegt, der Vertrauende gutgläubig war, er zudem Kenntnis vom Vertrauenstatbestand hatte und sich das Vertrauen schliesslich gestützt darauf in einer Disposition – CANARIS spricht von Vertrauensinvestition – konkretisiert hat.<sup>1272</sup> In casu wäre der Vertrauenstatbestand (oder das Verhalten, das geeignet ist, *bestimmte berechnete Erwartungen in Vertrauensentsprechung zu wecken*) die Tätigkeit eines Doppelmandatsträgers, der bei zwei oder mehreren Konzerngesellschaften für den gleichen Geschäftsbereich zuständig ist. Um festzustellen, ob tatsächlich ein diesbezüglicher Vertrauenstatbestand vorliegt, ist zu prüfen, ob das bestimmte Verhalten – die gleichzeitige Zuständigkeit für den gleichen Geschäftsbereich bei zwei Konzerngesellschaften – in concreto nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die *berechnete Erwartung des Dritten erweckte, dass aufgrund dieser Doppelzuständigkeit das relevante Wissen beiden Gesellschaften zur Verfügung steht*.

Bei Doppelmandaten, die nicht spezielle Eigenschaften aufweisen (z. B. Verwaltungsratsposition in einer Führungsholding mit Zuständigkeit v. a. für strategische Fragen in einer Gesellschaft und Verantwortung für das operative Geschäft in einer anderen Gesellschaft)<sup>1273</sup>, darf ohne Vorliegen besonderer Verhältnisse nicht

<sup>1271</sup> Dazu im schweizerischen Recht jüngst BUCHER Monte-Rosa-Fall 65 ff., mit grundsätzlichen Ausführungen zur Argumentationsfigur der Vertrauenshaftung und ihrer Aufgabe («eine durch die modernen Kodifikationen eingeführte Simplifizierung der Verhältnisse zu korrigieren und die durch sie veranlasste legislative Vernachlässigung jener Probleme, die sich nicht dem vorgegebenen Regelschema einordnen lassen, zu überwinden», op. cit. 74) sowie einer Fallgruppenbildung (op. cit. 78 ff.).

<sup>1272</sup> CANARIS Vertrauenshaftung 490 ff. Nach der einfacheren, letztlich aber inhaltlich mit CANARIS übereinstimmenden Umschreibung des Bundesgerichts bedarf es, damit eine Vertrauenshaftung gegeben ist, eines Verhaltens, das bestimmte Erwartungen erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht, wobei auch das Bundesgericht guten Glauben seitens des Vertrauenden voraussetzt, wird doch nur «berechtigtes Vertrauen» geschützt, BGE 120 II 331 ff., Erw. 5. a.

<sup>1273</sup> Kaum Überschneidungen der Zuständigkeitsbereiche gibt es auch bei der häufig anzutreffenden Delegation von Geschäftsleitungsmitgliedern der Obergesellschaft in Verwaltungsräte der Untergesellschaft, FORSTMOSER Haftung im Konzern 114 Fn. 85. Grundsätzlich kommt es dabei nicht auf die Position an, sondern

leicht hin angenommen werden, dass durch sie berechnete Erwartungen in die Zurechnung von Wissen geschaffen<sup>1274</sup> werden. Anders ist es dagegen, wenn der Doppelmandatsträger, wie SCHÜLER allerdings ohne Bezugnahme auf den Vertrauenstatbestand darlegt, bei *beiden Gesellschaften für den«selben Bereich der operativen Geschäftsführung»*<sup>1275</sup> zuständig ist<sup>1276</sup>. In einem solchen Fall, wo das Wissen für beide von einer Person geführten Tätigkeitsbereiche relevant ist, kann der Dritte, sofern der Vertrauenstatbestand nicht aus anderen Gründen fehlt bzw. zerstört wird<sup>1277</sup>, zu Recht annehmen, das Wissen werde konzernweit weitergeleitet.

Hieraus lässt sich als Faustregel festhalten, dass – abgesehen von Doppelmandaten in den je gleichen Bereichen – eine Wissenszurechnung in einem Stammhauskonzern im Vergleich mit einer Holdingstruktur<sup>1278</sup> eher gegeben sein dürfte, da dieser nebst der strategischen Führung selbst auch operative Aufgaben wahrnimmt, die sich mit operativen Bereichen von Konzerngesellschaften überschneiden können. In einem reinen Holdingkonzern dürfte das Risiko der Wissenszurechnung aufgrund von Doppelmandaten dagegen eher gering sein.

darauf, um welche inhaltlichen Bereiche sich ein Doppelmandatsträger kümmert. Die Position hat allerdings insofern Bedeutung, als sie nach aussen eine bestimmte Funktion kommuniziert.

<sup>1274</sup> So wohl auch SCHÜLER 198, mit dem Hinweis, dem Konzernvorstand einer Führungsholding würden «die in anderen Konzernunternehmen anfallenden Kenntnisse nicht zugerechnet, da er auf die operative Geschäftsführung keinen Einfluss nimmt». Zu betonen ist, dass die Situation eine gänzlich andere ist, wenn es um die Zurechnung aktuellen Wissens geht, siehe vorne S. 279 f.!

<sup>1275</sup> SCHÜLER 202.

<sup>1276</sup> Wobei diese beiden Aufgaben bewusst aus bestimmten Gründen einer Person im Konzern zugeordnet wurden, nämlich insbesondere im «Interesse einer einheitlichen Leitung» (FORSTMOSER Haftung im Konzern 114 Fn. 85). Besonders oft kommt die einheitliche Führung derselben Bereiche bei verschiedenen Gesellschaften bei Sanierungen oder in der ersten Phase nach dem Neuerwerb bzw. der Neugründung einer Tochtergesellschaft vor, siehe dazu STREYL 129 f.

<sup>1277</sup> Ein solcher Fall würde etwa dann vorliegen, wenn dem Dritten klar sein muss, dass – auch wenn der Doppelmandatsträger aktuelles Wissen hätte – er es aufgrund von Geheimnisschutznormen nicht weiterleiten dürfte, dazu sogleich im Text.

<sup>1278</sup> Zum Begriff vorne S. 242 f.

### cc) Begrenzung der Wissenszurechnung bei Doppelmandatsträgern aufgrund von Geheimnisschutznormen?

Die Frage der Wissenszurechnung im Konzern weist gegenüber derjenigen innerhalb der juristischen Person die Besonderheit auf, dass aktuelles oder fiktives Wissen über die Grenzen von juristischen Personen hinweg zugerechnet wird, wogegen u. U. Geheimnisschutznormen sprechen können. Dieses Problem stellt sich nicht nur bei Wissenszurechnung kraft Doppelmandatsträgerschaft<sup>1279</sup>, sondern stets im Konzern, weshalb ihm nachfolgend ein eigener Abschnitt gewidmet ist.<sup>1280</sup>

## 6. Weitere vertrauensbasierte Wissenszurechnungsmöglichkeiten

Vorne<sup>1281</sup> wurde die personelle Verflechtung als wichtiger Anwendungsfall der Wissenszurechnung kraft Vertrauenstatbestand genannt. Da die Beurteilung, ob ein rechtlich relevanter Vertrauenstatbestand vorliegt, stets von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ist es nicht möglich, eine abschliessende Aufzählung möglicher vertrauensbasierter Wissenszurechnungen im Konzern zu machen. Nachfolgend wird zur Illustration eine weitere Konstellation geschildert, in der eine solche Zurechnung denkbar ist. Als Ausgangsbasis diene folgender Fall (bei dem nicht die Wissenszurechnung, sondern eine Schadenersatzforderung zur Diskussion stand):

«Die Vermietungsgesellschaft [X] ist über eine Zwischenholding weltweit durch jeweils national ansässige Tochtergesellschaften tätig. Ein Ehepaar, das mit einem am Londoner Flughafen am [X]-Schalter gemieteten Wagen schwer verunglückt, verklagt die amerikanische Muttergesellschaft auf Schadenersatz. Das einheitliche Erscheinungsbild des Konzerns bis hin zum Logo, der Farb-

<sup>1279</sup> Dort allerdings, wie zu zeigen sein wird, in besonderer Ausprägung.

<sup>1280</sup> Hinten S. 289 ff.

<sup>1281</sup> Vorne S. 284 ff.

gebung und dem Design in allen Formularen und Geschäftseinrichtungen wird hierzu begründend angeführt. Der *Florida District Court of Appeal* gab dieser Schadenersatzklage gegen die amerikanische Muttergesellschaft unter Vertrauensgesichtspunkten statt.»<sup>1282</sup>

Der Vertrauenstatbestand besteht hier in dem aus Marketing-Gründen identischen Auftritt verschiedener Konzerngesellschaften. Diesfalls kann «die öffentlich betonte Gruppenstruktur und Gruppenzugehörigkeit der Tochter», zumal diese in einem werbemässigen Kontext unter besonderen Umständen hervorgehoben<sup>1283</sup> wurde, vertrauenshaftungsauslösendes Element<sup>1284</sup> sein. Dabei mag es für den die Haftung bejahenden Entscheid in casu eine Rolle gespielt haben, dass aufgrund der besonderen Vertragsschlussituation eine Überprüfung, ob die rechtliche Struktur der durch den Marktauftritt vermittelten Gegebenheiten entspreche, kaum möglich war<sup>1285</sup>.

Wäre es im vorliegenden Fall nicht um die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen gegangen, sondern hätte sich bloss die Frage gestellt, ob das *Wissen* der Tochtergesellschaft ihrer amerikanischen Mutter *zugerechnet* wird (oder vice versa), wäre es auf Folgendes angekommen: Es muss in einer berechtigten Erwartung schaffenden Art der Eindruck erweckt worden sein, dass im Bereich der Vermietung von Autos alle operativen Bereiche, auch wenn sie auf verschiedene Gesellschaften in vielen Ländern aufgeteilt sind, in einem solch engen (arbeitsteiligen oder führungsmässigen) Verbund stehen, dass zwischen diesen operativen Einheiten

<sup>1282</sup> Hertz International Ltd. v. Richardson, 317 So 2d 824 (Fla. Dist. Ct. App. 1975), zitiert nach THEISEN 633.

<sup>1283</sup> Bloss allgemeine Hinweise auf eine bestehende Konzernzugehörigkeit reichen nie für die Begründung einer Vertrauenshaftung aus, vgl. BGE 124 III 304 (Motor-Columbus); siehe dazu m. w. H. DRUEY/VOGEL 127. Auch die Verwendung von gleichen Firmennamen genügt nicht, es bedarf zusätzlicher qualifizierender Umstände im «Konzernlogo» oder «Werbetext», da der «Gesamteindruck entscheidend ist», BRECHBÜHL 132.

<sup>1284</sup> So LUTTER 236 und THEISEN 634.

<sup>1285</sup> KOLLER erwähnt den Vertragsabschluss für Mietwagen am Flughafen als Problembeispiel für die Prüfung der Gültigkeit von AGB, in WIGAND/KOLLER 39.

im Konzern ein *Informationsfluss institutionalisiert* ist.<sup>1286</sup> Diese Erwartung kann dadurch verstärkt werden, dass, wie im erwähnten Entscheid, das Bestehen von weitgehend zentralisierten Abläufen für Reservierung, Kreditwürdigkeitsprüfung, Zahlung, Reklamationen etc. nach aussen hin kommuniziert wird. Ob entsprechende Informationsstrukturen tatsächlich bestehen und in casu ein Informationsfluss tatsächlich auch stattfand, würde dann keine Rolle mehr spielen, da die Wissenszurechnung hier eben nicht auf tatsächliche Einflussnahme oder qualifiziertes arbeitsteiliges Zusammenwirken abgestützt wird, sondern auf den Vertrauenstatbestand in das (scheinbare) Bestehen einer bestimmten Informationsorganisation.<sup>1287</sup>

## § 4 Das konzernrechtliche Spannungsfeld zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten

### I. Einleitung

Eine die Grenzen der juristischen Person überschreitende Wissenszurechnung steht im Spannungsfeld zu den Geheimhaltungs- und Schweigepflichten, die Angestellte und Verwaltungsräte der juristischen Person schulden<sup>1288</sup>. Aufgrund solcher Pflichten kann die Weitergabe von Information verboten sein<sup>1289</sup>. Dies bedeutet,

<sup>1286</sup> Ein Beispiel dafür wäre auch das Einholen der Einwilligung zur Datensammlung (über Versicherte) in einem Versicherungskonzern. Vertrauens- und Verkehrsschutzüberlegungen können hier eine Pflicht zur Wissensabfrage bzw. eine Wissenszurechnung begründen.

<sup>1287</sup> So wohl auch MARGIOTTA 272, der eine Wissenszurechnung allerdings in abzulehnender Weise bereits dann bejaht, wenn «die einzelnen Konzerngesellschaften ... als Teile einer arbeitsteiligen Organisation [erscheinen]», so dass die zu honorierende Erwartung eines Informationsaustausches begründet werde.

<sup>1288</sup> Bei der Wissenszurechnung im prudentiell regulierten Finanzdienstleistungskonzern wird die Auswirkung von Verschwiegenheitspflichten, welche Dritte – z. B. Kunden – schützen, behandelt.

<sup>1289</sup> Diese Relativierung wurde hier bewusst eingeführt, da Bank- und Effektenhändlergeheimnis (je länger desto mehr) weitreichenden Ausnahmen unterworfen sind.

dass nicht bloss keine Informationsweitergabe erfolgen darf, sondern dass auch – im Fall des Unterbleibens einer *tatsächlichen* Wissensweitergabe – keine Wissenszurechnung zulässig ist (da weder eine Pflicht noch ein Recht zum Informationsaustausch besteht). Es ist deshalb zu prüfen, wie weit die Geheimhaltungspflichten zugunsten einzelner juristischer Personen im Konzern gehen.

In der Literatur wird diese Frage vor allem unter dem Blickwinkel des Konflikts zwischen der Auskunftspflicht des delegierten Verwaltungsrates gegenüber der delegierenden Gesellschaft einerseits und andererseits den Geheimhaltungs- und Schweigepflichten gegenüber der juristischen Person, bei der das Verwaltungsratsmandat wahrgenommen wird, gesehen<sup>1290</sup>. Die von der Lehre für diese Konstellation erarbeiteten Antworten können für die Auflösung des Spannungsfeldes zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten im Konzern analogieweise herangezogen werden. Dies auch dann, wenn das Wissen nicht durch delegierte Verwaltungsräte vermittelt<sup>1291</sup> wird, sondern durch gewöhnliche Angestellte, die für verschiedene Konzerngesellschaften tätig sind. Gleiches gilt für den Fall, dass der Wissensfluss von der Ober- zur Untergesellschaft hin betroffen ist. Auf diese drei Konstellationen soll im Folgenden eingegangen werden.

## II. Wissen delegierter Verwaltungsräte – insbesondere Wissensfluss von einer Konzerngesellschaft an die Obergesellschaft

Der delegierte Verwaltungsrat nimmt im Verwaltungsrat der Konzerngesellschaft als Vertreter der an dieser beteiligten juristischen Person Einsitz im Sinne von Art. 707 Abs. 3 OR. In dieser Eigenschaft steht er einerseits gegenüber der Obergesellschaft in einem

<sup>1290</sup> SCHILTKNECHT 66 ff., insbes. 68 f. sowie 168 Fn. 771; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 299 f.; BÖCKLI Schweizer Aktienrecht N 866; PLÜSS 40 f. Vgl. zur Kollision zwischen Informationspflicht und Geheimhaltungspflicht des delegierten Verwaltungsrates soeben KÄCH 154 ff.

<sup>1291</sup> Sei es effektiv oder fiktiv im Rahmen der Zurechnung von tatsächlich nicht transferiertem Wissen.

(i. d. R.) Arbeits- oder Auftragsverhältnis mit entsprechender Weisungsgebundenheit und Auskunfts- und Rechenschaftsablegungspflicht<sup>1292</sup>. Andererseits hat der delegierte Verwaltungsrat gegenüber der Konzerngesellschaft eine aktienrechtliche Treuepflicht<sup>1293</sup>, aus der sich auch die Geheimhaltungs- und Schweigepflichten ergeben<sup>1294</sup>. Der aus diesem «doppelten Pflichtenexus»<sup>1295</sup> resultierende Pflichtenkonflikt wird wie folgt zu lösen versucht:

WENNIGER und ihr folgend SCHILTKNECHT sind der Ansicht, dass die Lösung «zu Gunsten der vertretenen Gesellschaft ausfallen muss, d. h. der Vertreter ist dieser gegenüber zur uneingeschränkten Auskunftserteilung berechtigt.»<sup>1296</sup> Begründet wird diese Lösung damit, dass andernfalls im Konzern die einheitliche Leitung beeinträchtigt wäre<sup>1297</sup>. Deshalb seien «[v]om Aktienrecht vorgegebene «Chinese Walls» zwischen den Konzerngesellschaften ... im Interesse einer praktikablen Konzernführung (Art. 663e OR) fallen zu lassen».<sup>1298</sup>

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL dagegen beschränken das Informationsrecht (und damit auch die -pflicht) in dem Sinne, als sie ein solches nur anerkennen, soweit es «für die Erteilung von Weisungen seitens der delegierenden Gesellschaft erforderlich ist». Im

<sup>1292</sup> Der Arbeitnehmer unterliegt einer gesetzlichen Mitteilungspflicht betreffend «sämtlichen, mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehenden Tatsachen, die den Arbeitgeber interessieren könnten», SCHILTKNECHT 68 m. w. H.; diese Pflicht, die über die blosser Auskunftspflicht hinausgehend eine spontane Mitteilungspflicht enthält (d. h. die Mitteilungspflicht besteht unabhängig davon, ob der Arbeitgeber explizit Auskünfte verlangt oder nicht), stützt sich auf Art. 321a i. V. m. 321b OR. Analoges gilt für einen im Auftragsverhältnis zur Obergesellschaft stehenden Vertreter, Art. 398 i. V. m. 400 Abs. 1 OR.

<sup>1293</sup> Art. 717 Abs. 1 OR.

<sup>1294</sup> Ganz h. L., vgl. etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 299.

<sup>1295</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 300.

<sup>1296</sup> SCHILTKNECHT 68; er folgt dabei im Wesentlichen WENNINGER 165 f.; diese begründet das «umfassende Informationsrecht» gegenüber der vertretenen Gesellschaft damit, dass dieser ein Weisungsrecht gegenüber dem delegierten Verwaltungsrat zukomme; eine Einschränkung nimmt sie insofern vor, als der delegierte Verwaltungsrat die fraglichen Informationen nur an «die wiederum zum Schweigen verpflichtete Verwaltung der juristischen Person» weiterleiten dürfe.

<sup>1297</sup> SCHILTKNECHT 68 f.

<sup>1298</sup> SCHILTKNECHT 69 Fn. 323.

Konzern gehören dazu als «gesetzliche Durchbrechung der Schweigepflicht» namentlich alle Informationen, die für das Erstellen der konsolidierten Konzernrechnung notwendig sind<sup>1299</sup>. Zudem halten FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL im Konzern «eine umfassende Information jedenfalls dann [für] zulässig», wenn «die Förderung der Konzerninteressen oder derjenigen der Muttergesellschaften durch eine entsprechende statutarische Zweckumschreibung *nach aussen kundgemacht wird*»<sup>1300</sup>.

Im Hinblick auf den dritten *Topos* zur Wissenszurechnung im Konzern, dem *Vertrauenstatbestand*, ist entscheidend, dass die *Durchbrechung der Schweigepflicht nur bejaht wird, wenn die (enge) Konzernbeziehung offen gelegt wird*<sup>1301</sup>. Es zeigt sich hier die gleiche Wertung, welche bei diesem dritten *Topos* zur Wissenszurechnung führt. Entscheidend ist, dass beide Wertungen parallel verlaufen, denn nur so scheitert die Wissenszurechnung nicht an der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflicht<sup>1302</sup>.

### III. Analoge Anwendung dieser Prinzipien auf andere Personen als Verwaltungsräte

Im Falle von Mitarbeitern oder Beauftragten der Obergesellschaft, die in anderer Funktion denn als Verwaltungsrat für eine oder mehrere Untergesellschaften tätig werden, sind der arbeits- oder

<sup>1299</sup> Was u.a. die Kommunikation von Buchhaltungsdaten der Konzerngesellschaften an die Mutter erforderlich macht, um konzerninterne Transaktionen zu neutralisieren.

<sup>1300</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL 300. Kursivdruck eingefügt.

<sup>1301</sup> Bezeichnend ist, dass heute ein wichtiger Teil der schweizerischen Lehre jedenfalls bei einer Konzernierung nach dem Einordnungskonzept Publizität der konzernmässigen Einordnung verlangt, soweit die Untergesellschaft keine aussenstehenden Aktionäre hat (in welchem Fall eine «Etikettierung» nicht notwendig ist, da die Untergesellschaft diesfalls «zu einer nachhaltigen Verpflichtung ihrer eigenen Interessen verpflichtet» ist, BÖCKLI Konzernrecht 67f.).

<sup>1302</sup> Ein Kernbereich der Geheimhaltung ist strafrechtlich durch Art. 162 StGB geschützt, der das Offenbaren eines «Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das ... infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht» zu wahren wäre, unter Strafe stellt. Aus diesem zusätzlichen Schutz ergeben sich jedoch keine zusätzlichen Implikationen für die Beantwortung der vorliegenden Fragestellung.

mandatsrechtlichen Loyalitätspflicht gegenüber der Muttergesellschaft nicht die aktienrechtliche Schweigepflicht entgegengesetzt. Vielmehr stehen dieser die arbeitsvertragliche Verschwiegenheitspflicht<sup>1303</sup> bzw. die mandatsrechtlichen Diskretions- und Geheimhaltungspflichten<sup>1304</sup> gegenüber. Die Lösung des Pflichtenkonflikts bestimmt sich jedoch in analoger Weise wie dies vorne für das Wissen von delegierten Verwaltungsräten ausgeführt wurde.<sup>1305</sup>

### IV. Wissensfluss von der Obergesellschaft an eine Konzerngesellschaft

Soweit ersichtlich äussert sich die schweizerische Lehre nicht näher zur Frage der Zulässigkeit des umgekehrten Informationsflusses im Konzern, nämlich desjenigen von der Obergesellschaft zur Konzerngesellschaft hin. Hier geht es nicht wie vorne<sup>1306</sup> um eine Abwägung aktienrechtlicher Verschwiegenheitspflichten gegenüber arbeits- oder mandatsrechtlichen Loyalitätspflichten, sondern darum, ob dem *Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft ein objektives Interesse an Offenbarung einer vertraulichen Information gegenübersteht*.<sup>1307</sup> Die deutsche Lehre rechtfertigt denn auch eine Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht des Konzernvorstandes damit, dass dieser gemäss § 76 AktG zur Förderung der unternehmerischen Interessen der Aktiengesellschaft verpflichtet sei, was der Verschwiegenheitspflicht des § 93 Abs.1 S.2 AktG dann vorgehe, wenn Informationserteilung an Dritte oder andere Gesellschaften im Konzern im Interesse der Gesellschaft sei. Die Literatur nennt als Beispiele die Notwendigkeit der Information eines Geschäftspartners, um ein gemeinsames Vorgehen zu koordi-

<sup>1303</sup> Explizit statuiert durch Art. 321a Abs. 4 OR, wobei sie bei leitenden Angestellten aufgrund deren tieferen Einblicks in die Unternehmung verschärft ist, SCHILT-KNECHT 66.

<sup>1304</sup> Als Teil der auftragsrechtlichen Treuepflicht, Art. 398 Abs. 2 OR. Siehe dazu etwa BSK-WEBER Art. 398 OR N 11ff.

<sup>1305</sup> Vorne S. 278 ff.

<sup>1306</sup> S. 290 f.

<sup>1307</sup> SCHÜLER 188.

nieren, oder, in casu besonders relevant, um einer Konzerngesellschaft «zusätzliche Handlungsmöglichkeiten zu eröffnen»<sup>1308</sup>. Der gleiche Autor erwähnt als weiteres im Kontext einschlägiges Beispiel etwa die Information über den baldigen Ablauf von Fristen.<sup>1309</sup> SCHÜLER nennt auch ein problematisches Beispiel, wo das Resultat der *Interessenabwägung nicht eindeutig* zugunsten der Offenbarung spricht: Der Forschungsabteilung der Muttergesellschaft ist bekannt, dass ein von der Tochter vertriebener Stoff mangelhaft oder gefährlich ist. Die Bekanntgabe dieser Forschungsergebnisse an die Tochter würde diese u. U. zur einer Aufklärungspflicht oder gar einer Rückrufaktion verpflichten.<sup>1310</sup>

Die gleiche Interessenabwägung ist auch nach schweizerischem Recht<sup>1311</sup> vorzunehmen. Sie wird je nach gefährdeten Rechtsgütern zu einem Vorrang der Informationspreisgabe gegenüber den Geheimhaltungspflichten führen.

Liegt seitens der Muttergesellschaft eine tatsächliche Einflussnahme auf eine Konzerngesellschaft vor, oder eine im obigen Sinne für die Wissenszurechnung relevante arbeitsteilige Zusammenarbeit, *muss die Obergesellschaft damit auch diejenigen Informationen offenbaren*, die zur Prüfung der Zulässigkeit der Weisungsbefolgung durch die Untergesellschaft notwendig sind<sup>1312</sup>. Dies folgt daraus, dass die Verwaltung der Untergesellschaft ihre bei konzernrechtlicher Einordnung nur mehr bloss, aber immerhin

<sup>1308</sup> SCHÜLER 188; vgl. weiter etwa Kölner Komm-MERTENS § 76 N 16 i. V. m. § 93 N 82 m. w. H.

<sup>1309</sup> SCHÜLER 189. Zur Notwendigkeit einer solchen Prüfung unter schweizerischem Recht siehe etwa ZK-HOMBURGER Art. 717 N 938.

<sup>1310</sup> SCHÜLER 189 begründet das mögliche Vorgehen der Verschwiegenheitspflicht damit, dass diese die Rechtsstellung der Tochter verschlechtern könne, was fraglich ist, da ein frühzeitiges Rückrufen von Produkten, die ein grosses Haftungspotential in sich bergen, die Rechtsstellung der Tochter durchaus auch verbessern kann.

<sup>1311</sup> Falls man einen Vergleich mit Deutschland vornehmen will, wäre der Normgegensatz (in Deutschland § 76 und § 93 AktG) in der Schweiz zwischen der (Gesellschafts-)Interessenwahrungspflicht und der Geheimhaltungspflicht, welche beide in Art. 717 Abs. 1 OR gründen, zu sehen. Zur Interessenwahrungspflicht und der diesbezüglich stets vorzunehmenden Interessenabwägung im Allgemeinen siehe ausführlich etwa ZK-HOMBURGER Art. 717 N 772ff., insbes. N 779–809.

<sup>1312</sup> SCHÜLER 189.

noch bestehende, residuelle Eigenverantwortung<sup>1313</sup>, «die im Kern auf eine *kognitive* und *begleitende* Tätigkeit mit einer residuellen *Eingriffspflicht* hinausläuft, nur wahrnehmen [kann], wenn sie von der Konzernleitung entsprechend *informiert* wird und sie darüber hinaus auch die Möglichkeit hat, sich selbständig zu informieren.»<sup>1314</sup>

#### V. *Fazit: Verschwiegenheitspflichten hindern richtig definierte Wissenszurechnung nicht*<sup>1315</sup>

Als Fazit der Betrachtung des Spannungsfelds zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten im Konzern lässt sich festhalten: Die Verschwiegenheitspflichten behindern eine richtig ausgestaltete Wissenszurechnung nicht. Bei der *Wissenszurechnung «von unten nach oben»* ergibt sich dies aufgrund des eigenen Interesses der Untergesellschaft am konzernmässigen Einbezug sowie gegebenenfalls der Publizität der Konzernierung (Vertrauensschutz). Bei der *Wissenszurechnung «von oben nach unten»* folgt dies aus der Abwägung der Unternehmens- und Geheimhaltungsinteressen. Im Falle der Zurechnung aufgrund qualifizierter tatsächlicher Einflussnahme<sup>1316</sup> und aufgrund von (qualifiziertem) arbeitsteiligem Zusammenwirken<sup>1317</sup> ergibt sich die *Zulässigkeit der Durchbrechung der Geheimhaltungspflichten* zudem aus den aktienrechtlichen Pflichten der Verwaltung der Untergesellschaft. Diese gestatten die im Interesse der Obergesellschaft erwünschte Befolgung der Weisungen bzw. die arbeitsteilige Mitwirkung durch

<sup>1313</sup> Dazu ausführlich vorne S. 274 f.

<sup>1314</sup> BÖCKLI Konzernrecht 63. In einer graphischen Darstellung (BÖCKLI op. cit. 62) nimmt denn auch der Informationsfluss die gleiche Bedeutung wie die Konzernweisung ein.

<sup>1315</sup> Nicht so weit gehend wie SCHILTKNECHT 69, der alle aktienrechtlichen «Chinese Walls» fallen lassen will – wenn man dies tut, wird man sich sehr rasch der Forderung nach einer unerwünschten umfassenden Wissenszurechnung ausgesetzt sehen.

<sup>1316</sup> Dazu vorne S. 263 ff.

<sup>1317</sup> Dazu vorne S. 269 ff.

die Untergesellschaft nur, wenn die zur Beurteilung der Weisungen bzw. der arbeitsteiligen Eingebundenheit notwendigen Informationen von der Ober- an die Untergesellschaft fließen.

## § 5 Die Wissenszurechnung im Konzern – Verhältnis zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen und Zusammenfassung

Im vorangehenden 3. Kapitel wurden die Voraussetzungen für die Bestimmung des Wissens innerhalb einer juristischen Person erarbeitet. Es stellte sich dabei heraus, dass die Wissenszurechnung bei der juristischen Person auf das Leitmotiv der ordnungsgemässen Wissensorganisation abgestützt werden kann. Dieses wird durch die Kriterien (i) wahrscheinliche Bedeutung der Information, (ii) Funktion des Wissensträgers, (iii) technische, finanzielle und rechtliche Beherrschbarkeit des Informationsflusses sowie (iv) in bestimmten rechtsgeschäftlichen Konstellationen durch den Vertrauenstatbestand konkretisiert.

Dieses für die Zurechnung von Wissen innerhalb einer juristischen Person ausgelegte Zurechnungsmodell kann jedoch nicht eine die Grenzen der Rechtspersönlichkeit überschreitende Zurechnung im Konzern rechtfertigen – andernfalls würde die rechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften gänzlich missachtet.<sup>1318</sup> Für die Bestimmung der Wissenszurechnung im Konzern mussten deshalb in diesem Kapitel spezielle Kriterien erarbeitet werden. Diese wurden aus Wertungen abgeleitet, welche anderen Zurechnungsnormen im Konzern zugrunde liegen. Neben der selbstverständlichen Voraussetzung des Vorliegens eines Konzerns im Sinn der Legaldefinition des Art. 663e Abs. 1 OR sind dies *eine* der folgenden Voraussetzungen, wie vorne ausgeführt: rechtlich sanktionierte und tatsächlich ausgeübte Einflussnahme oder – selten – Un-

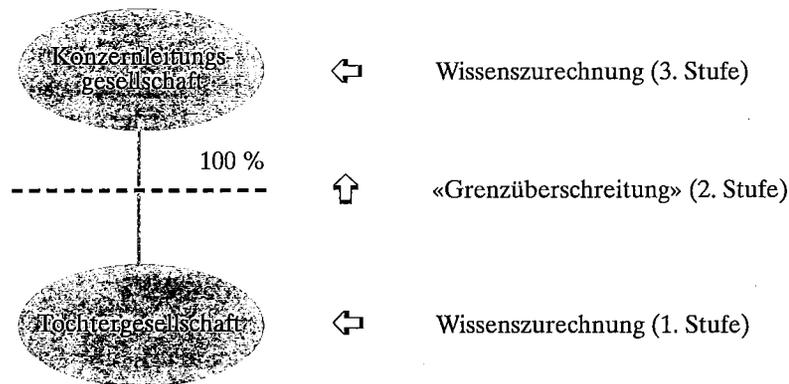
<sup>1318</sup> So deutlich BGH VersR 1990 258 f.; BGH VersR 1992 217 f.: Konzernverbundenheit des Versicherers allein rechtfertigt Wissenszurechnung nicht, vgl. dazu MÜLLER-WIEDENHORN.

terlassen rechtlich gebotener (und möglicher) Einflussnahme; arbeitsteiliges Zusammenwirken, sofern es sich um ein «Outsourcing» von grundsätzlich der ausgliedernden Gesellschaft obliegenden Aufgaben handelt; qualifizierte personelle Verflechtungen (Doppelmandatsträger für die gleichen operativen Bereiche oder andere Fälle personeller Verflechtungen, die besonderes Vertrauen in die Informationsweitergabe erwecken); und schliesslich anderweitiges Schaffen eines konkreten Vertrauenstatbestandes in eine bestimmte Informationsorganisation im Konzern.

Ist ein *konkreter Fall* zu prüfen, bedarf es zunächst der Feststellung, ob Wissen eines aktuellen Wissensträgers überhaupt einer Konzerngesellschaft zugerechnet werden kann. Dies erfolgt mit dem im 3. Kapitel entwickelten Modell für die Wissenszurechnung bei der juristischen Person. Anschliessend, auf einer 2. Stufe, kann anhand der in diesem 4. Kapitel erarbeiteten, soeben genannten Kriterien beurteilt werden, ob sich eine Zurechnung des so etablierten Wissens *einer* Konzerngesellschaft auf andere Gesellschaften des Konzerns rechtfertigt – hier wird also geprüft, ob die «grenzüberschreitende» Zurechnung zulässig ist.<sup>1319</sup> Ist dies der Fall, kommt auf der 3. Stufe wiederum das Wissenszurechnungsmodell für die juristische Person zu Anwendung, mittels dessen geprüft wird, ob nunmehr im Bereich der «eigenen» Gesellschaft «eingetroffene» Information dieser zugerechnet werden kann. Bei einer Wissenszurechnung «*von unten nach oben*» (Zurechnung des Wissens der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft) ergibt sich also folgendes Lösungsschema:<sup>1320</sup>

<sup>1319</sup> In der nachfolgenden graphischen Darstellung wird der Begriff «Grenzüberschreitung» verwendet, um die Überschreitung der Grenzen der Rechtspersönlichkeit der den Konzern bildenden juristischen Personen zu bezeichnen.

<sup>1320</sup> Im Falle einer Wissenszurechnung «*von oben nach unten*» vice versa; bei einer Wissenszurechnung zwischen Schwestergesellschaften kann bei Vorliegen der Voraussetzungen eine direkte Zurechnung erfolgen, andernfalls kommt eine Zurechnung auf dem Umweg über die Muttergesellschaft in Betracht.



Eine so ausgestaltete, funktionale Wissenszurechnung im Konzern wird *nicht durch Geheimhaltungspflichten verhindert* bzw. schliesst eine Verletzung derselben aus. Dies folgt bei der Wissenszurechnung «von oben nach unten» aus dem Vorrang von Unternehmensinteressen gegenüber Geheimhaltungs- sowie u.U. aktienrechtlichen Pflichten der Verwaltung der Tochtergesellschaft zur Beschaffung von Informationen für die Beurteilung von Weisungen der Mutter. Im Fall der Wissenszurechnung «von unten nach oben» ergibt sich die Zulässigkeit der Wissenszurechnung aufgrund des Vorranges des Interesses am konzernmässigen Einbezug gegenüber allfälligen Verschwiegenheitspflichten sowie u.U. der «Publizität» der Konzernierung. Die Geheimhaltungspflichten werden dabei durch das Kriterium der rechtlichen Beherrschbarkeit des Informationsflusses berücksichtigt.

## § 6 Hinweis: Wissenszurechnung im Bankkonzern

Auf die Wissenszurechnung in Bankkonzernen wird im nachfolgenden 5. Kapitel eingegangen. Diese getrennte Behandlung hat neben der Tatsache, dass es sich beim Gegenstand des 5. Kapitels im Rechtstatsächlichen um ein eigenständiges Gebiet handelt, auch einen gewichtigen materiell-rechtlichen Grund: Aus den aufsichts-

rechtlichen Vorschriften und der Praxis zum Bankkonzernrecht ergeben sich, im Vergleich zu gewöhnlichen Konzernen, noch zusätzliche und andere Zurechnungsnormen<sup>1321</sup>. Dies hat zur Folge, dass die hier im 4. Kapitel vorgefundenen Zurechnungsvoraussetzungen zu ergänzen bzw. modifizieren sein werden:

Das zeigt sich insbesondere im eigenständigen Konzernbegriff des Finanzmarktrechts. So hat das Bundesgericht zur Beurteilung von aufsichtsrechtlichen Konsequenzen einer Konzernverbundenheit bereits aus dem Auftreten unter einem gemeinsamen Kürzel, in casu «CS» für «Credit Suisse», auf einen faktischen Beistandszwang der (damaligen) SKA als Hauptgesellschaft des Bankkonzerns und daraus auf eine Konsolidierungspflicht geschlossen.<sup>1322</sup> *Mit dieser aufsichtsrechtlichen Rechtsprechung erhält der Bankkonzern eine eigene Tatbestandsvoraussetzung*, die sich weniger an den beiden klassischen Kriterien, Mehrheitsbeteiligung und einheitliche Leitung, als vielmehr («c'est déterminant», so das Bundesgericht) an der «solidarité financière des différentes sociétés du groupe»<sup>1323</sup> orientiert.

Ein weiterer Unterschied zwischen finanzmarktrechtlich regulierten und «gewöhnlichen» Konzernen, der sich auch auf die Wissenszurechnung auswirken kann, liegt zudem darin, dass die aufsichtsrechtliche Konsequenz dieser Rechtsprechung, nämlich die bankkonzernspezifische Eigenkapitalausstattung gemäss Bundesgericht nicht dadurch vermieden werden kann, dass der faktische Beistandszwang mittels einer negativen Patronatserklärung wegbedungen würde,<sup>1324</sup> was rein *privatrechtlich* möglich sein müsste<sup>1325</sup>.

<sup>1321</sup> Norm wie oft im Zusammenhang mit Zurechnungsnormen im untechnischen Sinne, also nicht als generell-abstrakte Vorschrift, verstanden.

<sup>1322</sup> BGE 116 Ib 331 (PRA 1990 [80] Nr. 151), insbes. Erw. 3 und 6, siehe dazu etwa KLEINER/LUTZ Das Eigenkapital im Bankkonzern SZW 1991 140 ff. sowie, allerdings auf rein privatrechtliche Folgerungen aus dem Entscheid beschränkt, DRUEY/VOGEL 128 ff.

<sup>1323</sup> ALAIN HIRSCH 220.

<sup>1324</sup> BGE 116 Ib 331 ff., Erw. 6.

<sup>1325</sup> Vgl. DRUEY/VOGEL 135, welche in ihrer Erörterung der privatrechtlichen Auswirkungen des Entscheids eine Enthaltung bejahen, soweit sich eine solche «aus den Leitungspflichten der Obergesellschaft» ergeben würde, was etwa mit dem Hinweis darauf erfolgen könne, dass die Tochtergesellschaft(en) «als «profit center» geführt» werden. Für die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen von BGE 116 Ib 331 ff. trifft diese Aussage nicht zu.

## **5. Kapitel Wissenszurechnung und wissensbasierte Interessenkonflikte bei Banken**

### **§ 1 Einleitung**

#### *I. Überblick*

Der erste Teil dieses Kapitels (§§ 1 und 2) befasst sich mit der Wissenszurechnung bei Banken und andern prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistungserbringern. Zunächst wird geprüft, welche finanzindustrie-spezifischen und finanzmarktrechtlichen Besonderheiten die vorne entwickelten Regeln zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen und in Konzernen beeinflussen können. Basierend darauf wird untersucht, inwiefern an der bis hier erarbeiteten Konzeption der Wissenszurechnung Modifikationen anzubringen sind. Ziel ist es, mit einem «industriespezifisch» angepassten Konzept der Wissenszurechnung Wissen und Wissenmüssen von Banken und Effekthändlern in juristisch konsistenter Weise zu bestimmen.

Im zweiten Teil des Kapitels (§ 3) wird im Sinne einer Anwendungsillustration dargelegt, wie eine richtig konzipierte Theorie der Wissenszurechnung einen wichtigen Beitrag zur Lösung eines grundlegenden und zurzeit besonders aktuellen Problems des Finanzmarktrechts, nämlich den Interessenkonflikten, leisten kann. Dabei versteht sich von selbst, dass Informationssteuerungsmechanismen nicht zur Bewältigung aller, sondern nur der wissensbasierten<sup>1326</sup> Interessenkonflikte beitragen können. Auf diese beschränkt sich die Arbeit denn auch.

<sup>1326</sup> Zum Begriff hinten S. 342 ff.

## II. *Beschränkung des Untersuchungsbereichs auf prudenziell beaufsichtigte Finanzdienstleistungserbringer*

Das vorliegende Kapitel befasst sich ausschliesslich mit der Wissenszurechnung und Interessenkonflikten bei prudenziell regulierten Finanzdienstleistungserbringern, d. h. solchen, die einer Bewilligungspflicht und einer laufenden aufsichtsrechtlichen Überwachung durch die EBK oder das BPV<sup>1327</sup> unterstellt sind.<sup>1328</sup> Auf die materiellen Besonderheiten, die für diese Einschränkung sprechen, wird hinten eingegangen<sup>1329</sup>. Erste Hinweise dafür, dass eine spezifische Untersuchung der Wissenszurechnung bei prudenziell regulierten Finanzdienstleistungserbringern sinnvoll und lohnend sein könnte, ergeben sich bereits aus folgendem Umstand: Die deutsche Judikatur zur Wissenszurechnung musste sich besonders häufig mit Banken betreffende Fällen befassen<sup>1330</sup>, und auch ein beachtlicher Anteil der Literatur zur Wissenszurechnung in Deutschland setzt sich mit dem Wissen (und Willen) von Banken und Versicherungen auseinander<sup>1331</sup>. Auch für die Situation in der Schweiz ist es bezeichnend, dass trotz der geringen Zahl an Judikatur<sup>1332</sup> und Publikationen<sup>1333</sup> zur Wissenszurechnung relativ oft auf das Bankgeschäft<sup>1334</sup> Bezug genommen wird, ohne dass die Problematik jedoch umfassend untersucht wurde.<sup>1335</sup>

<sup>1327</sup> Auf Versicherungsunternehmen, d. h. vom BPV überwachte Institute, wird hier nur ganz am Rande eingegangen.

<sup>1328</sup> Nicht dazu gehören (zurzeit noch) die Vermögensverwalter.

<sup>1329</sup> In § 2.

<sup>1330</sup> Vgl. dazu vorne S. 57 ff.

<sup>1331</sup> Vgl. den Überblick vorne im 2. Kap. S. 75 ff. über die Literatur zur Wissenszurechnung in Deutschland.

<sup>1332</sup> Siehe dazu vorne S. 46 ff.

<sup>1333</sup> Siehe dazu vorne S. 62 ff.

<sup>1334</sup> Das hier nicht technisch, sondern als Oberbegriff des regulierten Finanzdienstleistungsgeschäfts verstanden wird.

<sup>1335</sup> In der Schweiz wohl erstmals aufgeworfen wurde die Problematik im Aufsatz von WATTER Wissen und Willen, wo auf die Komplexität des Verhältnisses zwischen regulatorischen Informationsflussschranken und der zivilrechtlichen Wissenszurechnung hingewiesen wird, vgl. dazu näher vorne 2. Kap. S. 68 ff. Vgl. nun jüngst aber MARGIOTTA 271 ff. Neben diesen Autoren befasst sich in der Schweiz auch

Als Grundlage der in § 2 folgenden Erörterung der Wissenszurechnungs-relevanten Besonderheiten von regulierten Finanzintermediären, welche die Konzentration der Untersuchung auf diese materiell rechtfertigen, wird nachfolgend ein kurzer Überblick über die prudenziell beaufsichtigten Finanzdienstleistungsunternehmen nach schweizerischem Recht gegeben.

## III. *Die prudenziell regulierten Finanzdienstleistungserbringer nach schweizerischem Recht*

### 1. *Übersicht*

Einer eigentlichen prudenziellen Regulierung und Beaufsichtigung<sup>1336</sup> sind in der Schweiz die Banken, Effektenhändler, Anlagefonds, Versicherungen und Pfandbriefanstalten unterworfen<sup>1337</sup>. Den Kern der regulatorischen Erlasse bilden BankG, BEHG und AFG für die von der EBK überwachten Intermediäre einerseits, sowie das VAG für die vom BPV überwachten Institute andererseits. Keiner eigentlichen Finanzmarktaufsicht sind die Vermögensverwalter unterworfen. Diese sind auch Intermediäre<sup>1338</sup>, aber – jedenfalls zurzeit – nur im Hinblick auf die Bekämpfung der Geldwäscherei einer staatlichen Aufsicht unterworfen. Sie sind deshalb

HOFSTETTER Interessenkonflikte 204–206, allerdings eher am Rand, mit der Wissenszurechnung, siehe dazu hinten S. 384.

<sup>1336</sup> Nachfolgend kurz: Finanzmarktregulierung oder -aufsicht. Zu der nicht gefestigten Terminologie betreffend der Begriffe Finanz- und Kapitalmarktrecht siehe etwa NOBEL Finanzmarktrecht 6f. Ausführlich zur EBK als Finanzmarktaufsichtsbehörde siehe NOBEL Swiss Finance Law 421 ff.

<sup>1337</sup> Abgesehen von den hier nicht weiter interessierenden Börsen als Organisationen (zurzeit SWX Swiss Exchange und die Telefonbörse Bern) sowie der Regulierung des Börsenmarktes.

<sup>1338</sup> Im Sinne des GwG; anders die (in reiner Form selten vorkommenden) Anlageberater, welche auch diesem Gesetz nicht unterstellt sind, sofern sie über keinerlei Vollmacht zur Vornahme von Vermögensdispositionen verfügen, vgl. zu dieser Abgrenzung ABBEGLEN Vermögensverwaltung 180, insbes. Fn. 4.

vom hier verwendeten Begriff der prudentiell regulierten Finanzdienstleistungserbringer nicht erfasst.<sup>1339</sup>

## 2. Banken

Der Begriff der Bank (und damit die Tatbestandselemente, bei deren Erfüllung eine Bankbewilligung vorliegen muss, ansonsten ein strafbarer rechtswidriger Betrieb des Bankgeschäfts vorliegt) wird vom Gesetz<sup>1340</sup> vorausgesetzt, nicht aber definiert. Die Begriffsbestimmung erfolgt vielmehr erst in Art. 2a BankV, wonach alle Unternehmen als Banken gelten, die «hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind» und entweder gewerbsmässig das Publikumseinlagegeschäft zu Refinanzierungszwecken betreiben oder sich bei nicht an ihnen beteiligten Banken refinanzieren, um unverbundene Dritte zu finanzieren.<sup>1341</sup> Neben diesem für den Begriff «Bank» tatbestandsmässigen Geschäft sind Banken in weiteren Geschäftsbereichen tätig, und zwar in als solchen nicht regulierten, wie etwa dem Vermögensverwaltungsgeschäft, aber auch in finanzmarktrechtlich anderweitig regulierten, wie etwa dem Effektenhandelsgeschäft<sup>1342</sup>. Wird eine an sich nicht aufsichtspflichtige Aktivität, wie z. B. die blosse Vermögensverwaltung ohne Konto- und Depotführung, durch eine Bank ausgeübt, so erstreckt sich die prudentielle Beaufsichtigung jedoch auch auf diese Geschäfte.<sup>1343</sup>

<sup>1339</sup> Damit ist auch gesagt, dass hier der Begriff Finanzintermediär nicht im Sinne des GwG verwendet wird, das unter Finanzintermediären im (GwG-Sinne) u. a. auch Spielbanken und Geldwechselstuben etc. versteht (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. a, b, c GwG).

<sup>1340</sup> Art. 1 Abs. 1 BankG.

<sup>1341</sup> Art. 2a lit. a und b BankV.

<sup>1342</sup> In welchem Fall zusätzlich zur Bank- eine Effektenhändlerbewilligung gemäss Art. 10 Abs. 1 BEHG erforderlich ist. Nebst dieser erlaubten und für das Universalbankenprinzip typischen Kombination von Bank- und Effektengeschäft gibt es auch nicht kombinierbare Bereiche. So darf eine Bank nicht als Fondsleitungsgesellschaft (wohl aber als Anlagefondsvertriebsträger) fungieren, Art. 9 Abs. 1 AFG. Damit sollen Interessenkonflikte vermieden werden.

<sup>1343</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 18–22 N 100.

## 3. Effektenhändler

Gemäss Legaldefinition von Art. 2 lit. d BEHG sind Effektenhändler «natürliche und juristische Personen, die gewerbsmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten».

Mit dem Inkrafttreten des BEHG wurde das Effektenhandelsgeschäft, das bislang z. T. unter die Aufsicht im Rahmen des BankG fiel, einer ausführlichen, spezialgesetzlichen Regulierung unterworfen<sup>1344</sup>. Das führt dazu, dass jedes als Universalbank tätige Institut sowohl über eine Bank- als auch eine Effektenhändlerbewilligung verfügen muss. Von Bedeutung in vorliegendem Zusammenhang ist hier, dass damit moderne Regulierungsprinzipien des Kapitalmarktrechts, insbes. Verhaltenspflichten mit umfangreichen Informations- und Interessenkonfliktvermeidungspflichten, sowie das Konzept des Anlegerschutzes qua Transparenz und Publizität<sup>1345</sup> zu wichtigen aufsichtsrechtlichen Leitlinien für alle regulierten Finanzintermediäre geworden sind und auch die Praxis der Bankaufsicht i.e.S. gerade etwa zum Umgang mit Interessenkonflikten prägen.<sup>1346</sup> Wie sich zeigen wird, haben diese Prinzipien und Pflichten grossen Einfluss auf die Wissenszurechnung bei Finanzintermediären.

## 4. Anlagefonds

Mit «Anlagefonds» sind nachfolgend schweizerische Anlagefonds<sup>1347</sup> gemäss Art. 2 und 3 Abs. 1 AFG und deren Fondsleitungen gemäss Art. 9 AFG gemeint.

<sup>1344</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 1 N 15.

<sup>1345</sup> Zur Informationseffizienz und ihrem Zusammenhang mit Allokationseffizienz auf den Kapitalmärkten siehe RUFFNER Publikumsgesellschaft 349 ff.

<sup>1346</sup> Paradebeispiel dafür ist der Biber-Entscheid, dazu ausführlich hinten S. 369 ff.

<sup>1347</sup> Diese haben nicht die Qualität eines Rechtssubjekts, sondern sind ein Sondervermögen; vgl. dazu BSK-ABEGGLEN Art. 16 AFG N 1 ff.

Ausländische Fonds (seien sie vertraglicher oder körperschaftlicher Natur) sowie deren Fondsleitungen *als solche* werden – im Gegensatz zur Vertretung und zum Vertrieb solcher Fonds in oder von der Schweiz aus – <sup>1348</sup> vom Schweizer Recht nicht reguliert. <sup>1349</sup>

Das Gesetz definiert (schweizerische) Anlagefonds als «Vermögen, [die] aufgrund öffentlicher Werbung von den Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und von der Fondsleitung in der Regel nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet» werden <sup>1350</sup>.

## 5. Hinweis: Allfinanzunternehmen

Allfinanzunternehmen <sup>1351</sup> ist nicht ein vom Gesetz definierter regulatorischer Begriff wie Bank oder Effektenhändler, sondern, wie etwa derjenige der Universalbank <sup>1352</sup>, ein betriebswirtschaftlicher, nicht einheitlich verwendeter Terminus, der insbesondere das Anbieten von Versicherungsprodukten durch eine Bank («Bancassurance») bzw. das Erbringen von Bankdienstleistungen durch eine Versicherung («Assurancefinance») als ein immer wichtiger wer-

<sup>1348</sup> Vgl. zur Frage der Zulässigkeit solcher Vertriebsaktivitäten ABEGGLEN Liberalisierung 33. Siehe dazu nun das neue EBK-Rundschreiben «Öffentliche Werbung», welches per 1. Juli 2003 in Kraft tritt.

<sup>1349</sup> Auf sie wird in der Folge nicht eingegangen.

<sup>1350</sup> Art. 2 Abs. 1 AFG. Ausländische Anlagefonds werden dagegen funktional definiert, um den Vertrieb solcher Produkte, wenn dieser in oder von der Schweiz aus erfolgt, unabhängig von ihrer vom Heimatland abhängigen rechtlichen Konstruktion regulatorisch erfassen zu können: Gemäss Art. 44 Abs. 1 Ziff. a und b AFG gelten als ausländische Fonds alle zur kollektiven Anlage vorgesehenen Vehikel, seien dies Vermögen, die auf vertraglicher (wie schweizerische Anlagefonds) Basis geüfnet und verwaltet werden, oder aber solche, die als Beteiligungsgesellschaften konzipiert sind (gesellschaftsrechtliches Konstrukt). Die Frage, wann ein ausländisches, gesellschaftsrechtlich statuiertes Vehikel ein Fonds in diesem Sinne und damit – unter Vorbehalt nichtöffentlicher Vertriebs – bewilligungspflichtig ist, erweist sich als komplex und bereitet der Praxis immer wieder Abgrenzungsschwierigkeiten, siehe etwa dazu ABEGGLEN Liberalisierung. Dazu publizierte die EBK, wie im soeben genannten Beitrag gefordert, per 1. Juli 2003 das Rundschreiben Öffentliche Werbung.

<sup>1351</sup> Dazu grundlegend BANZ; PFUND; ZUBERBÜHLER Rechtsprobleme.

<sup>1352</sup> Diese ist – in regulatorischen Begriffen ausgedrückt – immer Bank und Effektenhändlerin, zudem sehr oft im Besitz von Gesellschaften aus dem durch das AFG regulierten Bereich (Fondsleitungsgesellschaften).

dendes, in jüngster Zeit aber auch unter heftige Kritik geratenes Geschäftsmodell umschreibt <sup>1353</sup>. Allfinanzunternehmen sind heute einer dualistischen Aufsicht durch die EBK und das BPV unterworfen, wobei das Schwergewicht je nach dem Hauptfokus der Gruppe bei der Banken- (und Effektenhändler-) Aufsicht oder aber bei der Versicherungsaufsicht <sup>1354</sup> liegt. <sup>1355</sup>

Der Allfinanzbereich wirft schwierige regulatorische Probleme auf, angefangen bei der (hier nicht interessierenden) Frage, ob die Versicherungsaufsicht von der Banken- und Effektenhändleraufsicht getrennt bleiben soll oder ob eine integrierte, von einer einzigen Behörde wahrgenommene Aufsicht vorzuziehen sei <sup>1356</sup>, bis hin zur noch wenig diskutierten Fragestellung, in welcher Abhängigkeit die verschiedenen Risiken von Allfinanzkonglomeraten zueinander stehen und ob und falls ja wie diese integriert überwacht werden sollen und können <sup>1357</sup>.

Das Geschäftsmodell der Allfinanz ist auch eine Herausforderung für die Bestimmung der Wissenszurechnung im Finanzdienst-

<sup>1353</sup> Bericht ZUFFEREY 118. Vgl. dazu die Angaben zu Schweizer Finanzintermediären mit bedeutenden Allfinanzaktivitäten bei NOBEL Swiss Finance Law 30.

<sup>1354</sup> Einen konzisen Überblick über das Versicherungsaufsichtsrecht gibt NOBEL Swiss Finance Law 465 ff.

<sup>1355</sup> Vgl. dazu die Verfügung des BPV vom 23. April 2001 i. S. Zurich Financial Services Group, EBK-Bulletin 42/2002, 15 ff. In vorliegendem Zusammenhang ist dabei Erw. 15 der Verfügung (EBK-Bulletin 42/2002, 29) von besonderer Bedeutung: «Zur Erfüllung seiner Aufgaben muss das BPV als Lead Coordinator [das BPV deshalb, da das Versicherungsgeschäft die Hauptaktivität der Gruppe darstellt, siehe Erw. 1.b der Verfügung, EBK-Bulletin 42/2002, 20] berechtigt sein, sich alle dazu notwendigen Informationen zu beschaffen oder einzuverlangen. Entsprechend ist die Zurich Financial Services verpflichtet, zur Erreichung der Ziele der konsolidierten Aufsicht dem BPV alle von ihm hierfür als relevant erachteten Auskünfte zu erteilen. Die Zurich Financial Services steht zweckmässigerweise für die gesamte Zurich Financial Services Group in dieser Pflicht. Demzufolge hat die Zurich Financial Services, wo sie nicht selber unmittelbar über die relevante Information verfügt, diese von der oder den betreffenden Gruppengesellschaften einzuholen und dem BPV weiterzuleiten.»

<sup>1356</sup> Vgl. BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 23 N 2d; der Bericht ZUFFEREY 66 empfiehlt die Schaffung einer integrierten, alle Finanzintermediäre abdeckenden Aufsichtsbehörde, wobei er den einzelnen Bereichen (insbes. Banken und Versicherungen) immerhin «adäquate Autonomie» zugestehen will.

<sup>1357</sup> Vgl. dazu den Bericht ZUFFEREY 13, 63 ff., 118 ff., 127.

leistungsbereich, da durch die vermehrte Integration verschiedener Produkte und Dienstleistungen auf Anbieterseite zum einen rein faktisch immer weitere Bereiche zu einer Kommunikationsorganisation zusammengefügt werden müssen, zum andern da aus regulatorischen Gründen – Stichwort integrierte, übergreifende Aufsicht<sup>1358</sup> – die Organisation des in diesen verschiedenen Bereichen anfallenden Wissens zum immer schwerer zu erfüllenden (gewährsrelevanten!) Gebot wird<sup>1359</sup>. Hinzu kommt, dass auch in der Praxis der Zivilgerichte für das Versicherungs- und Bankgeschäft z. T. unterschiedliche Standards hinsichtlich der Wissenszurechnung gesetzt werden.<sup>1360</sup>

Dabei handelt es sich allerdings hinsichtlich der Wissenszurechnung insbesondere für Universalbanken nicht um ein qualitativ neuartiges Phänomen, sondern eher um eine Zunahme der Komplexität des alle Banken (und Effektenhändler) treffenden Problems der Organisation von Information.

## § 2 Wissenszurechnung bei Banken und Bankkonzernen – Modifikation durch regulatorische «Informationsflussnormen»<sup>1361</sup>

### I. Besondere Bedeutung von Information bei regulierten Finanzdienstleistungserbringern

Der Gegenstand dieser Arbeit, «Wissen», hat für Finanzdienstleistungserbringer aufgrund ihres im Wesentlichen wissensbasierten

<sup>1358</sup> Der Bericht ZUFFEREY 64 bezeichnet es denn auch als eine notwendige Konsequenz, dass mit der stärkeren Integration von Bank- und Versicherungsgeschäften eine «Integration» der Aufsicht einhergehen muss.

<sup>1359</sup> Vgl. dazu die vorne zitierte Erw. 15 der BPV-Verfügung i.S. Zurich Financial Services Group (Fn. 1355).

<sup>1360</sup> Dazu vorne 2. Kap. § 3 und § 4.

<sup>1361</sup> Mit diesem Zusatz soll zum Ausdruck gebracht werden, dass sich der vorliegende Paragraph nur mit Modifikationen des Informationsflusses basierend auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften, nicht dagegen frei gewählten Informationssteuerungsmechanismen wie den «Chinese Walls», befasst.

Geschäfts<sup>1362</sup> und ihrer Organisationsstruktur<sup>1363</sup> eine im Vergleich mit anderen Industrien erhöhte Bedeutung. Die Wissenszurechnung erhält bei ihnen bereits deshalb besonderen Stellenwert. Hinzu kommt, dass Finanzintermediäre spezifischen Normen unterworfen sind, die auf den Informationsfluss einwirken<sup>1364</sup>, dabei komplex sind<sup>1365</sup> und in dieser Art bei Industrien ausserhalb des Finanzdienstleistungsgeschäfts bzw. bei nicht regulierten Finanzintermediären nicht bestehen. Dies führt zu zusätzlichen Komplikationen für die Informationsorganisation und die rechtliche Bestimmung des Wissens<sup>1366</sup>.

<sup>1362</sup> Die von der Bank erbrachten Dienstleistungen bestehen z. T. direkt aus Informationsvermittlung (z. B. Anlageberatung) bzw. Aktivitäten, deren Mehrwert vor allem auf Informationsgewinnung und -auswertung beruht (Vermögensverwaltung), z. T. sind es Geschäfte, bei welchen die Berücksichtigung einer Vielzahl von Informationen, kundenbezogene und andere, unabdingbar für die sorgfältige Abwicklung derselben ist. Natürlich ist Information auch in anderen Branchen und Sektoren entscheidend.

<sup>1363</sup> So erachtet FASSBENDER 1 die «banktypisch ausgeprägte horizontale Organisationsstruktur mit ihrem verbreiteten Geschäftsstellen und Filialnetz» als einen der Gründe für die «besondere Relevanz» der Wissenszurechnung bei Banken. Er verweist (a. a. O.) dabei auf den Bankrechtstag 1992 der (deutschen) Bankrechtlichen Vereinigung e.V. in Bonn, der dem Generalthema «Aufklärungs- und Beratungspflichten» gewidmet gewesen war, und bei dem die Diskussion vor allem von Fragen der Wissenszurechnung beherrscht worden sei. Die Referate dieser Tagung finden sich in Band 3 der Schriftenreihe obigen Vereins (Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute – «Der moderne Schulturm?») Bankrechtstag 1992 Berlin 1993.

<sup>1364</sup> Etwa Bankgeheimnis, Insidervorschriften, Vorschriften zur Bewältigung von Interessenkonflikten, interne Überwachungspflichten, externe Kontrolleingriffe etc.

<sup>1365</sup> Man denke nur an den Konflikt zwischen gesetzlich statuierten Informationsflussverboten wie etwa dem Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) und den Informationsgeboten, etwa im Rahmen der konsolidierten Beaufsichtigung. Dazu hinten S. 330 ff.

<sup>1366</sup> Auch WATTER Wissen und Willen 130f. weist darauf hin, dass sich Fragen der Wissenszurechnung bei Banken in «besonderer Art» stellen und erwähnt zur Begründung neben der «hochgradigen Arbeitsteilung» und der «geographischen Aufteilung der Chargen» (mit der Folge von parallelen Kompetenzen) Interessenkonflikte, bei welchen zu entscheiden ist, welches Wissen verwendet werden muss bzw. darf, sowie das Bankgeheimnis und das Insiderhandelsverbot als den Informationsfluss behindernde Institute.

### 1. Besondere Bedeutung von «Information» im Finanzdienstleistungsgeschäft in privatrechtlicher Hinsicht

In privatrechtlicher Hinsicht lässt sich die Besonderheit von Information im Bankbereich anschaulich durch Aufgliederung der Information nach ihrer Bedeutung für die Leistungserbringung aufzeigen: Information als dem Kunden oder ausnahmsweise auch Dritten *geschuldete Leistung* (z.B. bei Aufklärungs- und Beratungspflichten<sup>1367</sup>) einerseits und Information als (*faktische*) *Voraussetzung der richtigen Ausführung* von Bankgeschäften andererseits (z.B. der Vermögensverwaltung).<sup>1368</sup>

#### a) Information als dem Kunden oder anderen Dritten *geschuldete Leistung*

«Informationsschulden» der Bank gegenüber Kunden bestehen zum einen aufgrund der allgemeinen Aufklärungs- und Beratungspflichten, zum andern aufgrund für spezifische Geschäfte, insbesondere das Kapitalmarktgeschäft, geltenden speziellen Normen, welche die Bank zur Kommunikation von Informationen verpflichten.

Unter *Aufklärungspflichten*<sup>1369</sup> versteht man richtigerweise die Pflicht (hier der Bank), «den andern Teil unaufgefordert über Umstände zu informieren, die für dessen rechtsgeschäftliches oder rechtsgeschäftsähnliches Verhalten entscheidungsrelevant

<sup>1367</sup> Anhand dieses Beispiels erfolgen die erläuternden Ausführungen (sogleich unter a) nachfolgend).

<sup>1368</sup> Diese Zweiteilung bedeutet indes natürlich nicht, dass Informationspflichten (im weitesten Sinne) stets nur der einen oder anderen Kategorie zugeteilt werden könnten. I. d. R. weisen sie Aspekte beider Kategorien auf (Information ist geschuldeter Gegenstand und faktische Voraussetzung der richtigen Geschäftsabwicklung, man denke nur an die Beratungs- oder die Prospektspflichten).

<sup>1369</sup> Sie gehören seit einigen Jahren zu den meistbehandelten bankprivatrechtlichen (Mode-)Themen. FASSBENDER 7 schreibt zu Recht, dieses Thema allein wäre geeignet, «um Bände» zu füllen. Aus jüngerer Zeit dazu für die Schweiz siehe etwa MOSER/BERGER 541 ff.

sind»<sup>1370</sup>. Sie sind im Zusammenhang mit der Wissenszurechnung aus folgendem Grund von Beratungspflichten abzugrenzen<sup>1371</sup>, die Teil des Hauptleistungsprogramms eines Schuldverhältnisses bilden: Aufklärungspflichten, egal auf welche Rechtsgrundlage man sie abstützt<sup>1372</sup>, haben eine Besonderheit: Sie bestehen nur, wenn ein «präsender Wissensvorsprung» seitens der Bank gegenüber dem Aufklärungsempfänger besteht. Entsprechend ist eine ihrer Voraussetzungen, dass die Bank «über konkretes Wissen verfügt» (welches der Adressat der Aufklärung selbst nicht hat).<sup>1373</sup> M.a.W. ist das «Wissen um die aufklärungserhebliche Tatsache eine pflichtbegründende» *subjektive* Voraussetzung der Aufklärungs-

<sup>1370</sup> ABEGGLEN Aufklärungspflichten 119. Zum Grund der Beschränkung auf rechtsgeschäftliches oder rechtsgeschäftsähnliches Verhalten siehe ABEGGLEN Aufklärungspflichten 120 ff. (Ausschluss der so genannten Anleitungspflichten, welche im Bankgeschäft naturgemäss kaum Relevanz haben).

<sup>1371</sup> Daneben gibt es noch andere Gründe, welche die von der Praxis leider häufig vernachlässigte Abgrenzung notwendig machen, z.B. die Tatsache, dass börsengesetzlich statuierte Informationspflichten – als reine Aufklärungspflichten – nicht mit den völlig anders gelagerten Pflichten bei Anlageberatung vermischt werden dürfen, aber auch da die Rechtsfolgen der Verletzung – bei Aufklärungspflichten in der Regel Ersatz des Vertrauensschadens, bei Verletzung von Pflichten des Hauptleistungsprogramms in der Regel Ersatz des positiven Vertragsinteresses – unterschiedlich sind, zum Ganzen ausführlich ABEGGLEN Aufklärungspflichten 75 ff.

<sup>1372</sup> Genannt werden das auf Art. 2 ZGB beruhende Vertrauensverhältnis, das gesetzliche Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht, bei Banken der allgemeine Bankvertrag sowie – als öffentlich-rechtliche Norm, welche den privatrechtlich relevanten Sorgfaltsstandard mitbestimmt, Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG, vgl. dazu WIEGAND/BERGER 713 ff.; WIEGAND/WICHTERMANN Einfluss des Privatrechts 146 ff. Zwar trifft es zu, dass die Frage der dogmatischen Einordnung dieser Pflichten zunehmend in den Hintergrund tritt, u.a. deshalb, da mit dem BEHG (und in Deutschland etwas früher mit dem WpHG) scheinbar eine unanfechtbare Grundlage dafür geschaffen wurde, wobei allerdings oftmals ausser Acht gelassen wird, dass Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG (gleich wie sein Vorbild, § 31 Abs. 2 Nr. WpHG) nur herangezogen werden kann, wenn die Bank in ihrer Eigenschaft als Effektenhändlerin tätig war, d.h. faktisch nur im Anlagegeschäft, nicht aber etwa im Kreditgeschäft (es sei denn, dieses diene dem Anlagegeschäft, z.B. beim Lombardkredit) oder im normalen Zahlungsverkehr oder bei der Hereinnahme von Bürgschaften etc. In diesen ausserhalb des börsengesetzlichen Anwendungsbereichs liegenden Fällen kommt der dogmatisch (richtigen) Abstützung der Aufklärungspflichten grosse praktische Bedeutung zu.

<sup>1373</sup> ABEGGLEN Aufklärungspflichten 178.

pflicht.<sup>1374</sup> Daraus folgt, dass eine Aufklärungspflichtverletzung nur vorliegt, wenn die Bank Wissen hatte, sei es tatsächlich, sei es auf dem Wege der Zurechnung<sup>1375</sup>. Entsprechend kommt der Wissenszurechnung bei der Prüfung der Aufklärungspflichten grosse praktische Bedeutung zu<sup>1376</sup>, denn erst das Bejahen oder Verneinen der Wissenszurechnung erlaubt einen Entscheid über das Vorliegen eines Wissensvorsprungs und damit über das Bestehen der Aufklärungspflicht als solcher.

Anders ist es bei den Teil des Hauptleistungsprogramms bildenden Beratungspflichten, die vor allem im Anlagegeschäft und im Corporate-Finance-Bereich aktuell werden können<sup>1377</sup>: Die Pflicht zur Beratung besteht, da sie (explizit oder implizit) versprochen wurde – ihre Existenz hängt demnach nicht von den individuellen Wissensgegebenheiten bei der Bank ab. Fehlendes Wissen kann jedoch zu einer Reduktion eines Schadenersatzanspruchs (wegen fehlerhafter Beratung) führen<sup>1378</sup>. Hier ist die Wissenszurechnung mithin nicht von spezieller Relevanz. Was Inhalt der geschuldeten Beratungsleistung ist, bestimmt sich unabhängig von dem, was die Bank wusste, sei es aktuell oder auf dem Wege der Zurechnung von

<sup>1374</sup> FASSBENDER 19, BREIDENBACH 70.

<sup>1375</sup> Dass ABEGGLEN Aufklärungspflichten 178 präsenten Wissensvorsprung fordert, schliesst nicht etwa eine Bejahung des Wissens kraft Zurechnung aus: Mit der Zurechnung, jedenfalls derjenigen innerhalb der juristischen Person, wird stets bloss Wissen, dass innerhalb der aus der Aufklärungspflicht verpflichteten juristischen Person tatsächlich vorhanden, mithin präsent ist, erfasst – gefordert ist nicht, dass der ein Geschäft abwickelnde Bankmitarbeiter selber präsent Wissen hat, er selbst ist auch nicht zur Aufklärung verpflichtet.

<sup>1376</sup> Es sei denn, der Handelnde habe selbst bereits aktuelles Wissen gehabt, wo sich das Problem der Zurechnung zwar theoretisch auch stellt (sein Wissen muss der juristischen Person zugerechnet werden, damit diese als Schuldnerin einen Wissensvorsprung hat, was Voraussetzung der Pflichtentstehung ist), die Lösung aber auf der Hand liegt.

<sup>1377</sup> Z.B. die kapitalmarktbezogenen Informationspflichten; zu diesen und deren Verletzung siehe WIEGAND Ad-hoc-Publizität 159 ff.

<sup>1378</sup> Im Rahmen einer teilweisen Exkulpation gemäss Art. 97 OR. Da im Bereich des hier relevanten Auftragsrechts die Sorgfalt aber Teil der geschuldeten Leistung ist, und der anzuwendende Massstab nach objektiven Kriterien bestimmt wird, «bleibt für eine Exkulpation praktisch kein Raum», BSK-WIEGAND Art. 97 OR N 43.

Wissen, sondern nach dem Kenntnisstand, den eine im gleichen Geschäftsbereich tätige, sorgfältige Bank gehabt hätte.<sup>1379</sup>

#### b) Information als (faktische) Voraussetzung der richtigen Ausführung von Bankgeschäften

Nachfolgend soll anhand des Zahlungsverkehrs, des Emissionsgeschäfts sowie der Vermögensverwaltung exemplarisch gezeigt werden, welche besondere faktische Bedeutung Information im Bankgeschäft hat und wie dies in Verbindung mit der hochgradigen Arbeitsteilung und dem weiten geographischen Aktionsradius die Wissenszurechnung bei Banken zu einem besonderen Problem macht.

#### aa) Zahlungsverkehr

Die Abwicklung des Zahlungsverkehrs erfolgt auf der Grundlage des Girovertrags, der als Innominatkontrakt auftrags- und anweisungsrechtliche Elemente enthält.<sup>1380</sup> In vorliegendem Zusammenhang von Bedeutung ist dabei die auftragsrechtlich abgestützte Sorgfaltspflicht. Danach ist die Bank z. B. verpflichtet zu prüfen, ob der Name des Anweisungsbegünstigten mit dem Inhaber des angegebenen Kontos übereinstimmt<sup>1381</sup>, oder, ganz ausnahmsweise, den Kunden auf die Unzweckmässigkeit bzw. die Risiken eines Überweisungsauftrags aufmerksam zu machen.<sup>1382</sup> Nach deutscher

<sup>1379</sup> Vgl. grundlegend BERTSCHINGER Sorgfaltspflichten 20 ff.

<sup>1380</sup> GUGGENHEIM 234; für die Schweiz neuerdings grundlegend und ausführlich zum Zahlungsverkehr KOLLER/KISSLING 31–80. In Deutschland basiert der Zahlungsverkehr dementsprechend auf einem Geschäftsbesorgungsvertrag und einer Weisung i. S. von §§ 675 und 665 BGB, dazu grundlegend etwa CANARIS Bankvertragsrecht N 320ff.

<sup>1381</sup> GUGGENHEIM 245 f.

<sup>1382</sup> Einer der wenigen diesbezüglichen Entscheide in der Schweiz ist ein Urteil des Handelsgerichts Aargau, SJZ 1976 383. Nicht direkt Pflichten zum Hinweis auf Risiken im Zahlungsverkehr betreffen die Entscheide BGE 110 II 371 ff. (Hinweis auf Negativzinssätze und Verrechnungssteuer) bzw. BGE 110 II 283 ff. (Risiken einer Liratransaktion, die zur Einziehung des Überweisungsbetrags durch den italienischen Fiskus führte), dazu THOMAS KOLLER Nebenpflichten 168. Vgl. zu weiteren Fällen ABEGGLEN Aufklärungspflichten 16 ff.

Rechtsprechung ist die Bank etwa zum Hinweis auf die Zahlungseinstellung des Überweisungsbegünstigten oder die bevorstehende Zahlungseinstellung der Empfängerbank verpflichtet.<sup>1383</sup> Dies setzt eine entsprechende Informationsorganisation voraus.

Das Wissen kann im Zahlungsverkehr aber auch relevant sein, wenn es um die Verhältnisse des Anweisenden bzw. Einzahlenden geht, z. B. bei Überweisungen, die nach Konkurseröffnung vorgenommen werden<sup>1384</sup>.

Exemplarisch dafür ist folgender vom BGH beurteilter Fall<sup>1385</sup>: Angestellte eines Supermarkts überbrachten «gegen 17.30 Uhr ... in Plastiktüten ungezählt und ohne Belege die Tageseinnahmen von 55 865.– DM zur Filiale der beklagten Grossbank», mit den Worten: «Wir haben zu. Wir machen Konkurs.» Stunden zuvor war der Sequestrationsbeschluss sowie ein allgemeines Veräusserungsverbot gegenüber der den Supermarkt betreibenden Gesellschaft eröffnet worden. Im Zusammenhang mit der Anfechtung der tags darauf erfolgten Gutschrift des Betrags (zur Tilgung einer Schuld des Supermarkts gegenüber der Bank) stellte sich die Frage, ob die Bank von der Zahlungseinstellung gewusst hatte. Nach allgemeiner Auffassung bedarf es dazu der Kenntnis wenigstens eines Organmitglieds der juristischen Person von der Zahlungseinstellung, wobei es nicht dieselbe Person sein muss, die das angefochtene Geschäft abgeschlossen hat<sup>1386</sup>. Wurde das angefochtene Geschäft dagegen von einem (blossen) Vertreter der juristischen Person vorgenommen, so bestimmt sich grundsätzlich nach dessen Wissen – gemäss § 166 Abs. 1 BGB – ob die juristische Person Kenntnis vom Anfechtungsgrund hat. In casu war die tatsächlich wissende Person allerdings «nur» der Bankkassier, welcher weder Organ noch Vertreter der Bank war. Mit der Begründung, dass dieser jedoch von Vertretern der Bank (die dazu bestellten Filialdirektoren und Prokuristen) zur «Erledigung bestimmter Angelegenheiten» beigezogen worden war<sup>1387</sup>, mussten sich diese das Wissen des Kassiers zurechnen lassen, womit gleichsam indirekt auch eine Zurechnung des Kassierwissens auf die Bank erfolgte.

Bedeutsam an diesem Fall ist neben der weitgehenden Zurechnung in persönlicher Hinsicht der Umstand, dass das Wissen, welches die Anfechtung auslöste, tatsächlich erst *unmittelbar* vor Geschäftsschluss erlangt worden, aber bereits am folgenden Vormit-

<sup>1383</sup> Dazu ABEGGLEN Aufklärungspflichten 17 f. m. w. H. und einer Diskussion der dadurch entstehenden Interessenkonflikte (Verletzung des Bankgeheimnisses des Überweisungsbegünstigten, u. a. Mitverursachung des Konkurses durch Hinweis auf bevorstehende Zahlungseinstellung, da durch solche Hinweise die Liquidität des in Schieflage geratenen Instituts erst recht gefährdet wird).

<sup>1384</sup> S. etwa BGH Urteil vom 1. März 1984, WM 1984, 1309 ff., dazu sogleich im Text.

<sup>1385</sup> BGH Urteil vom 1. März 1984, WM 1984, 1309 ff.

<sup>1386</sup> BGH WM 1984, 1311 m. Literaturübersicht.

<sup>1387</sup> BGH WM 1984, 1311.

tag relevant geworden war. Hier eine Zurechnung zu bejahen stellt sehr hohe Anforderungen an die Geschwindigkeit informationsorganisatorischer Abläufe innerhalb eines Bankunternehmens, wie sie an eine gewöhnliche juristische Personen wohl nicht gestellt worden wären.<sup>1388</sup>

Gerade im Zahlungs- und Checkverkehr und damit zusammenhängenden Gebieten, aber auch im Kreditgeschäft ergeben sich insbesondere für klassische Universalbanken im Weiteren aufgrund derer *weitverzweigten Filialnetze* besondere Probleme und – jedenfalls gemäss deutscher Rechtsprechung – besondere Anforderungen an die Wissensorganisation. So entschied der BGH etwa: «Kenntnisse, die der Filialleiter einer Bank bei Kreditverhandlungen *in seiner Filiale* erworben hat, sind der Bank auch für einen später ohne seine Mitwirkung in einer *anderen Filiale* gewährten Kredit *jedenfalls dann* zuzurechnen, wenn beide Kredite der Finanzierung desselben Vorhabens dienen sollten, die Vertreter der Bank diesen engen Zusammenhang bei der späteren Kreditgewährung kannten und ein Informationsaustausch beider Filialen daher möglich und naheliegend war.»<sup>1389</sup> Relevant war in casu die Kenntnis von der Ungültigkeit einer Vollmachtserklärung (aufgrund einer Anfechtung)<sup>1390</sup>. Zum soweit ersichtlich ersten Mal hatte damit der BGH die Prinzipien der Wissenszurechnung innerhalb von Filialen<sup>1391</sup> für die «Zusammenrechnung des Wissens von Bankvertretern aus verschiedenen Filialen einer Grossbank» nutzbar gemacht.<sup>1392</sup> Der BGH betonte dabei, dass es nicht darauf ankomme, ob ein tatsächlicher Informationsaustausch stattgefunden habe, da es «dem erkennenden Senat gerechtfertigt und geboten [er-

<sup>1388</sup> CANARIS Karlsruher Forum 34 f.

<sup>1389</sup> Zusammenfassung von BGH, Urteil vom 1. Juni 1989, WM 1989, 1364. In casu wussten die Vertreter der anderen Filiale nur, dass die erste Filiale für das gleiche Vorhaben einen Kredit gewährt hatte. (Kursivdruck eingefügt.)

<sup>1390</sup> Weshalb dieser mit einem Kreditgeschäft zusammenhängende Fall für den Zahlungsverkehr im Allgemeinen (wo der Frage nach dem Bestehen und dem Umfang von Vollmachten generell grosse Bedeutung zukommt) wichtig ist.

<sup>1391</sup> Wissen muss zugerechnet werden, «soweit es für Rechtsgeschäfte Bedeutung hatte, die später von anderen, nicht informierten Bankangestellten vorgenommen wurden», BGH WM 1984 1309 ff., dazu vorne S. 314.

<sup>1392</sup> BGH WM 1367.

scheint], einer Bank durch eine umfassende Wissenszurechnung die Möglichkeit zu nehmen, den Informationsaustausch zwischen ihren – rechtlich unselbständigen – Filialen im eigenen Interesse auf bestimmte Fragen zu beschränken, andere Punkte aber dabei auszuklammern, obwohl deren Aufklärung im Interesse eines Verhandlungspartners geboten sein könnte»<sup>1393</sup>.

#### bb) Emissionsgeschäft (Beispiel Prospekthaftung)<sup>1394</sup>

Wurden bei Gesellschaftsgründung oder der Ausgabe von Aktien im Emissionsprospekt «unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet», haftet gemäss Art. 752 OR jeder, der dabei mitgewirkt hat, sofern ihn ein Verschulden trifft. Da Emissionsprospekte sehr oft von der börseneinführenden «Lead Bank» erstellt werden und da sie aufgrund ihrer Entstehungsart in hohem Masse «arbeitsteilige» Informationsprodukte<sup>1395</sup> sind, stellt sich hier die Frage der Wissenszurechnung bei Banken in besonderem Masse<sup>1396</sup>. Denn die Bank haftet – unter Vorbehalt der weiteren Haftungsvoraussetzungen – als am Prospekt Mitwirkende nur, wenn sie ein Verschulden trifft, was heisst, dass sie um die Unrichtigkeit oder das Fehlen von offenbarungspflichtigen Angaben im Prospekt wusste oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte wissen können.

<sup>1393</sup> BGH WM 1367.

<sup>1394</sup> Information und Wissenszurechnung im Zusammenhang mit der Emissionsprospekterstellung sind zum einen faktische Voraussetzungen der richtigen Ausführung des Bankgeschäfts, weshalb sie hier unter «b» behandelt werden, zum andern aber auch – soweit es um das Platzieren der Titel mittels des Prospekts geht – Informationen, welche dem Anleger *geschuldet* sind.

<sup>1395</sup> Zweck des Prospekts ist, dem Kapitalmarktteilnehmer wahre und vollständige Informationen zu vermitteln, damit dieser seinen Investitionsentscheid richtig treffen kann, vgl. etwa HEINZ-DIETER ASSMANN Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht Köln 1985 22 ff., 273 ff.; HOPF Kapitalanlegerschutz 311 f.

<sup>1396</sup> BERTSCHINGER Arbeitsteilung 237 ff. prüft denn auch insbesondere die Haftungssituation der Investmentbanken in seiner (auf arbeitsteilige Vorgänge fokussierten) Untersuchung der haftungsrechtlichen Aspekte von Emissionen.

Die Haftung der Bank setzt damit zum einen voraus, dass die Bankmitarbeiter, die mit der Erstellung des Prospekts betraut waren, um dessen Fehlerhaftigkeit wussten bzw. diese hätten erkennen können, z. B. aufgrund von Informationen, welche innerhalb der Bank vorhanden waren. Zum andern ist Voraussetzung, dass die Bank für den Fehler der für sie handelnden Personen einzustehen hat. Stützt sich der Anspruch gegen die Bank<sup>1397</sup> auf Art. 752 OR<sup>1398</sup>, und sind die Mitarbeiter als Hilfspersonen zu qualifizieren, haftet die Bank, wenn sie nicht nachweist, dass sie «alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre»<sup>1399</sup>. An diesen Sorgfaltsbeweis werden strenge Anforderungen gestellt<sup>1400</sup>. Um ihn zu erbringen muss nachgewiesen werden, dass nebst der *cura in eligendo*, *instruendo et custodiendo* eine *ordnungsgemässe Betriebsorganisation* vorlag<sup>1401</sup>. Sind die den Prospektfehler verursachenden Mitarbeiter dagegen formelle oder faktische Organe<sup>1402</sup>, richtet sich die Haftung nach dem den Art. 55 Abs. 2 ZGB für Aktiengesellschaften näher konkretisierenden Art. 722 OR,<sup>1403</sup> bzw., im Falle von Banken, Art. 42 BankG, ohne dass eine Befreiung der Gesell-

<sup>1397</sup> Die in verantwortlicher Stellung mitwirkenden Mitarbeiter haften auch persönlich aus Art. 752 OR, und zwar solidarisch mit ihrer Arbeitgeberin (Art. 759 Abs. 1 OR), siehe etwa BERTSCHINGER Arbeitsteilung 240 m. w. H.

<sup>1398</sup> Daneben ist denkbar, dass ein vertraglicher Anspruch gegen die Bank besteht, so bei einer Festübernahme durch die Bank, welche die Aktien den Investoren verkauft, in welchem Fall ein fehlerhafter Prospekt als Verletzung des Kaufvertrags qualifiziert werden kann, siehe dazu BGE 112 II 448; BERTSCHINGER Arbeitsteilung 12; CAMENZIND 47 f., wonach Prospektangaben als Zusicherungen gemäss Art. 197 Abs. 1 OR gelten können. Siehe zur Funktion des Prospekts auch ROLF WATTER Prospekt(haft)pflicht heute und morgen AJP 1992 48 ff. sowie BGE 120 IV 128, welcher dem Prospekt eine mit den kaufrechtlichen Zusicherungen vergleichbare Garantiefunktion zuordnet.

<sup>1399</sup> Art. 55 Abs. 1 OR.

<sup>1400</sup> Vgl. BGE 110 II 460 f.

<sup>1401</sup> BGE 31 II 701; dazu BERTSCHINGER Arbeitsteilung 41 f.

<sup>1402</sup> Vgl. ganz aktuell zur Praxis des Bger. zur faktischen Organschaft die Besprechung von BGE 4C. 296/2001 durch THOMAS KOLLER Schleichende Einschränkung 122 ff.

<sup>1403</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL § 21 N 9.

schaft bzw. der Bank davon mittels eines Sorgfaltsbeweises möglich wäre, da das (sorgfaltswidrige) Handeln und Unterlassen der Organe entsprechend der Realitäts- oder Organtheorie als Verhalten der juristischen Person selbst gilt.

Zusätzliche Wissenszurechnungsprobleme, die jedoch nicht eine Besonderheit der Wissenszurechnung innerhalb von juristischen Personen oder (Bank-)Konzernen sind, ergeben sich daraus, dass am Entwurf des Emissionsprospekts bankexterne Personen mitwirken, z. B. der Emittent selbst oder, von grosser praktischer Bedeutung im Zusammenhang etwa mit «Comfort Letters», dessen Revisionsstelle<sup>1404</sup> sowie alsdann im Auftrage des Emittenten und der Emissionsbank tätige Berater wie Anwälte, Industrie- und weitere Spezialisten. Bei dieser letzten Gruppe stellt sich zum einen die nicht wissenszurechnungsspezifische Frage, welche Prüfungspflicht die Bank hinsichtlich der von diesen Beratern erarbeiteten Schlussfolgerungen (z. B. aus der «Legal Due Diligence», «Comfort Letters» etc.) hat.<sup>1405</sup> Zum andern ist jeweils zu prüfen, ob der Bank das Wissen der externen Berater zugerechnet wird<sup>1406</sup>. Dies beurteilt sich nach den für den Beizug von Hilfspersonen dargelegten Lösungsansätzen und den vorne entwickelten allgemeinen Wissenszurechnungskriterien.<sup>1407</sup>

<sup>1404</sup> Hier stellt sich nicht die Frage der Wissenszurechnung, sondern diejenige, in welchem Masse die Bank die gelieferten Informationen auf Richtigkeit überprüfen muss, siehe dazu ausführlich BERTSCHINGER Arbeitsteilung 246 f.

<sup>1405</sup> Das Mass der Sorgfalt ist dabei unterschiedlich je nachdem, wer der Informationslieferant ist (eigene Organe oder Mitarbeiter, die Emittentin selbst, «Dritte», insbes. Unternehmens-, Steuer- und technische Berater, Anwälte etc., siehe dazu BERTSCHINGER Arbeitsteilung 243 ff.). Vgl. dazu neuerdings auch BGer.-Urteil 4C.171/2002 vom 25. 9. 2002, mit Ausführungen zur Nachprüfungspflicht der federführenden Bank bezüglich Informationen, welche von den Rechtsanwältinnen der Emittentin stammen. Siehe dazu die kritische Besprechung von LARISSA MAROLDA/HANS CASPAR VON DER CRONE, SZW 2003, 158 ff., insbes. 163 f.

<sup>1406</sup> Z. B.: Ein externer Berater der Bank verfügt über Informationen, welche massive Zweifel am Geschäftsmodell einer einen Börsengang beabsichtigenden Unternehmung hervorrufen.

<sup>1407</sup> Vorne S. 181 ff.

## cc) Vermögensverwaltung

Auch bei der Vermögensverwaltung ist die Wissenszurechnung von grosser Bedeutung. Denn neben der Zurechnung des Wissens von mit dem Anlagegeschäft betrauten Personen ist jeweils zu entscheiden, ob der Vermögensverwaltungsabteilung auch Wissen anderer Abteilungen (oder gar das Wissen von in andere juristische Personen ausgegliederte Einheiten), z. B. des Kommerz- und Underwriting-Geschäfts, zugerechnet werden kann. Dies wirft spezielle, weiter hinten erörterte Probleme auf, da hier die Wissenszurechnung mit Geheimhaltungs- und Insidernormen kollidieren kann.<sup>1408</sup> Doch auch abgesehen von dieser die Zurechnung komplizierenden Besonderheit<sup>1409</sup> ist die Wissenszurechnung bei der Vermögensverwaltung besonders wichtig, da die Bank ihre Anlageentscheidungen, die sie nach eigenem Ermessen für das Vermögen des Kunden fällt, auf gut informierter Basis treffen muss, was – je nach Märkten und Ländern, in welche investiert werden soll – eine umfangreiche «Research»- und Analysetätigkeit, deren Ergebnisse dann zur Titelauswahl führen, sowie einen gut funktionierenden Informationsaustausch zwischen dem «buyside Research» und der Vermögensverwaltung voraussetzt.<sup>1410</sup>

<sup>1408</sup> Auf den Einfluss dieser Normen auf die Wissenszurechnung bei Banken und im Bankkonzern wird hinten S. 320 ff. eingegangen.

<sup>1409</sup> Welche bis zu einem gewissen Grad auch das Underwriting-Geschäft mit der Frage betrifft, ob z. B. Informationen, welche die Bank aus dem Kreditgeschäft mit dem zukünftigen Emittenten erlangt hat, der den Emissionsprospekt erstellen Stelle zugerechnet werden.

<sup>1410</sup> Die Kommunikation zwischen «buyside Research» und Vermögensverwaltung ist auch nach den neuen SBVg-Richtlinien zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse noch zulässig, siehe dort Kommentar zu Ziff. 13–15. Es ist in Vermögensverwaltungsprozessen nicht unüblich, dass die Bank mit dem Vorwurf angegriffen wird, eine ausgewählte Anlage hätte aufgrund ihrer Risiken nicht gekauft werden dürfen bzw. die Bank hätte diese Anlage nur deshalb gekauft, da sie den entsprechenden Titel zu wenig gekannt habe. Hier liegt ein heikles Moment für die Banken darin, dass auch Vermögensverwaltungskunden, welche das Treffen der Anlageentscheide delegiert haben, bei Gelegenheit die Bank anweisen, gewisse Titel zu kaufen (welche nicht auf der Liste der zulässigen Anlagen, die von einer bei grösseren Banken zentralen Stelle erstellt wird, stehen). Kann die Bank später nicht beweisen (z. B. mit einem datierten und signierten «Call Report», noch besser mit einem Brief an den Kunden), dass sie den Titel al-

## 2. Besondere Bedeutung von «Information» bei Finanzdienstleistungserbringern in regulatorischer Hinsicht

Zur Überwachung von Banken und Effektenhändlern durch die Aufsichtsbehörde und deren «verlängerten Arm», die bankgesetzlichen Revisionsstellen, sowie zur Sicherstellung der Einhaltung sämtlicher regulatorischer, d. h. insbesondere aus BankG, BEHG, AFG, aber auch aus dem GwG fliessenden Pflichten durch den Finanzdienstleister selbst, bedarf es eines gut funktionierenden Informationsflusses innerhalb der Bank sowie von dieser zur Aufsichtsbehörde. Dieser Informationsfluss wird *aufsichtsrechtlich* auf zwei Arten sichergestellt: zum einen durch die Statuierung mannigfaltiger Meldepflichten der Banken und Effektenhändler gegenüber ihren Revisionsstellen bzw. der EBK<sup>1411</sup>; zum andern durch die regulatorischen Anforderungen an deren Organisation, die u. a. so ausgestaltet sein muss, dass die Erfüllung prozeduraler und materieller Vorschriften des Finanzmarktrechts sichergestellt ist.<sup>1412</sup> Im folgenden Abschnitt (II.) werden diese kurz skizziert, anschliessend wird untersucht, inwiefern diese zu einer Modifikation des vorne entwickelten Wissenszurechnungsmodells für juristische Personen und Konzerne, die Finanzintermediäre sind, führen (III).

### II. Regulatorische Anforderungen an die Informationsorganisation und deren Bedeutung für die Wissenszurechnung

In keiner anderen Branche wird die Organisation der Information innerhalb eines Unternehmens in solchem Masse von öffentlich-rechtlichen Normen geprägt wie in der Finanzdienstleistungsin-

lein auf Weisung des Kunden hin *und* unter Hinweis darauf, dass sie dessen Risiken nicht kenne, gekauft hat, erscheint sie aufgrund der Tatsache, dass sich der betreffende Titel im verwalteten Depot befindet, als unsorgfältige Verwalterin mit den entsprechenden Haftungsfolgen. Vgl. dazu ABEGGLEN Vermögensverwaltung 186 ff.

<sup>1411</sup> Dazu sogleich unter II 1.

<sup>1412</sup> Dazu sogleich unter II 2.

dustrie<sup>1413</sup>. Dies zeigt der nachfolgende Überblick über die regulatorischen «Kommunikationspflichten» gegenüber der Aufsichtsbehörde (inklusive den Revisionsstellen) sowie die allgemeinen Anforderungen an die Organisation von regulierten Finanzdienstleistungsunternehmen (nachfolgend unter 2).

#### 1. Informationspflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde

BankG, BEHG, AFG und ihre Ausführungserlasse auferlegen den Finanzdienstleistungserbringern eine grosse Zahl von Melde- und Informationspflichten zugunsten der EBK bzw. den Revisionsstellen<sup>1414</sup>. Zur Illustration nachfolgend einige Beispiele solcher Meldepflichten (hier beschränkt auf Banken):

- Die Bank muss der EBK – *sobald* sie davon Kenntnis erhält – Angabe über jede Person machen, welche an ihr eine qualifizierte Beteiligung, d. h. mindestens 10 Prozent von Kapital oder Stimmen einer Bank, erwirbt oder «deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen» kann<sup>1415</sup>.
- Die Bank muss der EBK Meldung erstatten, *bevor* sie im Ausland eine Präsenz errichtet<sup>1416</sup>.
- Die Bank muss der EBK «alle Tatsachen ... melden, die auf eine ausländische Beherrschung der Bank oder auf einen Wechsel von Ausländern mit qualifizierten Beteiligungen schliessen lassen»<sup>1417</sup>.
- Das BankG und das NBG schreiben detaillierte Einreichungs- und Meldepflichten betreffend Jahresrechnungen, Bilanzen und Zwischenabschlüssen vor.<sup>1418</sup>
- Eine Vielzahl weiterer informationspflichtiger Sachverhalte finden sich im regelmässig aktualisierten Rundschreiben 92/1 der EBK über bewilligungs- und melde-

<sup>1413</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 11 weist denn zu Recht darauf hin, dass das BankG im Gegensatz zum OR der inneren Organisation der Unternehmung bewusst besondere Bedeutung zumisst und entsprechend eine ausführliche materielle Regelung derselben enthält, anders etwa als das Gesellschaftsrecht.

<sup>1414</sup> Im untechnischen Sinne, darunter fallen hier die Pflicht zur Einreichung etwa des so genannten «Long Form Reports», Pflichten zur Bewilligung von bestimmten Vorhaben (welche naturgemäss eine Information der EBK voraussetzen), regelmässige und ausserordentliche Meldepflichten, etc. Die EBK hat eine Zusammenstellung dieser Pflichten erstellt (Rundschreiben 92/1, siehe BF 2003 31A-7), die regelmässig aktualisiert wird.

<sup>1415</sup> Art. 3 Abs. 6 i. V. m. Abs. 5 und Abs. 2 lit. c<sup>bis</sup> BankG.

<sup>1416</sup> Sei es in Form einer Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung, Agentur oder bloss einer Vertretung; Art. 3 Abs. 7 BankG.

<sup>1417</sup> Art. 3<sup>ter</sup> Abs. 3 BankG.

<sup>1418</sup> Art. 6 ff. BankG.

pflichtige Tatbestände bei Börsen, Banken, Effektenhändlern und Revisionsstellen<sup>1419</sup>.

– Bei Allfinanzdienstleistungsanbietern – die je nach Schwerpunkt ihrer Tätigkeit in erster Linie entweder von der EBK oder dem BPV überwacht werden –<sup>1420</sup> kommen die Meldepflichten nach VAG und dessen Ausführungsbestimmungen hinzu bzw. gelten diese an erster Stelle. Soweit es sich um konzernierte Gruppen handelt, werden in der Praxis viele Informationen auch auf konsolidierter Basis verlangt und es ergeben sich zudem Besonderheiten in der Kommunikation mit den Aufsichtsbehörden<sup>1421</sup>.

Damit diese umfangreichen Meldepflichten erfüllt werden können, sind Banken und andere Finanzintermediäre verpflichtet, über die fraglichen Sachverhalte einen *unternehmensweiten Informationsfluss* sicherzustellen.<sup>1422</sup> Es bedarf mithin einer Informationsorganisation. Dies gilt auch für die Sicherstellung der Einhaltung der materiellen Bestimmungen des Finanzmarktrechts<sup>1423, 1424</sup>.

<sup>1419</sup> Rundschreiben 92/1 (BF 2003 31A-7).

<sup>1420</sup> Vgl. dazu vorne S.306f.

<sup>1421</sup> Siehe dazu die Verfügung des BPV vom 23.4.2001 i.S. Zurich Financial Services Group, EBK-Bulletin 42/2002, 15ff. Das Versicherungsaufsichtsrecht der Schweiz kennt zurzeit jedoch noch keine allgemeine Konsolidierungspflicht für Versicherungskonzerne.

<sup>1422</sup> Es handelt sich dabei nicht bloss um eine faktische Notwendigkeit, sondern um eine rechtliche Verpflichtung, was aus Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG folgt, wonach die Bank eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation aufweisen muss; dem entspricht, dass die Bank sogar die Reglemente, welche die innere Organisation betreffen, der EBK zur Abnahme vorzulegen hat und auch Änderungen daran stets anzuzeigen hat (Art. 3 Abs. 3 BankG). Dies ist letztlich eine Konsequenz der Tatsache, dass die Beaufsichtigung von Banken auf dem Konzept der Institutsaufsicht beruht, also nicht einzelne Produkte, wie z. B. im Anlagefondsbereich, oder gar Transaktionen, wie z. B. im Bereich der börsenrechtlichen Marktüberwachung, im Aufsichtsfokus stehen. Ein solches Aufsichtskonzept setzt voraus, dass die regulierten Dienstleister als solche intensiv überwacht werden.

<sup>1423</sup> Man denke nur etwa an folgende Pflichten, deren Einhaltung es sicherzustellen gilt: Banken dürfen sich an Unternehmen ausserhalb des Finanz- und Versicherungsbereichs mit maximal 15 Prozent ihrer Eigenmittel qualifiziert und mit insgesamt maximal 60 Prozent ihrer Eigenmittel unqualifiziert beteiligen (Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> BankG). Die Bank darf einzelnen Kunden nur Ausleihungen in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Eigenmitteln gewähren; das Gleiche gilt für die Beteiligungen an einzelnen Unternehmen (Art. 4<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG). Die Bank muss betreffend der im In- und Ausland erfolgenden PR-Auftritte sicherstellen, dass u. a. nicht aufdringlich mit ihrem schweizerischen Sitz geworben wird (Art. 4<sup>quater</sup> BankG).

<sup>1424</sup> Dazu sogleich im Text.

## 2. Organisation von Information bei der Bank und im Bankkonzern

Eine allgemeine Bewilligungsvoraussetzung sowohl für Banken als auch Bankkonzerne ist u. a. die angemessene Organisation der Geschäftsführung, Aufsicht und Kontrolle<sup>1425</sup>. *Organisation stellt in erster Linie Steuerung von Informationsflüssen dar*<sup>1426</sup>. Entsprechend ist die Bedeutung, die der Organisation des Informationsmanagements zukommt, gerade auch wegen der bankenrechtlich vorgeschriebenen Funktionentrennung, ganz hervorragend: Die «Etablierung der notwendigen und zweckmässig eingerichteten Informationsflüsse» ist das «Bindeglied» zwischen Aufsichtsfunktion (Verwaltungsrat) und Geschäftsleitung.<sup>1427</sup> Entscheidend für die Organisation der Information ist dabei, dass sie, wie die Organisation von Geschäftsführung, Aufsicht und Kontrolle insgesamt, dem sachlichen und geographischen Geschäftsbereich sowie dem Geschäftsvolumen der Bank angepasst sein muss.<sup>1428</sup>

Dies gilt selbstverständlich auch für *konzernierte* Banken. Folglich müssen Bankkonzerne über eine entsprechend ausgebaute Organisation verfügen, die allerdings abhängig von dem gewählten Organisationskonzept ist. Dafür gibt es grundsätzlich *zwei Möglichkeiten*, nämlich die «Konzernführung über die in die Organe der Tochtergesellschaften delegierten Vertreter der Muttergesellschaft *oder* über Führungs- und Fachverantwortliche, die im Mutterhaus oder anderen Konzerneinheiten angesiedelt sind und direkte Weisungsrechte und Entscheidungskompetenzen auch mit Bezug auf rechtlich verselbständigte Konzernmitglieder haben»<sup>1429</sup>. Wichtig für Konglomerate ist, dass sich die bankrechtli-

<sup>1425</sup> Gestützt auf Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.

<sup>1426</sup> DRUEY Outsider 71; DRUEY 159: «Organisation ist Kommunikation.»

<sup>1427</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 30 mit Hinweis auf das vom Basler Ausschuss entworfene «Framework for Evaluation of Internal Control Systems, Control Activities, Information and Communication and Monitoring Activities».

<sup>1428</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 15 ff.

<sup>1429</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 18. Bezeichnend für die Intensität der zentralen Führung bei der zweiten Möglichkeit und wichtig für die Frage der Wissenszurechnung im Konzern ist die etwas apodiktische Bemerkung a. a. O., dass «rein formale Aspekte der Aufteilung in separate juristische Einheiten vor klaren Füh-

chen Organisationsanforderungen nebst der Konzernstruktur und den bewilligungspflichtigen Konzerngesellschaften auch auf solche Konzernmitglieder beziehen, die selbst nicht Bank-, Effektenhändler- oder Anlagefondsleitungsstatus haben und somit nicht direkt reguliert sind. Eine Ausnahme gibt es nur für reine Nichtbank-Holdinggesellschaften, die sich auf das Halten von Beteiligungen u. a. an Banken beschränken, soweit nicht eine rechtliche oder faktische Beistandspflicht für Tochtergesellschaften besteht<sup>1430</sup>. Ist die Nichtbank-Konzernmutter dagegen zentraler «Bestandteil eines integrierten Finanzkonzerns, in dem sie wesentliche Aufgaben der Leitung für die Tochterbanken übernimmt, namentlich auf dem Gebiet des Risikomanagements und der Risikokontrolle»<sup>1431</sup>, wird diese entsprechend vollumfänglich den bankenrechtlichen Organisationspflichten unterworfen<sup>1432</sup>.

### 3. Bedeutung für die Wissenszurechnung

Für die Bestimmung des Wissens einer Bank bzw. eines Bankkonzerns stellt sich in Anbetracht dieser regulatorischen Auflagen an die Informationsorganisation nun die Frage, ob und falls ja welchen Einfluss diese auf die eine privatrechtliche Problematik darstellende Wissenszurechnung haben.<sup>1433</sup> Dies wird zunächst unter Ausschluss der die Fragestellung im Bank- und Finanzbereich komplizierenden spezialgesetzlichen Einschränkungen der Informationsströme betrachtet.<sup>1434</sup>

rungsstrukturen im Konzern zurückzutreten» haben, wobei als Beispiel gerade der sensible Bereich des Bankgeheimnisses genannt wird.

<sup>1430</sup> Leading Case BGE 116 Ib 331 ff. i.S. SKA und CS Holding, vgl. EBK-Bulletin 1991/21 43 ff.

<sup>1431</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 20.

<sup>1432</sup> EBK-Bulletin 1998/36 18 f.

<sup>1433</sup> Dies beschlägt im Kern die bis heute nicht geklärte Frage nach dem Verhältnis des öffentlichen Bankrechts zum Privatrecht; siehe als Ausgangspunkt zu dieser Frage etwa auch BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 10 und die dortigen Hinweise sowie grundlegend WIEGAND/WICHTERMANN Einfluss des Privatrechts.

<sup>1434</sup> Auf die Auswirkungen derselben wird im nächsten Unterkapitel, S. 330 ff., eingegangen.

#### a) Bei der in Form *einer* juristischen Person konstituierten Bank

Steht man auf der Basis von formalen Wissenszurechnungstheorien, sind die aufsichtsrechtlichen Informationsflussanforderungen für die privatrechtliche Wissensbestimmung ohne Belang. Denn das Finanzmarktaufsichtsrecht, im Besonderen dessen (informations)organisatorischen Bestimmungen, äussern sich nicht zur Wissenszurechnung – sie statuieren, wie gesehen, nur Anforderungen an Informationsflüsse zur Sicherstellung der Überwachung und Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen. Formale privatrechtliche Lösungsansätze für die Wissenszurechnung aber können auf die spezifischen funktionalen Gegebenheiten bei Finanzinstituten bei konsequenter Betrachtungsweise nicht Rücksicht nehmen.<sup>1435</sup> Genau dies aber vermag der vorne vorgeschlagene Ansatz der funktionalen Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation. Erfolgt die Bestimmung des Wissens einer als juristische Person konstituierten Bank nämlich nach den Kriterien «wahrscheinliche Bedeutung der Information», «Funktion des Informationsträgers», «Steuerbarkeit des Informationsflusses» sowie «Vertrauenstatbestand – erwarteter Kommunikationsablauf» können die aufsichtsrechtlichen Informationsanforderungen berücksichtigt werden. Dies, indem etwa deren Aussagen über die Bedeutung bestimmter Informationen (z. B. die Verbindung von Kreditnehmern im Sinne eines Beherrschungsverhältnisses oder einer faktischen Beistandspflicht untereinander<sup>1436</sup>) sowie deren Erfassung und allfälligen Weiterleitung<sup>1437</sup> durch die Kriterien «wahrscheinliche Bedeutung der In-

<sup>1435</sup> Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Frage, ob mittels «Chinese Walls» die Wissenszurechnung modifiziert werden kann, vgl. dazu ausführlich hinten S. 357 ff.

<sup>1436</sup> Kontrolle von Klumpenrisiken. Zur Frage, wann mehrere Kreditnehmer «für die Bestimmung eines Klumpenrisikos als Einheit» zu betrachten sind, siehe BODMER/KLEINER/LUTZ, Art. 4<sup>bis</sup> N 37. Siehe dazu auch Bger.-Urteil 7. Januar 1999 i.S. Bank X vs. EBK, EBK-Bulletin Nr. 40, 78 ff. (der Entscheid wurde in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide *nicht* veröffentlicht) zur Frage, ob Coop Regionalgenossenschaften und Coop Schweiz als Einheit zu betrachten seien.

<sup>1437</sup> Um beim Beispiel der Vorschriften über die Risikobegrenzung im Aktivgeschäft zu bleiben: Die Weiterleitung der zur Einhaltung von Art. 4<sup>bis</sup>Abs. 1 BankG er-

formation», «Funktion» sowie u. U. «Vertrauenstatbestand» (Vertrauen in das Vorliegen einer dem Aufsichtsrecht entsprechenden Informationsorganisation) für die privatrechtliche Wissensbestimmung operabel gemacht werden.

Grundsätzlich gleich verhält es sich bei der Wissenszurechnung im Bankkonzern. Auch diese kann im Prinzip nach der für die Wissenszurechnung in Konzernen entwickelten Lösung erfolgen, allerdings unter Berücksichtigung der Besonderheiten regulierter Finanzkonzerne.<sup>1438</sup>

b) Beim Bankkonzern

aa) Vom Gesellschaftsrecht abweichender Konsolidierungsbegriff des Bankrechts

Bankkonzerne sind einer «angemessenen Beaufsichtigung auf konsolidierter Basis» unterworfen.<sup>1439</sup> Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1<sup>bis</sup> BankG bzw. Art. 10 Abs. 5 BEHG stellen dieses Erfordnis ausdrücklich auf, allerdings nach dem Wortlaut der Bestimmungen nur für ausländische oder ausländisch beherrschte Finanzgruppen. Indes ist anerkannt, dass auch schweizerische Bank- und Effektenhandelskonzerne einer konsolidierten Beaufsichtigung unterstellt sind.<sup>1440</sup>

Im Unterschied zum schweizerischen Gesellschaftsrecht, das, wie vorne ausgeführt (für die Zwecke der Konsolidierungspflicht)

forderlichen Informationen z. B. durch die Tochter- an die Muttergesellschaft wird durch Art. 4<sup>quinqies</sup> BankG «sanktioniert», siehe BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 4<sup>bis</sup> N 11.

<sup>1438</sup> Dazu sogleich im Text.

<sup>1439</sup> EBK-Bulletin 1998/36, 18 f.

<sup>1440</sup> Die Erklärung dafür liegt darin, dass die Bewilligungsvoraussetzungen im Gesetz nur für schweizerische Banken und Effektenhändler und deren Zugehörigkeit zu einer ausländischen Gruppe ergänzt worden sind. Es würde aber auf eine Diskriminierung hinauslaufen, nur bei ausländischen Konzernen eine angemessene konsolidierte Aufsicht zu fordern und diese bei schweizerischen Konzernen nicht ebenfalls durchzusetzen, ganz abgesehen davon, dass die sachliche Notwendigkeit der konsolidierten Beaufsichtigung natürlich von der «Nationalität» eines Bankkonzerns unabhängig ist. EBK-Bulletin 1998/36, 18 f. Entsprechend verlangt denn Art. 13a BankV eine Eigenmittelkonsolidierung unabhängig von der «Nationalität» des Bankkonzerns.

unter einem Konzern die Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung versteht, stellt das Bankrecht seit der Revision von 1994 explizit auf das *Control-Prinzip*<sup>1441</sup> ab: Danach ist «[n]icht entscheidend ..., ob die Beherrschung von Untergesellschaften auch ausgeübt wird, bzw. tatsächlich eine einheitliche Leitung ... gewollt ist»<sup>1442</sup>. Denn Art. 23a Abs. 1 BankV bejaht die Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung (und damit das Vorliegen eines Bankkonzerns)<sup>1443</sup> bereits, wenn «eine Bank mit mehr als der Hälfte der Stimmen direkt oder indirekt an einer oder mehreren Gesellschaften beteiligt ist»<sup>1444</sup>. Damit wird auch zum Ausdruck gebracht, dass sich die konsolidierte Bankkonzernaufsicht «auf Gesellschaften zu beschränken hat, an denen *das dem Ba[nk]G unterstellte Unternehmen* beteiligt ist»<sup>1445</sup>.

Dieser Grundsatz wird jedoch durch den bekannten CS-Holdingentscheid<sup>1446</sup> durchbrochen. In diesem wurde eine Bank, die damalige SKA, verpflichtet, den Eigenmittelausweis auf konsolidierter Basis auf der Ebene der *Nichtbank*-Holdinggesellschaft (CS-Holding) unter Einschluss derer Töchter (d. h. Schwester-gesellschaften der SKA, u. a. CS First Boston), also auf der gesamten Konzernebene, zu erbringen. Diese Praxis wurde in Art. 13a Abs. 1 BankVo verankert, wonach eine Pflicht zur Erfüllung der Eigenmittelvorschriften auf konsolidierter Basis besteht, wenn «... anzunehmen ist, dass sie [die Bank] rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen ist», einem mit ihr eine wirtschaftliche Einheit bildenden Unternehmen aus dem Finanzbereich beizustehen.<sup>1447</sup> Eine einlässliche Begründung, weshalb im Finanzbereich faktische Beistandspflicht unter verbundenen Unternehmen bereits zu einer Konsolidierungspflicht als Konzern führt, findet sich in dem die

<sup>1441</sup> Siehe zu seiner Bedeutung auch vorne im konzernrechtlichen Teil, Kap. 4.

<sup>1442</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 6 N 24.

<sup>1443</sup> Letzteres wird explizit statuiert indem Art. 23a Abs. 1 BankV den Begriff «Bankkonzern» explizit erwähnt.

<sup>1444</sup> Art. 23a Abs. 1 BankV.

<sup>1445</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 23<sup>bis</sup> N 23. Vorausgesetzt ist also, dass das beherrschende Unternehmen selbst eine Bank ist (Kursivdruck eingefügt).

<sup>1446</sup> BGE 116 Ib 331 ff. i. S. SKA und CS-Holding, vgl. EBK-Bulletin 1991/21, 43 ff. sowie SZW 1991 140 ff.

<sup>1447</sup> Art. 13a Abs. 1 BankV.

EBK-Verfügung i.S. CS-Holding bestätigenden Bundesgerichtsurteil.<sup>1448</sup>

Bei Banken und Effektenhändlern kommt den formalen Grenzen der einzelnen Gruppengesellschaften mithin eine geringere Bedeutung als in anderen Industrien zu, da in «extensiver» wirtschaftlicher Betrachtungsweise das Vorliegen eines Konzerns schon beim Erfüllen des Control-Kriteriums bzw. bei Bestehen einer faktischen Beistandspflicht bejaht wird. Die tiefere Begründung dafür sieht das Bundesgericht in einer Vertrauensschutzüberlegung. Es führt im CS-Holding-Urteil aus, der Bankkonzern werde «stärker als der Industrie- oder Handelskonzern als wirtschaftliche Einheit wahrgenommen»<sup>1449</sup>.

Konsequenz ist, dass bei Finanzdienstleistungskonzernen eher als bei Konzernen in anderen Industrien eine Konsolidierungspflicht besteht und deren Folgen zudem aufgrund aufsichtsrechtlicher Vorschriften weiter gehen als bei nicht finanzmarktrechtlich regulierten Konzernen. Stichwortartig sind die folgenden Bestimmungen einer konsolidierten Beaufsichtigung von Finanzgruppen auf Konzernebene zu nennen:<sup>1450</sup>

- Einhaltung der Eigenmittelvorschriften auf Konzernebene (Art.13a Abs.1 BankV, Art.14 BEHG);
- Einhaltung der Risikoverteilungsvorschriften auf Konzernebene (Art.21 und 22 BankV);
- angemessene Liquidität im Konzern (Art.18 Abs.3 BankV);
- Pflicht zur Konzernrechnungslegung (Art.663e–663g OR, Art.23a, 25d–25k BankV, mit Präzisierungen in Richtlinien der EBK zu den Rechnungslegungsvorschriften (RRV-EBK 94/97) in der Fassung vom 22. Oktober 1997, Rz.208–216);
- Konzernrevision durch eine bankengesetzlich anerkannte Revisionsstelle (Art.18–21 BankG)<sup>1451</sup>;
- Auskunfts- und Dokumentationspflicht gegenüber EBK für sämtliche Sachverhalte des Konzerns, soweit diese Informationen von der EBK zur Wahrnehmung der Überwachung benötigt werden (Art.23<sup>bis</sup> Abs.2 BankG).

<sup>1448</sup> EBK-Bulletin 1991/21, 47 ff.

<sup>1449</sup> EBK-Bulletin 1991/21, 45.

<sup>1450</sup> Vgl. die Auflistung in EBK-Bulletin 1998/36, 19 ff.

<sup>1451</sup> «Welche sich in Anwendung von Art. 731a OR und der Spezialbestimmung von Art. 43 Abs. 5 BankV in Verbindung mit dem Rundschreiben der EBK (EBK-RS-96/3 Revisionsbericht) mit der konsolidierten Überwachung zu beschäftigen hat.» EBK-Bulletin 1998/36, 20.

## bb) Bedeutung für die Wissenszurechnung im prudentiell regulierten Finanzkonzern

Was bedeutet dies nun für die Wissenszurechnung im prudentiell regulierten Finanzkonzern? Kommt es bereits beim Erfüllen des Control-Kriteriums oder gar beim Bestehen einer faktischen Beistandspflicht zur konzerninternen Wissenszurechnung, oder bleiben die für den Konzern im Allgemeinen entwickelten Wissenszurechnungsregeln<sup>1452</sup> anwendbar? Vorne wurde ausgeführt, dass für eine Wissenszurechnung in Konzernen zwei Grundtatbestände erfüllt sein müssen. Zum einen muss – selbstverständlich – ein Konzern vorliegen; zum andern bedarf es *einer* der folgenden Voraussetzungen: rechtlich mögliche und tatsächlich ausgeübte Einflussnahme oder Unterlassen rechtlich gebotener Einflussnahme; arbeitsteiliges Zusammenwirken bei der Erfüllung von grundsätzlich der ausgliedernden Gesellschaft obliegenden Aufgaben; qualifizierte personelle Verflechtungen; oder anderweitiges Schaffen eines konkreten Vertrauenstatbestands in die Informationsorganisation.

*Im prudentiell regulierten Finanzkonzern sind diese Kriterien wie folgt zu modifizieren:* Das erste Hauptkriterium, «Konzern», ist für die Bestimmung der Wissenszurechnung nach dem Control-Ansatz bzw. danach, ob eine faktische Beistandspflicht besteht, zu beurteilen. Damit zusammenhängend ist zunächst das erste Kriterium der zweiten Voraussetzungsgruppe zu modifizieren: Das tatsächliche Ausüben von Einflussnahme reicht – im Bankkonzern – aus, es bedarf nicht der rechtlichen Sanktionierung derselben. Auch die anderen Kriterien unterliegen einer – allerdings nur graduellen – Modifikation: So ist beim Kriterium des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zu beachten, dass es im Bankbereich relativ detaillierte Auflagen gibt, welche Aufgaben überhaupt an einen externen Dienstleistungserbringer ausgelagert werden dürfen, womit umgekehrt der Kreis der der Bank selbst obliegenden Aufgaben weiter ist als in anderen Branchen. Schliesslich kommt dem Vertrauenstatbestand eine wesentlich erhöhte Bedeutung zu, da im Fi-

<sup>1452</sup> Vorne 4. Kap.

nanzbereich, wie gesehen, eine Gruppe nicht nur viel eher als «wirtschaftliche Einheit wahrgenommen»<sup>1453</sup> wird und eine Konsolidierungspflicht entsteht, sondern – aufgrund der vorne dargestellten weitreichenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Informationsflüsse im Finanzkonzern –<sup>1454</sup> auch die berechtigte Erwartung in die Existenz einer entsprechenden Informationsorganisation geschaffen wird.

Die auf einem funktionalen Ansatz beruhende Wissenszurechnung erlaubt es, öffentlich-rechtliche Normen, die den Informationsfluss im regulierten Finanzkonzern beeinflussen, bei der Bestimmung von zivilrechtlichem Wissen und Wissenmüssen von Bankkonzernen zu berücksichtigen. Dies wirkt sich auf einer ersten Ebene generell dahin gehend aus, dass bei regulierten Finanzkonzernen eine Wissenszurechnung eher zu bejahen ist als bei Unternehmensgruppen ausserhalb des (beaufsichtigten) Finanzbereichs.

Neben den *erhöhte* Anforderungen an den Informationsaustausch stellenden Normen gibt es im Bankbereich jedoch noch regulatorische Informationsflussrestriktionen (die ihrerseits wiederum Ausnahmen haben). Dies führt wiederum zu einer Beschränkung der Wissenszurechnung.<sup>1455</sup> Darauf wird nachfolgend eingegangen.

### III. Regulatorische «Informationstransferbeschränkungen»

#### 1. Überblick – Relevanz nur für konzernweite Wissenszurechnung

Die Bestimmung der Wissenszurechnung bei juristischen Personen, die Banken oder andere prudentiell regulierte Finanzdienstleistungserbringer sind, kompliziert sich dadurch, dass das Auf-

<sup>1453</sup> EBK-Bulletin 1991/21, 45.

<sup>1454</sup> Siehe u. a. die Auflistung vorne S. 320 ff.

<sup>1455</sup> Sogleich unter III.

sichtsrecht nebst dem oben vorgestellten Katalog regulatorischer «Informationsnormen»<sup>1456</sup> auch regulatorische «Informationstransferbeschränkungen», die ihrerseits wiederum Ausnahmen aufweisen, kennt. Zu nennen sind vorab die Bereiche Bankgeheimnis/Vertraulichkeit (basierend auf öffentlich- und zivilrechtlichem Bankgeheimnis sowie dem Datenschutz<sup>1457</sup>). Einen Einfluss auf die Informationsordnung können<sup>1458</sup> aber auch der Insiderbestand<sup>1459</sup> und die Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Allgemeinen haben.<sup>1460</sup> In diesem Abschnitt werden nur die Auswirkungen des Bank- und Effektenhändlergeheimnisses (samt seiner Durchbrechungen) auf die Wissenszurechnung behandelt.

Die nachfolgenden Ausführungen über die Beschränkung des Informationsflusses durch das Bank- und Effektenhändlergeheimnis und die Frage nach deren Auswirkung auf die Wissenszurechnung betreffen nur die Wissenszurechnung im Bank- und Effektenhandelskonzern, nicht jedoch die Wissensbestimmung innerhalb einer *Bank (oder einem Effektenhändler) als einer juristischen Per-*

<sup>1456</sup> Vorne S. 320 ff.

<sup>1457</sup> Auf diesen wird hier, da er im Wesentlichen nicht über die Anforderungen des Bankgeheimnisses hinausgeht, nicht weiter eingegangen.

<sup>1458</sup> «Können» deshalb, da diese Vorschriften nicht direkt eine bestimmte Art und Weise des Informationsflusses normieren, sondern bloss indirekt, indem sie mittels negativer Sanktionierung eines bestimmten Erfolgs (z. B. Insidergeschäft) faktisch zur Implementierung von Massnahmen zwingen, welche auf die Informationsorganisation einen Einfluss haben können. Diese Normen sind jedoch von anderer Qualität als der erstgenannte Bereich des Bankgeheimnisses samt seiner zahlreichen Ausnahmen, da nur letzter Bereich die Informationsorganisation originär und de jure beeinflusst. Siehe dazu auch die beiden nachfolgenden Fussnoten.

<sup>1459</sup> In Anbetracht der Fülle an Literatur zu Art. 161 StGB wird hier darauf nicht näher eingegangen. Eine gute, detaillierte Übersicht mit besonderem Bezug zur Situation der Universalbank findet sich etwa bei HOFSTETTER Interessenkonflikte 66 ff.

<sup>1460</sup> Diese werden im Zusammenhang mit der Erörterung des Beitrags des Wissenszurechnungskonzepts für die Lösung von Interessenkonflikten separat in § 3 nachfolgend behandelt, u. a. da sie nicht auf gesetzlichen Vorschriften über Informationsflüsse, sondern auf aufsichtsrechtlich bloss (bis zu einem gewissen Grade) sanktionierten Massnahmen zur effektiven Beeinflussung der Informationsströme beruhen («Chinese Walls»).

son. Denn bei Informationsflüssen *innerhalb derselben juristischen Person* liegt nach traditioneller und in der Schweiz (noch) ganz überwiegender Auffassung, der hier gefolgt werden soll, keine bankgeheimnisrelevante Offenbarung vor<sup>1461</sup>.

Anders dagegen natürlich, wenn man vom Bestehen eines *bank-internen Bankgeheimnisses* ausgeht. Diesfalls stellt das Bankgeheimnis auch innerhalb von juristischen Personen eine mögliche Wissenszurechnungsschranke dar. Die Theorie vom internen Bankgeheimnis wird v.a. in Deutschland, vereinzelt neuerdings auch in der Schweiz, vertreten.<sup>1462</sup> Danach verbietet das Bankgeheimnis nicht nur die Offenbarung geheimnisrelevanter Daten gegenüber Dritten im juristischen Sinne, sondern auch gegenüber anderen Organen und Angestellten derselben juristischen Person. Zur Begründung wird im Wesentlichen vertragsrechtlich argumentiert, wonach sich der Umfang des Bankgeheimnisses nach dem mutmasslichen Willen des Kunden bestimme. Dieser Kundenwille, so etwa MARGIOTTA, gehe dahin, dass eine bankinterne Weitergabe geheimnisrelevanter Daten nur soweit statffinde, als dies zur jeweiligen Geschäftsabwicklung erforderlich sei.<sup>1463</sup>

<sup>1461</sup> Der privatrechtlich abgestützten Bankgeheimnispflicht unterliegt die Bank als juristische Person; der strafrechtlichen Geheimnispflicht sämtliche Organe, Angestellte und Beauftragte, Art. 47 Abs. 1 BankG. Zu der Unterscheidung der verschiedenen straf-, vertrags- und persönlichkeitsrechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisschutzes, die im vorliegenden Zusammenhang nur punktuell relevant sind, siehe etwa ZULAUF Bankgeheimnis und bankhistorische Forschung 105 ff.; AUBERT/KERNEN/SCHÖNLE 50 ff.

<sup>1462</sup> Für Deutschland vgl. die gute Übersicht bei HEIDRICH 139 ff.; für die Schweiz ausführlich und mit Hinweisen auf die sehr spärliche Literatur zum Problem MARGIOTTA 109 ff. sowie BERGER Outsourcing 188.

<sup>1463</sup> MARGIOTTA 114 ff., BERGER Outsourcing 188. Die von MARGIOTTA und BERGER a. a. O. vertretenen Auffassungen dürften von der deutschen Literatur geprägt sein, welche die Frage nach der Reichweite des Bankgeheimnisses in Anbetracht dessen Abstützung in Deutschland auf privates Vertragsrecht (und nicht eine Strafnorm, wie Art. 47 BankG; zu anderen Begründungen des Bankgeheimnisses im deutschen Recht, z.B. Art. 2 GG, Gewohnheitsrecht, siehe etwa SCHWINTOWSKI/SCHÄFER § 1 RN 136) abstützen. Von dieser Prämisse ausgehend, ist die Argumentation, dass die Reichweite des Bankgeheimnisses vom tatsächlichen oder mutmasslichen Kundenwille abhänge, durchaus plausibel, wenn auch nicht unproblematisch, da so eine genaue Grenzziehung des Geheimnisumfangs schwierig ist. Wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots könnte jedenfalls

## 2. Auswirkung des Bankgeheimnisses auf den Informationsfluss im Bank-Konzern und seine Begrenzung durch den Grundsatz der konsolidierten Überwachung

Als Grundsatz gilt, dass das Bankgeheimnis gemäss Art. 47 BankG bzw. das Berufsgeheimnis des Effektenhändlers gemäss Art. 43 BEHG<sup>1464</sup> auch zwischen Banken innerhalb eines Bankkonzerns zu wahren ist<sup>1465</sup>. Allerdings steht dies in gewissem Gegensatz zu den aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die konsolidierte Überwachung von Bankkonzernen, weshalb in der Praxis seit langem unbestritten war, dass das Bankgeheimnis nicht jeden Informationsaustausch ausschliesst, so etwa nicht die Weitergabe von Informationen über Grossrisiken, und zwar nicht «nur zwecks konsolidierter Rechnungslegung, sondern auch im Interesse des Bankkonzerns selber und zum Schutze der Interessen von Gläubigern der einzelnen Institute»<sup>1466</sup>.

Mit Art. 4<sup>quinquies</sup> BankG hat auch der Gesetzgeber den Rahmen für den Informationsaustausch im Bankkonzern geschaffen: Gemäss Art. 4<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG dürfen Banken «ihren Muttergesellschaften, welche ihrerseits von einer Bank- oder Finanzmarkt-

eine solche Interpretation des Bankgeheimnisses nicht mit dem Bankgeheimnis, wie es von Art. 47 BankG geschützt ist, gleichgesetzt werden. Zur rechtsstaatlich zulässigen Anwendung der Strafnorm ist die klare Definition der Verletzungshandlung (Offenbarung gegenüber Dritten) unabdingbar. Allenfalls wäre zu erwägen, ob sich eine Theorie vertreten liesse, welche zwischen dem engeren externen, strafrechtlich geschützten Bankgeheimnis und einem ausschliesslich privatrechtlich abgesicherten internen Bankgeheimnis unterscheidet. In der Schweiz allerdings von einem mutmasslichen Kundenwillen, der über den bekannten Schutzzumfang von Art. 47 BankG hinausgeht, auszugehen, dürfte nicht einfach zu begründen sein.

<sup>1464</sup> Nachfolgend wird Einfachheit halber generell nur noch von Bankgeheimnis und Banken gesprochen.

<sup>1465</sup> DE CAPITANI Das Bankgeheimnis im Konzern 1. Anders, wenn ein Konzernmitglied für bestimmte Tätigkeiten in einem Auftragsverhältnis tätig ist, was aus Art. 47 Abs. 1 BankG folgt. (Diesfalls richtet sich die Wissenszurechnung nach den für die Zurechnung des Wissens von Beauftragten generell gültigen Regeln, siehe vorne S. 28 ff.)

<sup>1466</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 47 N 96.

aufsichtsbehörde beaufsichtigt werden, *die zur konsolidierten Beaufsichtigung notwendigen* nicht öffentlich zugänglichen Auskünfte und Unterlagen übermitteln», sofern bestimmte, die Kundendaten schützende Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>1467</sup> Obwohl dieser Artikel – was aus den Materialien sowie seinen spezifischen Voraussetzungen über die Weiterleitung von Informationen *ins Ausland* hervorgeht – grundsätzlich den *grenzüberschreitenden Informationsfluss* von Schweizer Tochterbanken ausländischer Bankkonzerne anspricht, sind sich Lehre und Aufsichtspraxis zu Recht einig, dass er *auch von der Zulässigkeit eines Informationsaustauschs von inländischer Tochterbank zu inländischer Mutterbank* ausgeht.<sup>1468</sup> Denn nur so kann die selbstverständlich auch inländische Bankkonzerne treffende Pflicht zur konsolidierten Beaufsichtigung von diesen überhaupt erfüllt werden.<sup>1469</sup> Weiter besteht auch Einigkeit darüber, dass nicht nur der Informationstransfer von der Tochtergesellschaft an die Mutterbank erlaubt ist, sondern gegebenenfalls auch derjenige in umgekehrter Richtung, von der Mutter zur Tochter<sup>1470</sup>. Umstritten ist dagegen die Frage, ob ein Informationsaustausch zwecks konsolidierter Überwachung auch

<sup>1467</sup> Diese beziehen sich ausschliesslich auf den grenzüberschreitenden Informationsaustausch und sind vorliegend nicht von Interesse.

<sup>1468</sup> HONEGGER/FRICK 5; DE CAPITANI Das Bankgeheimnis im Konzern 78; BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 47 N 96 und Art. 4<sup>quinquies</sup> N 1.

<sup>1469</sup> Es handelt sich dabei um die (auch) auf Konzernverhältnisse bezugnehmenden (technischen) Normen von Art. 11 ff. (Eigenmittelunterlegung) sowie Art. 25d bis 25k BankV (Grundsätze der Konzernrechnung, Grundsätze der Konsolidierung inkl. Hinweise zur Konsolidierung von Versicherungsbeteiligungen, Gliederung der Konzernbilanz, Konzernerfolgsrechnung und Konzernmittelflussrechnung, Anhang der Konzernrechnung, Auswirkungen der Konzernrechnung auf den Einzelabschluss).

<sup>1470</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 47 N 96a; DE CAPITANI Das Bankgeheimnis im Konzern 80; HONEGGER/FRICK 5; alle unter Verweisung auf BGE 116 Ib 331 ff., in welchem der damaligen SKA (als wirtschaftlich wichtigster Einheit im Konzern) die Konsolidierungspflicht (auch) für die Mutter, die CS-Holding, auferlegt wurde. Dies folgt auch aus Art. 13a Abs. 1 BankV: «Die Eigenmittel sind sowohl einzeln als auch auf konsolidierter Basis zu erfüllen, wenn die Bank mit einer oder mehreren im Finanzbereich tätigen Unternehmung oder Immobiliengesellschaften eine wirtschaftliche Einheit bildet oder wenn aufgrund anderer Umstände anzunehmen ist, dass sie rechtlich verpflichtet oder faktisch gezwungen ist, einem solchen Unternehmen beizustehen.»

zwischen *Schwestergesellschaften* zulässig sei. HONEGGER/FRICK bejahen dies, mit der Begründung, es gehe um die gleichen Informationen, die so aber direkt, ohne unnötigen Umweg, ausgetauscht werden können<sup>1471</sup>. DE CAPITANI lehnt einen solchen Informationsaustausch allein gestützt auf den Rechtfertigungsgrund der konsolidierten Überwachung m. E. zu Recht ab, da dies «überflüssig» sei, solange die konsolidierungs- und haftpflichtige Konzerneinheit ihre ... Rechte und Pflichten «wahrnimmt», wobei er einschränkt, dass dies wenigstens solange gelte, «als nicht von einer konzernmässigen Sippenhaftung die Rede ist»<sup>1472</sup>.

Grundvoraussetzung des konzerninternen Austauschs von geheimen Daten<sup>1473</sup> ist, dass dieser, wie Art. 4<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG vorschreibt, zur konsolidierten Überwachung notwendig ist. Welche Information zur konsolidierten Beaufsichtigung benötigt wird, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Aufsichtsrecht, dem die Mutterbank unterliegt<sup>1474</sup>. Die letztlich jedoch entscheidende Frage, *welche Regelungsmaterie überhaupt (noch) als Aufsichtsrecht im Sinne dieser Bestimmung gelten kann*, ist nach «schweizerische[r] Auffassung» zu bestimmen<sup>1475</sup>. Dafür wird man darauf abstellen, was das schweizerische Recht, aber auch internationale Re-

<sup>1471</sup> HONEGGER/FRICK 6, welche dann allerdings trotzdem eine Zustimmungserklärung der betroffenen Kunden in Form einer AGB-Klausel (wie für den Informationsfluss von Mutter an Tochter) nicht gelten lassen, sondern erhöhte Anforderungen daran stellen. Da HONEGGER/FRICK für jeden Informationsaustausch eine Kundenzustimmung verlangen (je nach Situation mit unterschiedlichen Anforderungen), sind ihre Aussagen zur Bedeutung der Konsolidierung als Rechtfertigung eines Informationsflusses zu relativieren: Liegt nämlich die Kundenzustimmung, d. h. die Einwilligung in die objektive Verletzung des Bankgeheimnisses, vor, so genügt dieser prominente Rechtfertigungsgrund für sich allein, ohne dass man überhaupt die Frage der Konsolidierungspflicht prüfen müsste.

<sup>1472</sup> DE CAPITANI Das Bankgeheimnis im Konzern 81. Allerdings bejahen auch BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 47 BankG N 96b den Austausch zwischen Schwestern, begründet mit dem vom Bundesgericht postulierten faktischen Beistandszwang im Bankkonzern, BGE 116 Ib 337.

<sup>1473</sup> Art. 4<sup>quinquies</sup> BankG bezieht sich deshalb auf Kundendaten, welche dem Schutz von Art. 47 BankG unterstehen, sowie in zweiter Linie auf Daten, welche unter dem Schutz des Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 273 StGB stehen.

<sup>1474</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 4<sup>quinquies</sup> N 6.

<sup>1475</sup> BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 4<sup>quinquies</sup> N 6.

gelwerke<sup>1476</sup>, als für die konsolidierte Überwachung notwendige Eckpfeiler erachten<sup>1477</sup>. Hier geht es aus schweizerischer Sicht insbesondere darum, Informationsflüsse über Kundendaten zu unterbinden, die von der Muttergesellschaft zwecks Weiterleitung an Behörden, die *nicht* mit Bankaufsichtsaufgaben betraut sind, eingeholt werden. Während im Aktivgeschäft z. T. Kundendaten für die Kontrolle der Einhaltung von Grosskreditengagements (Klumpenrisiken) sowie von Kreditlimits notwendigerweise übermittelt werden müssen, sind im Passivgeschäft und insbesondere im Private Banking-Bereich Kundendaten nur ganz ausnahmsweise zu übermitteln. Beispielsweise, wenn es um die Gruppe als Gesamtes betreffende Reputationsrisiken geht, die aufgrund einer Beziehung zu «heiklen» Kunden, z. B. zu sog. PEP (politically exposed persons), entstehen können<sup>1478</sup>. Dies deshalb, da solche gravierende Reputationsrisiken einen allgemeinen massiven Verlust von Vertrauen in die Bank bzw. den Bankkonzern zu bewirken vermögen, was sich unmittelbar und negativ in Erfolgsrechnung und Bilanz der gesamten Gruppe niederschlagen kann.<sup>1479</sup>

<sup>1476</sup> Zu denken ist insbesondere an die Prinzipien des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (insbes. die «List of core principles for effective banking supervision», vgl. dazu NOBEL Finanzmarktrecht 98 f. sowie diejenigen der IOSCO.

<sup>1477</sup> Dazu vorne S. 326 ff.

<sup>1478</sup> In gewissen Ländern sind die Mutterbanken zudem verpflichtet, ihrer Aufsichtsbehörde Angaben über Zahl und Höhe von grossen Einlagen zu machen, zwecks Kontrolle von Einlagenkonzentrationen und dem damit allenfalls verbundenen Risiko für die Refinanzierung, siehe dazu Grenzüberschreitende Bankenaufsicht, Bericht einer Arbeitsgruppe von Mitgliedern des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht und der Offshore-Gruppe von Bankenaufsichtsbehörden, EBK-Bulletin 31, 76 f. Siehe ausführlich auch die Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht, Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, EBK-Bulletin 33, 77 ff.

<sup>1479</sup> DE CAPITANI Das Bankgeheimnis im Konzern 79 f. erachtet alle Informationen als übermittelbar, derer die Mutterbank zum Schutz des Eigenkapitals bedürfe und weist darauf hin, dass dies nicht nur die bilanzwirksamen Geschäfte betreffe, sondern dass diesbezüglich Gefahren auch aus dem indifferenten Geschäft stammen können, wobei er explizit «Zusammenbruchsgefahr und Vertrauensschwund» erwähnt. Er begründet diesen Ansatz mit BGE 116 Ib 341 E. 3b, welcher u. a. festhielt, dass die SKA einen Zusammenbruch der CSFB und den damit verbundenen Vertrauensverlust für die SKA «mit allen Mitteln abzuwenden trachten müsste», d. h., dass finanzieller Beistand geleistet werden müsste. Entsprechend, so DE CAPITANI a. a. O., muss sich die Mutter vor entsprechenden Haf-

Eine gesetzgeberische Konkretisierung des Begriffs «zur konsolidierten Beaufsichtigung notwendig» liegt nun mit dem neuen, seit 1. Oktober 1999 in Kraft stehenden Art. 23<sup>septies</sup> BankG über die Zulässigkeit von so genannten *Vor-Ort-Kontrollen* durch ausländische Bank- oder Finanzaufsichtsbehörden vor.<sup>1480</sup> Diese Vor-Ort-Kontrollen werden gemäss Abs. 2 lit. b BankG gleich wie die grenzüberschreitenden Informationsflüsse innerhalb des Bankkonzerns (gemäss Art. 4<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG) u. a. davon abhängig gemacht, dass die erhobenen Daten «ausschliesslich zur konsolidierten Aufsicht von Banken und anderen bewilligungspflichtigen Finanzintermediären» verwendet werden. Art. 23<sup>septies</sup> Abs. 3 BankG zählt nun in lit. a–e im Einzelnen auf, welche Informationen aus schweizerischer Sicht für eine konsolidierte Aufsicht notwendig sind. Es sind Angaben darüber, ob ein Finanzintermediär konzernweit

- angemessen organisiert ist;
- die mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht;
- den leitenden Personen Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet;
- Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften auf konsolidierter Basis erfüllt; und
- den Berichterstattungspflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden nachkommt.

Soweit die ausländischen Behörden im Rahmen einer Vor-Ort-Kontrolle Einsicht in Daten nehmen möchten, die «direkt oder indirekt mit dem Vermögensverwaltungs- oder Einlagengeschäft für einzelne Bankkunden zusammenhängen», hat die EBK diese Daten zu erheben, was ihr, zum Schutz des Kunden allerdings nur nach vorheriger Durchführung des auch für den grenzüberschreitenden

tungsrisiken schützen, weshalb es «der Schutz des Eigenkapitals ist, der der Mutter Einsicht in die Geschäfte der Tochter erlaubt bzw. gebietet», zwecks Vornahme von Kontrolle.

<sup>1480</sup> Vgl. dazu die Übersichten in EBK-Jahresbericht 1999, 38 f.; EBK-Jahresbericht 1998, 30 f., mit Hinweis auf die Ausarbeitung des Vorschlags des Bundesrates durch die EBK sowie EBK-Jahresbericht 2000, 43 f. mit einer Zusammenfassung der ersten Erfahrungen mit der Vor-Ort-Kontrolle in der Praxis sowie 116 f. mit Hinweisen über die internationalen Harmonisierungsbemühungen bei der grenzüberschreitenden Aufsicht.

Informationsaustauschs zwischen Aufsichtsbehörden notwendigen Verwaltungsverfahren, erlaubt ist (vgl. Art. 23<sup>sexies</sup> Abs 3 BankG).

### 3. Bedeutung für die Wissenszurechnung im Bankkonzern – zweite Modifikationsstufe – und Fazit

Vorne wurde dargelegt, wie sich die Wissenszurechnung innerhalb einer Bank und eines Bankkonzerns aufgrund regulatorischer Informationsflussnormen von derjenigen bei «gewöhnlichen» juristischen Personen und Konzernen unterscheidet. Das Bankgeheimnis als Informationsflüsse beschränkendes Element führt nun zu einer weiteren Modifikation der Wissenszurechnung. Diese zweite Modifikationsstufe beschränkt sich jedoch auf *Bankkonzerne*, da das Bankgeheimnis nach hier vertretener Auffassung innerhalb einer als *eine* juristische Person konstituierten Bank nicht<sup>1481</sup> gilt und mithin auch die gesellschaftsinternen Informationsflüsse nicht beschränkt.

Stellt das Bankgeheimnis, das grundsätzlich (d. h. unter Vorbehalt der vorne besprochenen Ausnahmen im Zusammenhang mit der konsolidierten Überwachung) einem konzerninternen Austausch von Kundendaten entgegensteht, auch eine Schranke für die konzernweite Wissenszurechnung dar? Dies ist zu bejahen<sup>1482</sup>. Denn so wie die diversen regulatorischen, auf Konzerne bezogenen Informationsnormen insbesondere über das Kriterium Vertrauenstatbestand positiv auf die Wissenszurechnung innerhalb des Bankkonzerns einwirken, modifiziert das Bankgeheimnis die Wissenszurechnung im negativen Sinne: Das Informationsweitergabeverbot fliesst zum einen über das Kriterium der *rechtlichen Beherrschbarkeit* in die Abwägung, ob eine Wissenszurechnung vorzunehmen sei, ein. Ihm kommt dabei eine sehr grosse Bedeutung zu.<sup>1483</sup> Andererseits werden, gerade im Anwendungsbereich des

<sup>1481</sup> Siehe dazu vorne S. 332 f.

<sup>1482</sup> Natürlich immer nur bezogen auf den Anwendungsbereich des Bankgeheimnisses.

<sup>1483</sup> Zum Gewicht von strafrechtlich sanktionierten Informationsnormen im Zusammenspiel der Wissenszurechnungskriterien siehe vorne S. 320 ff.

Bankgeheimnisses, die *berechtigten Erwartungen* geweckt, dass die ordnungsgemässe Informationsorganisation gemäss den bankenrechtlichen Informationsflussnormen<sup>1484</sup> ausgestaltet sei.<sup>1485</sup> Dies bedeutet, dass die vorne erarbeitete positive Modifikation der Wissenszurechnung bei Bankkonzernen im Vergleich zu «gewöhnlichen» Konzernen auf einer zweiten Stufe durch das Bankgeheimnis, soweit dieses nicht aufgrund der Normen zur konsolidierten Überwachung eingeschränkt ist, im Sinne einer Reduktion der Wissenszurechnung nun – negativ – modifiziert wird.

Je stärker der Bankkonzern dabei nach aussen als Einheit in Erscheinung tritt, desto niedriger sind die Schranken, die das Bankgeheimnis der Wissenszurechnung entgegengesetzt – auch hier wiederum aufgrund des Vertrauensschutzkriteriums. So wird in der Literatur zur Frage der Zulässigkeit der Weitergabe von Kundendaten und zur dadurch erfolgenden Relativierung des Bankgeheimnisses für den Fall eines nach aussen als Einheit auftretenden und vom Publikum auch so wahrgenommenen, prudenziell regulierten Finanzdienstleistungskonzerns denn auch die Auffassung vertreten, dass diesfalls «die Anforderungen an die Zustimmung [der Kunden zur Übermittlung von Kundendaten] entsprechend tief liegen» würden.<sup>1486</sup>

Hier zeigt sich deutlich, wie privatrechtliche, konzernrechtliche und bankregulatorische Prinzipien dank dem Abstützen der Wissenszurechnung auf ein funktionales Konzept, das neben dem Hauptleitmotiv der ordnungsgemässen Organisation auch auf Vertrauens- und Verkehrsschutzaspekten beruht, widerspruchsfrei in

<sup>1484</sup> Wie sie sich als Resultante aus dem Bankgeheimnis gemäss Art. 47 BankG und den vorne dargestellten Relativierungen desselben gemäss insbesondere Art. 4<sup>quinquies</sup> sowie im weiteren Art. 23<sup>sexies</sup> und 23<sup>septies</sup> BankG im Einzelfall ergeben.

<sup>1485</sup> So auch WATTER Wissen und Willen 141: «Wo das Wissen von einer adäquaten Organisation abhängt ..., sind öffentlich-rechtliche Schranken des Informationsflusses zu berücksichtigen.» Auch MARGIOTTA 278 sieht im Bankgeheimnis eine Schranke für die Wissenszurechnung.

<sup>1486</sup> HONEGGER/FRICK 5. Wie erwähnt, bedarf es ihrer Ansicht nach keiner Zustimmung für den klassischen Fall, nämlich der Übermittlung von der Tochter an die Mutter, da dieser von Art. 4<sup>quinquies</sup> BankG geregelt ist, hingegen für die anderen Informationsflüsse (Mutter an Tochter, Tochter an Tochter).

einer alle diese Prinzipien berücksichtigenden Lösung zusammengeführt werden können. In Konzernverhältnissen, wo generell vermehrt auf funktionale Aspekte abgestellt wird, zeigen sich die Vorteile der funktionalen Bestimmung der Wissenszurechnung dabei natürlich in besonderem Masse.

Im folgenden § 3 wird nun noch der Frage nachgegangen, in welchem Verhältnis die funktionale Bestimmung der Wissenszurechnung bei Banken und Bankkonzernen zu den zurzeit intensiv diskutierten Möglichkeiten der Bewältigung von Interessenkonflikten steht. Abgesehen vom thematischen Unterschied wird diese Frage deshalb separat behandelt, da die entsprechenden Massnahmen (z. B. «Chinese Walls»), wie vorne bereits erwähnt, anders als das Bankgeheimnis und seine regulatorischen Durchbrechungen, in der Regel nicht auf zwingenden rechtlichen Vorschriften über den Informationsfluss in einem Bankkonzern beruhen.

#### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse des § 2

In § 2 wurde der Frage nachgegangen, inwiefern die grundsätzlich auch auf Banken und Bankkonzerne Anwendung findenden, vorne entwickelten zivilrechtlichen Regeln der Wissenszurechnung bei Finanzdienstleistungserbringern aufgrund von regulatorischen Informationsflussnormen, im Gegensatz zu den nachfolgend in § 3 behandelten *faktischen* Informationsfluss-Steuerungsmechanismen («Chinese Walls»), modifiziert werden. Die Beantwortung dieser Frage ist deshalb von besonderer Wichtigkeit, da die Wissenszurechnung bei Finanzdienstleistern aufgrund der besonderen zivilrechtlichen und regulatorischen Bedeutung von Information für deren Geschäftstätigkeit von grosser Tragweite ist.<sup>1487</sup> Aus diesem Grund werden vom Aufsichtsrecht hohe Anforderungen an die Informationsorganisation gestellt. Diese basieren einerseits auf den spezifischen regulatorischen Meldepflichten, zu deren Erfüllung die Bank oder der Bankkonzern ein gut funktionierendes Informationssystem implementieren muss. Andererseits und noch

<sup>1487</sup> Vorne I, S. 308 ff.

wichtiger beruhen sie auf der allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemässen Geschäftsführung, Aufsicht und Kontrolle, welche der Informationsorganisation grosse Bedeutung beimisst. *Im Gegensatz zu formalen Zurechnungstheorien erlaubt nun die funktionale Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation, diese regulatorischen Gegebenheiten bei der Bestimmung auch des zivilrechtlichen Wissens und Wissenmüssens von Banken und Bankkonzernen zu berücksichtigen.*<sup>1488</sup>

Die für eine konzerninterne Wissenszurechnung im Kapitel 4 erarbeiteten Kriterien sind dabei wie folgt zu modifizieren:<sup>1489</sup>

Das erste Hauptkriterium, «Konzern», ist gemäss «Control»-Ansatz bzw. danach, ob eine faktische Beistandspflicht besteht, zu beurteilen. Weiter ist das erste Kriterium der zweiten Voraussetzungsgruppe zu modifizieren: *Tatsächliches* Ausüben von Einflussnahme reicht – im Bankkonzern – aus, es bedarf nicht der rechtlichen Sanktionierung derselben. Bloss einer quantitativen Modifikation bedarf auch das Kriterium des arbeitsteiligen Zusammenwirkens, dies aufgrund der detaillierten Auflagen zum Outsourcing im Bankbereich.<sup>1490</sup> Schliesslich kommt dem Vertrauenstatbestand eine im Vergleich mit anderen Industrien erhöhte Bedeutung zu, da eine Unternehmensgruppe im Finanzbereich tendentiell eher als «wirtschaftliche Einheit wahrgenommen»<sup>1491</sup> wird, und diesem Umstand – anders definierte Konsolidierungspflicht! – aufsichtsrechtliche Bedeutung zukommt.

Die in diesem § 2 schliesslich noch behandelten aufsichtsrechtlichen Informationsflussrestriktionen,<sup>1492</sup> also insbesondere das Bank- und Effektenhändlergeheimnis, stellen eine Problematik dar, die sich nur im Bankkonzern ergibt: Auch hier ermöglicht die funktionale Bestimmung der Wissenszurechnung mit den vorne entwickelten, für die Anwendung im Bankkonzern modifizierten Kriterien, sicherzustellen, dass sich die Wissenszurechnung bei Fi-

<sup>1488</sup> Vorne II, S. 320 ff.

<sup>1489</sup> Vorne S. 329.

<sup>1490</sup> EBK-RS 99/2: Auslagerung von Geschäftsbereichen (Outsourcing), vom 26. 8. 1999 (BF 2003 31A-25a).

<sup>1491</sup> EBK-Bulletin 1991/21, 45.

<sup>1492</sup> Vorne III, S. 330 ff.

nanzintermediären trotz der spezialgesetzlichen «Einflüsse» widerspruchsfrei in die hier entwickelten, generell gültigen zivilrechtlichen Regeln über die Wissenszurechnung einfügen lassen.

### § 3 Beitrag zur Lösung von wissensbasierten Interessenkonflikten bei Banken und Finanzdienstleistungskonzernen

#### I. Einordnung – Zusammenhang zwischen Wissenszurechnung und Interessenkonflikten

Fragen der Wissensbestimmung und -zurechnung bei der juristischen Person und im Konzern haben keinen direkten Zusammenhang mit Interessenkonflikten. Folglich gehen die Autoren, die sich mit der Wissenszurechnung befassen, in der Regel nicht auf Interessenkonflikte ein<sup>1493</sup>. Auch zwischen der Wissenszurechnung in Finanzdienstleistungsunternehmen und Interessenkonflikten besteht kein unmittelbarer Konnex. So diskutiert etwa FASSBENDER in seinem grundlegenden Werk unter dem Titel «Wissensberücksichtigung bei Pflichtenkollision» zwar das Verhältnis der Wissensbestimmung bei Banken zu den aktien-, insider- und bankgeheimnisrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, befasst sich jedoch nicht mit deren Bezug zu den Interessenkonflikten von Banken und möglichen Lösungsansätzen.<sup>1494</sup>

Dagegen erörtern Werke, die sich den Interessenkonflikten im Bankgeschäft widmen, die Frage der Wissenszurechnung zwar nicht ausführlich, erwähnen sie jedoch im Zusammenhang mit «Chinese Walls» als Mittel zur Bewältigung von Interessenkonflikten.<sup>1495</sup> So etwa WATTER, wenn er ausführt, dass die insbesondere

<sup>1493</sup> BAUM; SCHÜLER; SCHILKEN.

<sup>1494</sup> FASSBENDER 274 ff.; anders dagegen WATTER Wissen und Willen 130, dazu sogleich hinten.

<sup>1495</sup> HOFSTETTER Interessenkonflikte 204–207 geht auf die (zivilrechtliche) Wissenszurechnung am Schluss ihrer Arbeit auf drei Seiten unter dem Titel «Compliance-Konzepte und Wissenszurechnung innerhalb der Bank» ein. Sie erhebt – ausgehend von einem rein pragmatischen Ansatz – die Compliance-bestimmte «Infor-

von Universalbanken angebotenen Dienstleistungen zu «Interessenkonflikten ... führen können, womit sich die Fragen des für einen Kunden, «zu verwendenden Wissens» in besonderer Schärfe» stellten.<sup>1496</sup>

Tatsächlich werden in der neueren bankrechtlichen Literatur und der Praxis Mittel zur Steuerung von Informationsflüssen («Chinese Walls») als wichtiges Instrument zur Verhinderung von Interessenkonflikten bzw. zur Sicherstellung, dass diese keine nachteiligen Folgen für die Kunden haben, angesehen.<sup>1497</sup> Inwiefern sich dies in Anbetracht der jüngsten Vorkommnisse insbesondere bei US-amerikanischen Investmentbanken ändern wird, wird sich weisen.<sup>1498</sup> Es ist jedoch anzunehmen, dass in Zukunft vermehrt zusätzliche, zu «Chinese Walls» hinzutretende Massnahmen als notwendig erachtet werden, um die Benachteiligung von Kunden durch Interessenkonflikte der Banken zu vermeiden.<sup>1499</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, auf das Verhältnis zwischen aufsichtsrechtlichen Instrumenten, die Informationsflusssteuerung zur Konfliktvermeidung und -bewältigung vorsehen, und dem genuin zivilrechtlichen Problem der Wissensbestimmung einzugehen. Das ist umso wichtiger, als dies in der Schweiz bislang nicht ausführlich erfolgt ist.<sup>1500</sup> Im Folgenden werden deshalb die

mationsordnung einer Bank ... gleichzeitig in den Rang ihrer Wissenszurechnungsordnung», op. cit. 206. Dazu Näheres hinten S. 384 ff. Auch SCHARPF 241–255 befasst sich mit der Wissenszurechnung bei Banken und zivilrechtlichen Implikationen von «Chinese Walls» auf dieselbe, wobei er diesen als solche jede Möglichkeit zur (zivilrechtlichen) Wissensunterbrechung abspricht (op. cit. 255), dazu ebenfalls hinten S. 384 ff.

<sup>1496</sup> WATTER Wissen und Willen 130; schon zuvor WATTER Chinese Walls 109 ff., 111.

<sup>1497</sup> Vgl. dazu die Nachweise hinten S. 344 ff.

<sup>1498</sup> Angesprochen sind insbesondere die weite Wellen werfenden («Epizentrum der Erschütterungen», NZZ vom 15. 4. 2002, Nr. 86, S. 24) Untersuchungen des New Yorker Generalstaatsanwalts, Eliot Spitzer, gegen Investmentbanken wegen manipulierter Aktienanalysen.

<sup>1499</sup> Prominentes Beispiel für die Schweiz ist die SBVG-Richtlinie zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse, bei welchen «Chinese Walls» nur eines von mehreren Mitteln zur Bewältigung von Interessenkonflikten darstellen.

<sup>1500</sup> Das Werk HOFSTETTERS verzichtet bewusst auf eine ausführliche Erörterung des Verhältnisses von «Chinese Walls» zur zivilrechtlichen Wissenszurechnung. Auf die Problematik des Verhältnisses von «Chinese Walls» zur privatrechtlichen Wissenszurechnung machte bereits WATTER Chinese Walls 117 aufmerksam, in

Interessenkonflikte näher untersucht, die im Zusammenhang zur Wissenszurechnung stehen. Die mannigfaltigen Interessenkonflikte, die keinen Bezug zur Wissenszurechnung haben,<sup>1501</sup> werden dagegen nur eingangs kurz erwähnt.

## II. Interessenkonflikte im Allgemeinen und bei Finanzdienstleistungserbringern im Speziellen

### 1. Begriff und rechtliche Voraussetzungen des Bestehens von Interessenkonflikten

Interessenkonflikte bestehen, wenn jemand («agent»), der fremde Interessen (diejenigen des «principal») zu wahren hat,<sup>1502</sup> gegenläufige eigene Interessen hat oder solche Dritter (eines zweiten «principal») wahrnehmen sollte.<sup>1503</sup> Positives Recht und tradierte Dogmatik behandeln diese Fallgruppen unter den Begriffen des Selbstkontrahierens des Vertreters bzw. der Doppelvertretung.<sup>1504</sup> Das Prinzip dieser Regeln entspricht im Grundsatz dem bekannten biblischen Gebot, nicht Diener zweier Herren zu sein, indem diese Doppelvertretung und Selbstkontrahieren prinzipiell ver-

dem er die Ansicht vertrat, dass «Chinese Walls als Verteidigung gegen Wissenszurechnung» nur durch die Einführung einer entsprechenden Regelung durch den Gesetzgeber möglich wäre, und zwar «nur im Rahmen einer Teilrevision des ZGB bzw. OR ..., da allgemeines Privatrecht betroffen ist». Ob dies tatsächlich der Fall ist, wird hinten S.387 ff. untersucht.

<sup>1501</sup> Zu den Interessenkonflikten bei Banken im Allgemeinen immer noch grundlegend HOPT Kapitalanlegerschutz; aus neuerer Zeit in der Schweiz siehe etwa HOFSTETTER Interessenkonflikte; zu solchen in Konzernen, vgl. HOPT Konzernrecht und Kapitalmarktrecht 60 ff.; mit einem ökonomischen Ansatz, vgl. SCHENK; zu Interessenkonflikten im Aktienrecht siehe VON DER CRONE Interessenkonflikte sowie aus jüngerer Zeit VON DER CRONE Reputation.

<sup>1502</sup> Vgl. dazu VON DER CRONE Reputation 241 f. Auf die Interessenkonflikte innerhalb einer juristischen Person wird hier nicht eingegangen, vgl. dazu WEBER, SPR II/4, 179 ff.

<sup>1503</sup> HOFSTETTER Interessenkonflikte 54 m. w. N.; VON DER CRONE Interessenkonflikte 1 m. w. H.

<sup>1504</sup> In Deutschland unter dem Begriff der In-sich-Geschäfte zusammengefasst und im deutschen Recht, anders als im OR (mit Ausnahme der kommissionsrechtlichen Spezialbestimmung von Art. 436 OR), gesetzlich geregelt, nämlich in § 181 BGB.

bieten, es sei denn, es entstehe daraus keine Gefahr der Benachteiligung<sup>1505</sup>.

Da ein rechtlich relevanter Interessenkonflikt<sup>1506</sup> nur vorliegt, wenn eigene oder zu wahrende Interessen Dritter einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung zur Wahrung fremder Interessen gegenüberstehen, kommt es entscheidend auf das Bestehen einer Interessenwahrungspflicht an.<sup>1507</sup> Die wohl herrschende Auffassung im deutschen und schweizerischen Bankrecht bejaht generell das Bestehen einer solchen Interessenwahrungspflicht bei «kundenbezogenen Geschäften», da die Bank berufsrollenspezifische Verhaltenspflichten zur Bewältigung von Interessenkonflikten habe<sup>1508</sup>. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Bank nicht in allen «kundenbezogenen Geschäften als fremdnützige Interessenwahrerin auftritt»<sup>1509</sup>. Wie THALMANN zu Recht ausführt, handeln die Banken «gerade im Bereich des klassischen Bankgeschäfts aufgrund von Austauschverträgen nach dem Grundsatz «do ut des»<sup>1510</sup>, etwa im Einlage- und Kreditgeschäft. In solchen Fällen bestehen Interessenwahrungspflichten nur, wenn besondere Umstände vorliegen<sup>1511</sup>. Dagegen unterliegen die Banken im Bereich

<sup>1505</sup> Grundlegend BGE 39 II 566 ff. und BUCHER AT 638 f., letzterer allerdings in positiver Formulierung, indem er die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens «unter Vorbehalt der Fälle der Interessenkollision im Sinne einer möglichen Benachteiligung des Vertretenen» bejaht. Die gleiche Regel liegt dem für den Bankbereich besonders relevanten Art. 436 Abs. 1 OR betr. den Selbsteintritt des Kommissionsnäs zugrunde, welcher nur zulässig ist, wenn die zu erwerbenden Waren oder Wertpapiere einen Markt- oder Börsenpreis haben, mithin kein Risiko einer «Übervorteilung» bzw. Benachteiligung besteht.

<sup>1506</sup> Mit der Folge, dass Pflichten zu seiner Vermeidung bzw. zur Verhinderung einer Benachteiligungswirkung entstehen.

<sup>1507</sup> So THALMANN Vortragsmanuskript mit der wichtigen Bemerkung, «[n]icht jeder Interessengegensatz ist juristisch gesehen ein Interessenkonflikt».

<sup>1508</sup> Ausführlich HOFSTETTER Interessenkonflikte, m. zahlreichen H.

<sup>1509</sup> So aber HOFSTETTER Interessenkonflikte 50.

<sup>1510</sup> THALMANN Vortragsmanuskript 3.

<sup>1511</sup> Vgl. zur Frage, wann bei diesen eigentlichen Interessengegensatzgeschäften trotzdem z. B. Aufklärungspflichten entstehen können, ausführlich ABEGGLEN Aufklärungspflichten 181 ff. (nur dann, wenn nebst dem Auftreten in einer bestimmten Berufsrolle, z. B. Bankier, die Funktion [d. h. der Aufgaben- oder Geschäftsbereich], in der Pflichtige tätig wurden, für eine solche Pflicht zur [zumindest teilweisen] Interessenwahrung z. B. in Form von Aufklärungspflichten,

der eigentlichen Dienstleistungsgeschäfte, wie etwa im Zahlungsverkehr oder beim Abwickeln von Börsenaufträgen, einer – stets den Verhältnissen anzupassenden – Interessenwahrungspflicht<sup>1512</sup>. Das Aufeinanderprallen dieser Interessenwahrungspflichten mit eigenen Interessen oder für andere Dritte wahrzunehmenden Interessen führt dazu, dass sich die Banken oftmals mit rechtlich relevanten Interessenkonflikten konfrontiert sehen.

## 2. Interessenkonflikte als wichtiges Phänomen im Finanzdienstleistungsbereich

Finanzdienstleistungserbringer sind in besonderem Masse Interessenkonflikten oder der Gefahr solcher ausgesetzt. In der kontinental-europäischen Literatur wird dies häufig in direkte Verbindung mit dem Universalbankensystem gebracht<sup>1513</sup>. Darob darf allerdings nicht vernachlässigt werden, dass Interessenkonflikte auch Finanzintermediäre treffen, welche unter einem Trennbankensystem operieren, d. h. nicht zugleich das Investment- und Commercial Banking betreiben können. Es ist denn auch bezeichnend, dass es gerade in den USA mit (damals noch)<sup>1514</sup> fest verankertem

spricht. Dies ist etwa im Kreditgeschäft normalerweise nicht der Fall, oft dagegen im Anlagegeschäft, da die Bank vorgängig zur Anlage mit dem Kunden ein Beratungsgespräch führt).

<sup>1512</sup> Zu den vielfältigen Möglichkeiten der positiv-rechtlichen Abstützung dieser Pflicht, welche von klassisch-dogmatischen über «moderne» Ansätze wie der Vertrauenshaftung und Berufsrolle bis zur Verankerung in aufsichtsrechtlichen Pflichten reichen (und welche oftmals kombiniert werden), s. die Übersicht bei ABEGLLEN Aufklärungspflichten 47 ff.

<sup>1513</sup> So aus jüngerer Zeit etwa HOFSTETTER Interessenkonflikte, die allerdings darauf hinweist, dass das Trennbankensystem keine durchgreifende Lösung der Interessenkonfliktproblematik bringen würde, siehe dazu Fn. 1516 sowie MAURENBRECHER 1328, zweitgenannter allerdings schwerpunktmässig vor dem Hintergrund der Situation von Banken in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen; vgl. weiter WATTER Chinese Walls. Grundlegend dazu immer noch das Werk von HORR Kapitalanlegerschutz.

<sup>1514</sup> Die seit jeher löchrige Trennung zwischen Commercial und Investment-Banking durch den U.S.-amerikanischen Glass Steagall Act wurde nach jahrelangen diesbezüglichen politischen und wissenschaftlichen Diskussionen der Vor- und Nachteile des Trennbankensystems abgeschafft; allerdings verfügen auch heute die US-Finanzintermediäre noch nicht über gleich grosse Freiheit betreffend die Felder ihrer Geschäftstätigkeit wie etwa die Schweizer Universalbanken.

Trennbankensystem war, wo Interessenkonflikte bei Finanzdienstleistungserbringern und ihre Bewältigung bereits früh thematisiert worden waren.<sup>1515</sup>

Tatsächlich aber können eine Vielzahl von Interessenkonflikten auch bei einer (reinen) Investmentbank auftreten, z. B. das Interesse an der Platzierung einer (Neu-)Emission, welches mit den Interessenwahrungspflichten zugunsten der Anleger im Wertpapierhandel bzw. der Anlageberatung kollidieren kann<sup>1516</sup>, oder mit den Berufspflichten von Aktienanalytikern,<sup>1517</sup> die Analysen über Unternehmen erstellen und konkrete Empfehlungen für deren Titel

<sup>1515</sup> Erstmals von einer Aufsichtsbehörde gefordert wurden «Chinese Walls» als Instrumente zur Bewältigung von Interessenkonflikten durch die SEC im Jahre 1968, in *Re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Inc.* (43 SEC 933 [1968]); dies erfolgte als «response to both potential and actual conflicts of interest and duty which arose in multi-functional financial intermediaries», McVEA 124; vgl. zum Ursprung der «Chinese Walls» auch MENDEZ-PENATE 680. Siehe auch die Übersicht über das diesbezügliche US-case law bei HOFSTETTER Interessenkonflikte 10 ff.

<sup>1516</sup> So auch HOFSTETTER Interessenkonflikte 28 welche ebenfalls darauf hinweist, dass das Trennbankensystem «keine – durchgreifende – Lösung» der Interessenkonfliktproblematik bringen würde. Die grosse Konflikthanfälligkeit gerade bei (reinen) Investmentbanken zeigt sich an der intensiven Behandlung derselben in der US-amerikanischen Literatur, siehe etwa LOSS/SELIGMAN 889–896; bereits grundlegend LIPTON/MAZUR, *The Chinese Wall Solution to the Conflict Problems of Securities Firms*, 50 N.Y.U.L. Rev. 459 n.14 (1975).

<sup>1517</sup> Vgl. dazu jüngst etwa «Ein Knigge für die Analysten», Tages-Anzeiger vom 5. Juni 2001, 29, wonach in den USA und Deutschland mit Selbstregulierungs- bzw. aufsichtsrechtlichen Massnahmen die Unabhängigkeit der Analysten verankert werden soll, zwecks Vermeidung von Interessenkonflikten. An konkreten Dokumenten zu nennen sind insbesondere auch das Gutachten samt dem Entwurf eines freiwilligen Kodex der Professoren GEHRKE und ROSEN. In der Schweiz hat die Schweiz. Bankiervereinigung im Sommer 2001 eine Arbeitsgruppe mit Vertretern von Banken, der Börse und Emittenten sowie Interessenverbänden zur Untersuchung allfälliger Massnahmen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalysten einberufen. Die entsprechende Selbstregulierung, nämlich die SBVg-RL zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse vom 2. 12. 2002 tritt am 1. 7. 2003 in Kraft (BF 2003, 45–34). In einem grösseren Zusammenhang befasst sich auch das Sekretariat der EBK mit dem Problem, im Rahmen eines Projekts «Marktverhalten: Code of Conduct», indem sie ein diesbezügliches Rundschreiben vorbereitet, welches wohl ebenfalls z. T. unter dem Eindruck des abrupten Absturzes der «New Market»-Titel initiiert wurde. Vgl. dazu EBK-Jahresbericht 2001, 75.

abgeben,<sup>1518</sup> auch wenn diese analysierten Unternehmen (Investment Banking-)Kunden der Arbeitgeberin des Analysten sind<sup>1519</sup>.

Umgekehrt unterliegen auch ausschliesslich im Kommerzgeschäft tätige Banken Interessenkonflikten, etwa wenn sie den Promotor eines Projekts finanzieren und zugleich Darlehensgeberin einzelner Erwerber von Projektanteilen sind<sup>1520</sup>. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass die Bank als Kreditgeberin eines Unternehmens, soweit es um grössere Positionen geht, neben betriebswirtschaftlichen auch aus aufsichtsrechtlichen Gründen über umfangreiche Informationen über die Kreditnehmerin verfügt. Dies hat zur Folge, dass sie als bedeutende Fremdkapitalgeberin u. U. mehr über die Unternehmensrisiken weiss als diejenigen, welche

<sup>1518</sup> Siehe vorne die Ausführungen über die Interessenkonflikte der Finanzanalysten. Sie zeigen, dass die zurzeit wohl gravierendsten Interessenkonflikte im Finanzmarktrecht in keiner Weise auf Universalbanken beschränkt sind oder dort vermehrt auftreten würden. Trotzdem wurde bekanntlich oftmals ein enger Konnex zwischen Universalbanken und Interessenkonflikten hergestellt. Die weitgehende Irrelevanz der Unterscheidung zwischen Trennbanken- und Universalbankensystem für die Problematik der Interessenkonflikte zeigt sich im Übrigen auch daran, dass die juristische Diskussion über Interessenkonflikte bei Finanzintermediären schon lange vor der Thematisierung des Problems in der Schweiz und Deutschland ausgerechnet in Jurisdiktionen entbrannte, in welchen damals noch das Trennbankensystem galt.

<sup>1519</sup> Als Beispiel etwa als Lead Manager das betreffende Unternehmen an die Börse gebracht hat. Diese Problematik wurde besonders aktuell im Zusammenhang mit dem Platzen der «New Economy» Blase in den Jahren 2000–01, wo Kritik laut wurde, dass in der Boomphase Firmen an die Börse gebracht worden seien, welche dazu (noch) nicht reif gewesen seien. In diesem Zusammenhang wird den USA Analysten bedeutender Wertschriftenhäuser heute zum Vorwurf gemacht, wider besseres Wissen Aktienkaufempfehlungen abgegeben zu haben.

<sup>1520</sup> Zu diesem in Deutschland sehr aktuellen Problem im Zusammenhang mit so genannten Bauherren- und Ersterwerbermodellen vgl. ausführlich etwa SCHIMANSKY/BUNTE/LWOSKI 792ff. Hier befindet sich die Bank oft in mehrfachen Konflikten: Als Gläubigerin des Promotors ist sie an einem möglichst vorteilhaften Verkauf der Projektanteile interessiert; aus Eigeninteresse ist ihr daran gelegen, die Belehnungsgrenze für den Kredit an den Käufer so tief zu halten, dass sie das Pfandobjekt jederzeit ohne Verlust verwerten könnte, was bei beschränkten Eigenmitteln des Käufers dazu führt, dass dieser nicht einen maximalen Preis zahlen kann. Ersucht der potentielle Käufer die Bank um Rat über den Wert des Objekts und geht die Bank darauf ein, so kann ihre daraus entstehende Verpflichtung zu korrekter Beratung mit den Interessen des Promotors, aber auch ihren eigenen Interessen an einem möglichst grossen Aktivgeschäft, kollidieren.

diese Risiken in erster Linie tragen, nämlich die Eigenkapitalgeber.<sup>1521</sup>

Dass Interessenkonflikte schliesslich keine auf Banken oder Effektenhändler beschränkte Phänomene sind, zeigt sich auch daran, dass kürzlich die zahlreichen möglichen Interessenkonflikte bei Kollektivanlagevehikeln<sup>1522</sup> von der IOSCO als besonderes Problem thematisiert wurden<sup>1523</sup>.

Die vorne gemachte Aussage, Interessenkonflikte seien nicht ein für Universalbanken besonderes Phänomen, ist immerhin wie folgt zu ergänzen: Bei Universalbanken steigt die Wahrscheinlichkeit von konfligierenden Pflichten, da mit umfassenderem Angebot von Finanzdienstleistungsarten auch die Konfliktsituationen zunehmen<sup>1524</sup>. Zudem erhöhen folgende Umstände (welche je nach anwendbarem Aufsichtsrecht allerdings wiederum nicht nur bei Universalbanken vorkommen können) das Risiko von Interessenkonflikten: Oftmals verfügt die Bank (oder Tochtergesellschaften derselben) über industrielle Beteiligungen, z. B. aus Sanierungen oder aufgrund von Private-Equity-Aktivitäten<sup>1525</sup>. Weiter nehmen Geschäftsleitungsmitglieder von Banken jedenfalls z. T. noch<sup>1526</sup> Einsitz in den Verwaltungsrat von Industrieunternehmen,

<sup>1521</sup> So auch RASCHLE 15. Die Problematik der sich daraus ergebenden Informationsasymmetrie war wichtigster Gegenstand im bekannten Biber-Fall, in welchem sich das Bundesgericht soweit ersichtlich erstmals mit «Chinese Walls» befasste, vgl. dazu ausführlich hinten S. 369 ff.

<sup>1522</sup> Anlagefonds, Beteiligungsgesellschaften und andere Strukturen zur Verwaltung zusammengefasster Vermögen.

<sup>1523</sup> Conflicts of Interests of CIS [Collective Investment Scheme] Operators, Report of the Technical Committee of the International Organisation of Securities Commissions, May 2000. Diese enthalten einen umfangreichen Überblick über einschlägige Fälle sowie mögliche regulatorische Antworten zur Bewältigung der Konflikte.

<sup>1524</sup> Dieser quantitative Anstieg möglicher Konfliktsituationen ist auch beim Schritt von der Universalbank- zur Allfinanzstätigkeit zu beobachten, wo zusätzlich Versicherungsdienstleistungen erbracht werden.

<sup>1525</sup> MAURENBRECHER 1328.

<sup>1526</sup> Die Problematik dieser alten Gepflogenheit ist erkannt und wird in der Schweiz, vor allem seitens der international agierenden Häuser immer mehr aufgegeben; so statuiert dem Vernehmen nach etwa eine interne Vorschrift der UBS, dass als Regel keine höherrangigen Bankvertreter in Verwaltungsräte entsandt werden sollen.

was aufgrund der damit u.U. vorhandenen Informationsvorteile,<sup>1527</sup> aber auch aufgrund von Reputationsinteressen<sup>1528</sup> zu Konflikten mit Interessen der eigenen Aktionäre<sup>1529</sup> oder Interessenkonflikten im Kapitalmarktgeschäft der Bank führen kann.

### 3. Interessenkonflikte mit und ohne Bezug zur Wissenszurechnung

Im vorliegenden Zusammenhang sind nur diejenigen Interessenkonflikte von Belang, die in dem Sinne einen Bezug zur Wissenszurechnung haben, als es überhaupt denkbar bzw. möglich ist,<sup>1530</sup> auf sie mittels Massnahmen im Bereich des Informationsflusses bzw. der Informationsverwendung einzuwirken. Entsprechend sind von ihnen diejenigen wichtigen und zahlreichen Interessenkonflikte abzugrenzen, die von vornherein nicht «wissensbasiert» sind.<sup>1531</sup>

#### a) Nicht «wissensbasierte» Interessenkonflikte

Solche liegen zum einen vor, wenn der Grund für das Verhalten, das die Interessen eines Dritten gefährden kann, in einer *öffentlich bekannten Tatsache* liegt: So kann z.B. die Problematik, dass Analysten und Vermögensverwalter bei ihren Empfehlungen bzw.

<sup>1527</sup> Vgl. dazu vorne die Bemerkungen zu den Informationsasymmetrien.

<sup>1528</sup> Ist ein Geschäftsleitungsmitglied einer Bank zugleich Verwaltungsratsmitglied einer in Schwierigkeiten geratenen Gesellschaft, so kann die Bank ein Interesse daran haben, dessen (und damit zugleich ihre) Reputation zu schützen, indem sie zu *riskante* Sanierungsbemühungen unternimmt, und damit gegen die Interessen ihrer Aktionäre handelt, oder aber gegen Interessen von Kunden agiert, z.B. wenn Anlageberater der Situation der Unternehmung nicht angebrachte Kaufempfehlungen abgeben oder angezeigte Verkaufsempfehlungen unterlassen.

<sup>1529</sup> Auf diese unter Schlagworten wie «Corporate Governance» in jüngerer Zeit auch in der Schweiz intensiv diskutierte Grundproblematik des Gesellschaftsrechts wird hier nicht näher eingegangen; vgl. die Beiträge von GLANZMANN; RUFFNER Sorgfalts- und Treuepflichten; VON DER CRONE Reputation.

<sup>1530</sup> Hier soll noch nichts darüber ausgesagt werden, inwiefern solche Möglichkeiten auch regulatorisch oder rechtlich relevant sind.

<sup>1531</sup> Auf diese wird nur im folgenden Exkurs unter a) nachfolgend eingegangen.

Käufen für Kunden u.U. einen «Bias» haben *zugunsten von Unternehmen, welche von ihrer Bank bzw. Bankgruppe an die Börse gebracht wurden*,<sup>1532</sup> nicht mit Massnahmen zur Steuerung des Informationsflusses innerhalb der Bank oder Bankgruppe beeinflusst werden, da die *Tatsache*, dass die Bank als Emittentenvertreterin und Lead-Bank den IPO betreute, *öffentlich ist*. *Diesbezüglich* können z.B. Vermögensverwalter oder Analysten von der

<sup>1532</sup> Der Grund dafür kann darin liegen, dass ein Faktor des erfolgsabhängigen Teils der «Total Compensation» dieser Angestellten das Gesamtunternehmens- bzw. Gruppenergebnis ist, weshalb diese ein Interesse daran haben, dass eine Neuemission zu einem guten Preis platziert werden kann, da sich dies positiv auf die «Underwriting»-Gebühr auswirkt. Der Konflikt kann sich noch dadurch akzentuieren, dass es bonusrelevant sein kann, in welchem Masse bestimmte Abteilungen zum Platzierungserfolg beitragen. Noch stärker kann der «Bias» sein, wenn der Neuemittent, z.B. eine Jungunternehmung, vom Analysten «entdeckt» worden war. Schliesslich scheinen zumindest manche Analysten zu glauben, dass es für sie nachteilig sein kann, über wichtige Kunden ihrer Arbeitgeberin negative Empfehlungen abzugeben («Jeder Analyst an Wallstreet kennt einen Kollegen, der wegen kritischer Äusserungen über ein Unternehmen, mit dem seine Bank geschäftet, entlassen worden ist», Tages-Anzeiger vom 5. Juni 2001, 29). Zum Teil sollten diese «Anreize» jedoch dadurch kompensiert werden, dass z.B. ein «Portfolio-Manager», sofern er einen langfristigen Horizont hat, an einer guten Performance der von ihm für seine Kunden ausgewählten Anlagen interessiert sein muss, um seinen eigenen Marktwert zu erhalten oder zu steigern. Diesfalls kann Verhaltenssteuerung über «Reputation» funktionieren (vgl. dazu allgemein VON DER CRONE Reputation). Je schlechter die effektive Leistung des Beraters durch den Kunden überhaupt überprüft werden kann (treuwidriges Verhalten oder nur einmalige Unvorsicht oder gar schlichtes Pech) oder je anonymer die Beziehung zu den Kunden ist (typisch für Analysten-Empfehlungen) oder je «vergesslicher» die Kunden sind oder je verbreiteter treuwidrige Verhaltensweisen sind (keine Alternative für den Kunden) oder je kurzfristiger die Perspektive des Bankangestellten ist («take the money and run»-Situation, «end game»-Probleme), desto weniger wird allerdings «Reputation» als Verhaltensanreizmechanismus funktionieren können. Insgesamt scheint «Reputation» damit ein Steuerungsmechanismus zu sein, welcher auf der Gegenseite eine sophistische Partei voraussetzt, da nur diese in der Lage ist, die Leistung zumindest teilweise zu beurteilen, deren Urheber zu identifizieren, die Resultate nicht zu «vergessen» und allfällige «end game»-Situationen eher zu erkennen. Darauf deutet auch die zum Teil geäusserte Ansicht hin, dass «das Abbröckeln der Integrität [der Analysten] ... inzwischen so weit fortgeschritten [ist], dass inzwischen nur noch Kleinanleger Bankstudien beachten». (Tages-Anzeiger vom 5. Juni 2001, 29).

Underwriting-Abteilung nicht wissensmässig abgegrenzt werden<sup>1533</sup>.

Zum andern können Konflikte durch Gründe verursacht sein, die zwar nicht öffentlich bekannt sind, die jedoch mit der relevanten Person untrennbar verbunden sind, so dass Massnahmen zur Beeinflussung der Informationsströme ebenfalls nicht geeignet wären, zu verhindern, dass sich der Konflikt zu Lasten des Kunden auswirken kann. Dies ist etwa beim unnötig häufigen, nur aus Gründen der Gebührengenerierung erfolgenden Umschichten von Wertpapierdepots von Vermögensverwaltungskunden («Churning») der Fall.<sup>1534, 1535</sup> Zu dieser Gruppe der Interessenkonflikte gehören je nach Konstellation auch das «Frontrunning»<sup>1536</sup>, die

<sup>1533</sup> Was nicht heissen will, dass eine solche Abgrenzung von Sell- und Buy-Side nicht Sinn machen kann und in der Praxis auch so durchgeführt wird, aber eben nur dort, wo der fragliche Sachverhalt nicht öffentlich bekannt ist, etwa soweit es um vertrauliche Informationen (z. B. genaue Detailkenntnisse aus der Due Diligence betr. den IPO-Kandidat) geht. Zur Konfliktbewältigung können hier v. a. richtig gesetzte pekuniäre Anreize, Verbote des Haltens oder zumindest Spekulierens in analysierten Titeln sowie Transparenzvorschriften (über das Verhältnis der Bank zum Emittenten sowie wirtschaftliche Interessen des Analysten und ihm nahe stehender Personen an den analysierten Titeln) eingesetzt werden.

<sup>1534</sup> Churning verstösst nicht nur gegen die auftragsrechtliche Treuepflicht, sondern auch gegen das aufsichtsrechtliche Gebot der einwandfreien Geschäftsführung, weshalb die Beachtung der einschlägigen SBVg-Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes vom 22. 1. 1997 sowie die SBVg-Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge vom 24. 7. 2000 von den externen Revisionsstellen zu prüfen ist. Vgl. dazu auch die Verhaltensregeln für die schweizerische Fondswirtschaft vom 30. 8. 2000 sowie die Ständesregeln des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter vom 15. 8. 1999, welche sich alle zu solchen Interessenkonfliktsituationen äussern. Siehe auch LOMBARDINI 160 Fn. 504 mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>1535</sup> Ein Anreiz dafür liegt vor, wenn der Bonus des verantwortlichen Mitarbeiters ganz wesentlich vom Kommissionsumsatz, den er mit seinen Kunden generiert, abhängt. Gemäss reputationstheoretischen Überlegungen sollten allerdings Akteure, die Churning betreiben, langfristig vom Markt verschwinden, dürfte sich dieses doch in der Regel in einer schlechteren Performance des Depots auswirken, was sich langfristig auf Reputation und damit den Marktwert des Verwalters negativ auswirken sollte.

<sup>1536</sup> Ausnützen der Kenntnis von grossen Kauf- oder Verkaufsaufträgen, indem zuvor Eigengeschäfte ausgeführt werden. Auch dies verstösst gegen die auftragsrechtliche Treuepflicht, da aufgrund der zuvor getätigten Eigengeschäfte zumindest die Gefahr geschaffen wird, dass der Kundenauftrag zu höheren (Kauforder) bzw.

Ausführung von Effektenhandelsaufträgen nicht in der Reihenfolge ihres Eingangs<sup>1537</sup> und unter Umständen auch das «scalping»<sup>1538</sup>.

#### b) «Wissensbasierte» Interessenkonflikte

Interessenkonflikte, die mit Informationssteuerungsmassnahmen zu bewältigen sind, liegen dagegen vor, wenn das Wissen um nicht öffentliche Sachverhalte die Möglichkeit eröffnet, eigene oder Interessen Dritter gegenüber anderen aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung<sup>1539</sup> zu wahren Interessen zu bevorzugen. Klassische Beispiele dafür sind Insiderdelikte<sup>1540</sup> sowie die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten, die es z. B. gebieten würden, dem Anleger vom Erwerb einer Aktie oder einer Immobilie abzuraten bzw. ihm die damit zusammenhängenden Risiken offen zu legen, wenn sich dies aufgrund der der Bank verfügbaren Information aufdrängt<sup>1541, 1542</sup>.

tiefere (Verkaufsorder) Preisen abgewickelt wird; zudem ist Frontrunning ebenfalls aufsichtsrechtlich relevant, vgl. das diesbezügliche Verbot in Art. 11 der SBVg-Verhaltensregeln für Effekthändler.

<sup>1537</sup> Was ebenfalls wiederum auftragsrechtlich und regulatorisch unzulässig ist, vgl. Art. 10 der SBVg-Verhaltensregeln für Effekthändler.

<sup>1538</sup> Durchführen von Eigentransaktionen im Hinblick auf eine unmittelbar zu publizierende Kauf- oder Verkaufsempfehlung der Bank, vgl. dazu LOMBARDINI 57. Je nach Gegebenheit kann dies jedoch auch ein Fall sein, wo Informationsflussschranken durchaus die Benachteiligung des Kunden durch einen Interessenkonflikt verhindern können, nämlich dann, wenn die Empfehlung nicht von der gleichen Abteilung oder Person ausgegeben wird wie diejenige, welche die Eigentransaktion verursacht.

<sup>1539</sup> Dazu vorne S. 344 f.

<sup>1540</sup> Wobei hier die vertrauliche Information für eine Pflichtverletzung gegenüber dem Markt als gesamtem ausgenützt wird, da die Insider-Strafnorm (Art. 161 StGB) im Dienst des Schutzes der «Sauberkeit des Börsenmarktes und der Chancengleichheit der Anleger» steht, HOFSTETTER Interessenkonflikte 73 und zum Ganzen ausführlich op. cit. 66 ff. m. w. H.

<sup>1541</sup> In diesen Fällen ist die vertrauliche Information häufiger in anderen Abteilungen (z. B. Underwriting-Abteilung oder Kommerzgeschäft) vorhanden als im Anlagebereich, weshalb eine wissensmässige Abschottung der verschiedenen Bereiche prima vista eine Möglichkeit darstellt, zu verhindern, dass Interessenkonflikte negative Auswirkungen auf Kunden haben. So ausdrücklich etwa Kommentar

Zur Bewältigung dieser «wissensbasierten» Interessenkonflikte werden in der Praxis häufig Informationsflussschranken errichtet, etwa zur Abschottung von Emissionsabteilung, Corporate Finance im engeren Sinne, Kommerzgeschäft und Anlageabteilung (Private Banking).<sup>1543</sup>

Im Folgenden soll kurz die praktische Ausgestaltung dieser «Chinese Walls» genannten Vorkehrungen betrachtet und anschliessend eine ausführliche aufsichtsrechtliche Beurteilung derselben vorgenommen werden. Darauf basierend wird deren Verhältnis zur privatrechtlichen Wissenszurechnung geprüft.

### III. Regulatorisches Grundschema zur Bewältigung von Interessenkonflikten

Bereits mit der EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie von 1993<sup>1544</sup> und deren Umsetzung in nationales Recht wurden konkrete

zu Art. 8 der SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler (N 21), aus welchem auch hervorgeht, dass es wie vorne dargestellt eine Vielzahl von Konflikten gibt, die nicht mittels Informationsbeschränkungsmaßnahmen gelöst werden können: «Der Effektenhändler ist in der Wahl der aufgrund seiner Grösse und Betriebsstruktur angemessenen organisatorischen Massnahmen frei. Wo sich die Gefahr von Interessenkonflikten nicht gänzlich vermeiden lässt, soll er geeignete Massnahmen treffen, um die Benachteiligung der Kundeninteressen zu verhindern. Dazu gehören je nach Grösse und Struktur des Effektenhändlers z. B. die funktionale Trennung von Eigenhandel und Kundenhandel, die Begrenzung des Informationsflusses (sog. «Chinese Wall»-Regeln) sowie die Ausführung der Transaktionen nach strenger Zeitpriorität.»

<sup>1542</sup> Sofern es sich dabei um in der Schweiz «börslich oder vorbörslich gehandelte Aktien» (Art. 161 Ziff. 1) handelt, kann auch in diesen Fällen u. U. ein Insiderdelikt vorliegen; vgl. ausführlich zur hier vorliegenden Problematik der Verwendung von Insider-Informationen à la baisse vor dem Hintergrund von Art. 161 StGB HOFSTETTER Interessenkonflikte 135 ff. mit Überblick über den Stand der diesbezüglichen strafrechtlichen Literatur in Deutschland und der Schweiz.

<sup>1543</sup> Vgl. etwa MAURENBRECHER 1330 f. mit der überholten Einschränkung, «Chinese Walls» seien aufsichtsrechtlich nicht vorgesehen, und dem zutreffenden Hinweis, zivilrechtlich sei «nicht entschieden, ob [diese] de lege lata wirklich vor abteilungsübergreifenden Wissenszurechnungen schützen». Vgl. auch McVEA 171 ff.

<sup>1544</sup> Richtlinie 93/22 des Rates vom 10. 5. 1993 über Wertpapierdienstleistungen. Diese musste von den EU-Staaten bis Ende 1995 in nationales Recht umgesetzt werden.

(Wohl-)Verhaltensregeln hoheitlich erlassen, die sich insbesondere auch der Bewältigung von Interessenkonflikten widmen. In Deutschland wurden diese im WpHG umgesetzt, das den Wertpapierdienstleistungsunternehmen in den §§ 31–34 umfassende Wohlverhaltenspflichten auferlegt. Die Schweiz verankerte im Rahmen eines autonomen Nachvollzugs von EU-Recht die gleichen Verhaltenspflichten im BEHG vom 24. 3. 1995, das den Effektenhändlern in Art. 11 Abs. 1 nebst einer Sorgfalts- und Informationspflicht eine *Treuepflicht* zugunsten der Anleger zuweist. Mit diesen zunächst als rein aufsichtsrechtlich zu qualifizierenden Pflichten werden im Bereich des Wertpapierhandels «die typisch kommissionsrechtlichen Interessenwahrnehmungspflichten für alle Wertpapiergeschäfte anwendbar erklärt und konkretisiert...»<sup>1545</sup>.

Damit lag es auch nahe, – genau gleich wie im Zivilrecht bei der Kommission<sup>1546</sup> – den Umgang mit Interessenkonflikten näher zu regeln<sup>1547</sup>. Das Lösungsschema besteht grundsätzlich darin, dass Interessenkonflikte in erster Priorität zu vermeiden sind<sup>1548</sup>. Andernfalls ist durch den Finanzintermediär mit organisatorischen Massnahmen sicherzustellen, dass durch allfällige Interessenkonflikte nicht Kundeninteressen benachteiligt werden<sup>1549</sup>. Als dritte Möglichkeit, wenn «sich eine Benachteiligung der Kundeninteressen

<sup>1545</sup> ABEGLLEN Aufklärungspflichten 26.

<sup>1546</sup> Vgl. dazu vorne S. 344 f. Fn. 1505.

<sup>1547</sup> In der Schweiz vorab durch die SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler, in Deutschland direkt im Gesetz, in § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG und § 33 Abs. 2 Nr. 2 WpHG, wobei §§ 31 und 32 in der Wohlverhaltensrichtlinie des Bundesaufsichtsamts für den Wertpapierhandel vom 2. 5. 1997 näher konkretisiert werden, und die Organisationspflichten, gerade vor allem zur Vermeidung von Interessenkonflikten im Sinne von § 33 Abs. 2 Nr. 2 WpHG, in der Compliance-Richtlinie des Bundesaufsichtsamts für den Wertpapierhandel vom 2. 1. 2. 1998 konkretisiert werden, dazu sogleich im Text.

<sup>1548</sup> Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler.

<sup>1549</sup> Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG, inhaltlich wiederholt in Art. 8 Abs. 1 SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler; sinngemäss gleich § 31 Abs. 1 Nr. 2 WpHG, wonach bei unvermeidbaren Interessenkonflikten die Kundeninteressen zu wahren sind.

sen in Interessenkonfliktsituationen ausnahmsweise nicht vermeiden» lässt, bietet sich schliesslich die Information des Kunden über diesen Umstand an<sup>1550</sup>.

Auf die Konkretisierung der zweiten Möglichkeit, der Vermeidung einer Benachteiligung, zielen die von Art. 10 EG-Wertpapierdienstleistungsrichtlinie und § 33 WpHG verlangten Compliance-Organisationspflichten. Danach muss die Organisation von Wertpapierdienstleistungserbringern so ausgestaltet sein, dass Interessenkonflikte möglichst gering bleiben bzw. eine Benachteiligung vermieden werden kann.<sup>1551</sup> Entsprechendes schreiben auch die Art. 11 BEHG konkretisierenden SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler vor, indem sie den Effektenhändlern unter dem Titel «Treuepflicht/Behandlung von Interessenkonfliktsituationen» die Implementierung von «angemessenen organisatorischen Massnahmen» auferlegen.<sup>1552</sup>

Innerhalb diesen unter dem Begriff «Compliance»<sup>1553</sup> zusammengefassten organisatorischen Massnahmen nehmen «Chinese

<sup>1550</sup> Art. 8 Abs. 2 SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler; zu dieser Möglichkeit fehlen dann jedoch im Kommentarteil des Regelwerks jegliche Angaben. Die Offenlegung der Tatsache gegenüber dem Kunden, dass «sich eine Benachteiligung der Kundeninteressen ... ausnahmsweise nicht vermeiden» lässt, ist in vielen Bereichen in der Praxis heikel, als sie wohl häufig darauf hinauslaufen kann, dass der Kunde vom Geschäft Abstand nimmt, womit der Konflikt letztlich nach der Grundregel gelöst wird, nämlich dass Konfliktsituationen zu vermeiden sind, wozu nebst der Abstinenz des Handelns in eigenem Interesse auch die Ablehnung von Geschäften gehört. Praktische Bedeutung hat die Offenlegung von Interessenkonflikten wohl insbesondere im Bereich des Emissionsgeschäfts, wo es im Hinblick auf die Vermeidung einer Prospekthaftung unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit des Prospekts erforderlich ist, besondere Interessenkonflikte, die sich aus dem Zusammenwirken von Gesellschaft und der die Emission arrangierenden Bank ergeben, offen zu legen, vgl. dazu GROSS Kapitalmarktrecht BörsG §§ 45, 46 N 29.

<sup>1551</sup> Vgl. zur Compliance-Organisation im deutschen Recht an Werken neuen Datums ausführlich KÜMPEL 1930 ff. und SCHARPF.

<sup>1552</sup> Die Richtlinien erlauben allerdings, die Organisation der Betriebsgrösse und -struktur des Effektenhändlers im Einzelnen anzupassen (Art. 8 und Kommentar dazu (N 21) SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler).

<sup>1553</sup> Ausführlich zum Begriff «Compliance» HOFSTETTER Interessenkonflikte 176.

Walls» eine wichtige, um nicht zu sagen herausragende<sup>1554</sup> Position ein<sup>1555</sup>.

#### IV. «Chinese Walls»

##### 1. Praktische Ausgestaltung

«Chinese Walls» werden hier, Scharpf folgend, definiert als «konzernweite aufbau- und ablauforganisatorische Massnahmen eines Unternehmens ..., die darauf ausgerichtet sind, dass sensible Informationen, die in einem Unternehmensbereich anfallen oder erzeugt werden, grundsätzlich nicht an bereichsfremde, am konkreten Vorgang nicht beteiligte Personen gelangen können»<sup>1556</sup>. Die

<sup>1554</sup> Sie wurden von den grossen, international tätigen Banken in aller Regel denn auch schon aufgenommen, als die vorne genannten regulatorischen Grundlagen dazu noch nicht bestanden, so auch MAURENBRECHER 1330.

<sup>1555</sup> Sie sind jedoch nicht die einzigen Massnahmen, zu einer Compliance-Organisation gehören weiter etwa – und wohl am bekanntesten – die «zeitnahe Kontrolle» der Einhaltung sämtlicher Rechtsnormen und internen Richtlinien, die Erarbeitung von letzteren, die Beratung der Geschäftsabteilungen, die Personalausbildung etc., KÜMPEL 1931 ff. Compliance ist allerdings nicht ein technischer Begriff, jede Bank überträgt dem Compliance-Officer und seinen Teams andere Aufgaben und Kompetenzen. Historisch stammt die Idee einer solch umfassenden Compliance, ausgerichtet auf die vorbeugende Sicherstellung der Einhaltung von Vorschriften aus dem angelsächsischen Raum, wobei aufgrund der Globalisierung des Geschäfts die grossen, international agierenden kontinentaleuropäischen Banken diesem Konzept aus regulatorischer Notwendigkeit gefolgt sind. Diese ergibt sich aus der territorialen Anknüpfung an betreffende Normen und Aufsichtsregimes durch Filialen und Tochtergesellschaften, welche in den USA und Grossbritannien präsent oder in diesen Märkten bloss tätig sind.

<sup>1556</sup> SCHARPF 6f. mit ausführlichen Hinweisen auf die Geschichte des Begriffs in den USA. Ähnlich auch HOFSTETTER Interessenkonflikte 189, welche «Chinese Walls» «als Metapher für alle Arten von Kommunikationsschranken, die verhindern, dass Unbefugte in den Besitz von Compliance-relevanten Informationen gelangen», definiert, wobei sie unter Compliance-relevante Information richtigerweise nicht nur die Insiderinformationen subsumiert, sondern alle «diejenigen Informationen, die keine insiderrechtliche Qualität aufweisen, aber zu einer Benachteiligung des Kunden infolge von Interessenkonflikten jedweder Art führen können» (op. cit. 183). HOFSTETTER Interessenkonflikte schlägt damit zutreffenderweise den Bogen vom ursprünglich aus dem Effektenhandel stammenden Verbot der Benachteiligung der Kunden durch Interessenkonflikte auf das gesamte (Universal-)Bankgeschäft, indem sie die Verhaltensregeln «bei Interes-

konkrete operative Implementierung der «Chinese Walls» erfolgt mittels funktionaler<sup>1557</sup> oder räumlicher Trennung von Vertraulichkeitsbereichen<sup>1558</sup>. Darüber hinaus variiert die konkrete Ausgestaltung der «Chinese Walls» von Bank zu Bank. Ohne auf die vielen möglichen Unterteilungen einzugehen, sei hier nur auf folgende typische Ausgestaltungen hingewiesen:

So wird je nach der Feinheit des «Informationssiebes» zwischen «impermeable walls», die jegliche Kommunikation zwischen zwei Bereichen verbieten,<sup>1559</sup> und «permeable walls», die nur die Weitergabe bestimmter Informationen ausschliessen, unterschieden.<sup>1560</sup> Eine «administered Chinese Wall» ist eine «permeable Chinese Wall», bei der der Informationsfluss jedoch – z. B. durch die Compliance-Abteilung – kontrolliert und fallweise unterbunden wird<sup>1561</sup>, bei der mithin ein eigentliches Informationsmanagement<sup>1562</sup> für sensitive Daten stattfindet. Bei «reinforced Chinese Walls» schliesslich wird das Erreichen des angestrebten Zwecks, z. B. Verhinderung der Ausnützung von Insiderwissen, mit zusätzlichen Compliance-relevanten Massnahmen, die an sich auch selbständig, ohne «Chinese Walls» verwendet

senkonflikten *innerhalb und ausserhalb des Wertpapiermarktes*» angewandt wissen will (op. cit. 183, Kursivdruck eingefügt). Zu eng versteht dagegen MAÜRENBRECHER 1330 «Chinese Walls», wenn er diese auf die Steuerung von Informationen über kotierte Unternehmen beschränken will.

<sup>1557</sup> Klassisches Beispiel einer solchen ist die von Art. 19 Abs. 1 BEHV vorgeschriebene «Funktionentrennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung».

<sup>1558</sup> Compliance-Richtlinie BAWPH Punkt 3.3.1; HOFSTETTER Interessenkonflikte 189 gliedert auf in räumliche, aufgabenbezogene, verfahrensmässige und mentale Trennung von Vertraulichkeitsbereichen.

<sup>1559</sup> Was bedeutet, dass ein (ausnahmsweise) erforderlicher Informationsaustausch einer Bewilligungspflicht z. B. seitens der Compliance-Abteilung unterliegt.

<sup>1560</sup> So etwa HOFSTETTER Interessenkonflikte 189 mit Hinweisen zur US-Standardliteratur.

<sup>1561</sup> Ausführlich SCHARPF 99 ff.

<sup>1562</sup> In Anlehnung an THILO SCHWEIZER Insiderverbote, Interessenkonflikte und Compliance Diss. Berlin 1996 216.

werden können, gefördert. Beispiele dafür sind Beobachtungs-<sup>1563</sup> oder Sperrlisten («Restricted Lists»).<sup>1564, 1565</sup>

## 2. Aufsichtsrechtliche Anerkennung von «Chinese Walls»

### a) Aufsichtsrechtliche Herkunft und Entwicklung der «Chinese Walls» – USA, UK

Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass das heute unter der Bezeichnung «Chinese Wall» bekannte Informations-Steuerungsinstrument erstmals in den USA im Jahre 1968 aufsichtsrechtliche Anerkennung fand. In «Re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.» hatte die SEC dem Brokerhaus vorgeworfen, dessen «Underwriting»-Abteilung habe nichtöffentliche Informationen à la baisse über einen Kunden, Douglas Aircraft, an gewisse Anlagekunden weitergegeben, welche die Titel dann auch prompt verkauften. Im Rahmen eines Vergleichs akzeptierte die SEC einen von Merrill erarbeiteten Massnahmenkatalog, der u. a. die Implementierung von «Chinese Walls» zwischen dem Underwriting und dem «retail personnel» vorsah.<sup>1566</sup> Immerhin brachte die SEC gegenüber dieser von der Bank vorgeschlagenen Massnahme einen Vorbehalt an, der eine gewisse Skepsis gegenüber der aufsichtsrechtlichen Wirksamkeit dieses Instruments zum Ausdruck bringt:

<sup>1563</sup> In diese Listen werden Titel aufgenommen, über welche die Bank z. B. (mit Sicherheit oder vermutungsweise) über Insiderinformationen verfügt; erfolgen Transaktionen in diesen Titeln, wird aufgrund der (natürlich nicht allgemein bekannten) Liste kontrolliert, ob tatsächlich eine unzulässige Ausnutzung von Insiderwissen vorlag (Konzept der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt), vgl. ausführlich KÜMPEL 1940 f.

<sup>1564</sup> Mit in diese Listen aufgenommenen Wertpapieren dürfen grundsätzlich keine Eigengeschäfte oder Mitarbeitertransaktionen mehr vorgenommen werden, und auch «aktive Beratungen und Empfehlungen im Rahmen der Anlageberatung» sind für solche Titel zu unterlassen, KÜMPEL 1941.

<sup>1565</sup> Vgl. zur Anwendungstechnik von Watch-Lists und den Restricted Lists im Einzelnen HOFSTETTER Interessenkonflikte 190 ff. sowie neuerdings HOFSTETTER Compliance 34 ff. Zur US-Praxis bezüglich einer weiteren Liste, nämlich der Rumor List, siehe SCHARPF 98 f.

<sup>1566</sup> Vgl. dazu etwa LOSS/SELIGMAN 940, McVEA 134; HOFSTETTER Interessenkonflikte 12.

«... we do not, and indeed cannot, determine in advance that the Statement of Policy [Merrills Massnahmekatalog mit u. a. der «Chinese Wall»-Lösung] will prove adequate in all circumstances that may arise.»<sup>1567</sup>

Ungeachtet der ungeklärten Fragen insbesondere zur regulatorischen und erst recht (privat-)rechtlichen Relevanz von «Chinese Walls», die nach dem genannten Merrill-Entscheid nicht in der Lehre<sup>1568</sup>, sondern auch durch Gerichte<sup>1569</sup> aufgeworfen wurden, stiessen die «Chinese Walls» in den USA auf immer grössere regulatorische Akzeptanz<sup>1570</sup>. Dies nicht nur zur Bewältigung von Interessenkonflikten<sup>1571</sup> und bezogen auf das Wertpapiergeschäft, sondern auch innerhalb des Commercial Banking, was in verschiedenen rechtsetzenden und regulatorischen Massnahmen in den achtziger und Anfang der neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts seinen Ausdruck fand<sup>1572</sup>. Danach werden «Chinese Walls» im Grundtenor als brauchbar «to Segment the Flow and Prevent the Misuse of Material non-public Information»<sup>1573</sup> und damit grundsätzlich taugliche Instrumente zur Bewältigung von wissensbasierten Interessenkonflikten betrachtet<sup>1574</sup>.

<sup>1567</sup> Re Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., Fed. Sec. Law Reports, 83, 347, at 83, 350, zitiert nach McVEA 134.

<sup>1568</sup> Vgl. etwa McVEA 172: «... it is by no means clear to what extent a Chinese Wall will be acceptable to the SEC in every situation, still less to the courts.»

<sup>1569</sup> Vgl. dazu ausführlich Loss/SELIGMAN 940 ff. mit einer Erörterung des bekannten Falls Slade v. Shearson, Hammill & Co., Inc. sowie HOFSTETTER Interessenkonflikte 12 f. mit einer Diskussion von Black v. Shearson, Hammill & Co.

<sup>1570</sup> Loss/SELIGMAN 942: «Even so [dieser Vorbehalt bezieht sich auf die vorne im Text erwähnten ungeklärten Fragen zur Wirksamkeit der «Chinese Walls»] there has been a growing acceptance of the «wall» concept in various circles inside and outside the securities field.»

<sup>1571</sup> Hier verstanden im weitesten Sinne, worunter auch die Insiderstatbestände fallen.

<sup>1572</sup> Zu dieser Entwicklung im einzelnen HOFSTETTER Interessenkonflikte 16 f. und Loss/SELIGMAN 942 f.; sehr ausführlich McVEA 171 ff.

<sup>1573</sup> So der Titel eines SEC-Reports, vgl. nachfolgende Fussnote.

<sup>1574</sup> Ein zusammenfassender Überblick findet sich im Report der SEC, Division of Market Regulation, «Broker-Dealer Policies and Procedures Designed to Segment the Flow and Prevent the Misuse of Material non-public Information», 1989-1990 Fed. Sec. L. Rep. (CCH) 84,520 at 80,629 (1990), zitiert nach Loss/

In Grossbritannien wurden «Chinese Walls» als Instrumente zur Abwehr von Insiderhandelsvorwürfen sowie zur Bewältigung von Interessenkonfliktsituationen bereits in den siebziger Jahren eingesetzt. Gesetzgeberische Anerkennung fanden «Chinese Walls» in den «Licensed Dealers (Conduct of Business) Rules» von 1983 und schliesslich im Financial Services Act von 1986, dessen Section 48(2)(h) die «ultimate statutory authority for the Chinese Wall policy» darstellt<sup>1575</sup>, indem er die (damalige) SIB ermächtigte, «Chinese Walls»-Regeln zu implementieren<sup>1576, 1577</sup>.

Der insgesamt positiven Einschätzung der «Chinese Walls» entspricht es, dass diese in den USA und in Grossbritannien stark verbreitet sind.<sup>1578</sup> Immerhin war das Vertrauen in «Chinese Walls» aber nie absolut. So erlaubt etwa Rule 14e-3<sup>1579</sup> bei Vorhandensein einer adäquaten «Chinese Wall» Anlageberatern zwar, für Kunden in Titeln zu handeln, über welche die Bank Insiderinformationen verfügt, verbietet aber den Eigenhandel in diesen Titeln.<sup>1580</sup> Auch in der Lehre ist die Diskussion über die Wirksamkeit der «Chinese Walls» nie verstummt. Das zeigt sich beispielhaft daran, dass Loss/SELIGMAN, die den «Chinese Walls» gegenüber nicht grundsätzlich negativ eingestellt sind, ihre diesbezüglichen Ausführungen mit der Bemerkung beenden: «[I]t is also worth recalling that the term

SELIGMAN 943. Allerdings ist zu beachten, dass sich dieser Report und seine Schlussfolgerungen hauptsächlich auf die Vermeidung von Insiderdelikten im Bereich des Wertpapiergeschäfts beziehen und sich nicht zur Frage der Bewältigung von allgemeinen Interessenkonflikten, etwa im Kommerzgeschäft, äussern.

<sup>1575</sup> McVEA 181.

<sup>1576</sup> Zur Entwicklung HOFSTETTER Interessenkonflikte 19 ff. und sehr ausführlich McVEA 179 ff.

<sup>1577</sup> HOFSTETTER Interessenkonflikte 20. Es handelt sich dabei um Vorwürfe im Bereich Insiderhandel oder der Verletzung von Treuepflichten, z. B. der Suitability der empfohlenen Anlagen. Entsprechend der (ausschliesslich) aufsichtsrechtlichen Kompetenz des ehemaligen SIB, heute FSA, stellt dies nur eine regulatorische Anerkennung der «Chinese Walls» dar, nicht etwa auch eine zivilrechtliche, vgl. dazu ausführlich McVEA 135 ff. und 235 ff.

<sup>1578</sup> Loss/SELIGMAN 943 m. w. H., HOFSTETTER Interessenkonflikte 18 mit Ausführungen zu einer empirischen Studie aus dem Jahre 1989.

<sup>1579</sup> SEC-Rule 14e-3; 17 C.F.R. § 240.14e-3 (1987).

<sup>1580</sup> McVEA 177 f.; HOFSTETTER Interessenkonflikte 16 f.

Chinese Wall, at least in the apocrypha, refers to a barrier that took 1,000 years to build but only a moment to breach.»<sup>1581</sup>

Dennoch lässt sich als Fazit zur regulatorischen Anerkennung von «Chinese Walls» in den USA und in Grossbritannien festhalten: «It is clear then ... that the Chinese Wall mechanism has been increasingly recognized by legislators and regulators as a legitimate means of resolving problems associated with conflicts of interest in multi-functional financial organizations.»<sup>1582</sup> Dabei ist aber unübersehbar, dass von den Aufsichtsbehörden vermehrt andere und zusätzliche Konfliktvermeidungsmassnahmen gefordert werden und auch die Industrie selbst sich zum Schutze ihrer Reputation zusätzlichen Restriktionen unterwirft.<sup>1583</sup>

#### b) Deutschland

In Deutschland hielten «Chinese Wall»-Konzepte in den frühen neunziger Jahren Einzug, dies in «Anlehnung an US-amerikanische und britische Erfahrungen»<sup>1584</sup>. Wie vorne erwähnt, wurde mit dem WpHG, das Anfang 1995 in Kraft trat und das Insiderhandelsverbot in Deutschland einführt, auch eine positiv-rechtliche Grundlage bzw. die Notwendigkeit für die Einführung von Compliance-Organisationen geschaffen, deren «Kernstück» regelmässig die «Schaffung von Vertraulichkeitsbereichen durch

<sup>1581</sup> LOSS/SELIGMAN 943, wobei sie jedoch (loc. cit.) versöhnlich gleich anfügen: «Ultimately, the imperfections of even the best designed wall may be the price that must be paid for the policy decision not to segregate securities firms – a policy justified by quite different considerations.»

<sup>1582</sup> McVEA 200.

<sup>1583</sup> Dazu vorne S. 347 Fn. 1517. Über die damals, zur Zeit der Niederschrift geltenden Anforderungen hinaus ging etwa UBS Warburg, die es Analytikern anscheinend verbietet, in Titel zu investieren, welche von ihnen beurteilt werden (NZZ vom 15. 4. 2002, Nr. 86, S. 24). Seit 1. Juli 2003 gilt dieses Verbot gestützt auf eine Richtlinie der SBVg.

<sup>1584</sup> BUCK 500 (m. w. H. zur Entwicklung in Deutschland), gemäss welcher die (grossen) deutschen Banken ab Mitte 1992 mit dem Aufbau von Compliance-Organisationen begonnen haben; siehe auch KLAUS J. HOPF Grundsatz- und Praxisprobleme nach dem Wertpapierhandelsgesetz – insbesondere Insidergeschäfte und Ad-hoc-Publizität, ZHR 159 (1995) 135, 151.

Chinese Walls» ist<sup>1585</sup>. Die Ausgestaltung der «Chinese Walls» ist in Ziff. 3.3.1 der Richtlinie des BAWe (seit 1. 5. 2002: BAFin) zur Konkretisierung der Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäss § 33 Abs. 1 WpHG<sup>1586</sup> umschrieben.<sup>1587</sup> Danach sind, durch organisatorische Massnahmen, «Vertraulichkeitsbereiche» zu schaffen. Diese Massnahmen können gemäss Ziff. 3.3.1 der Wohlverhaltensrichtlinie in der funktionalen oder räumlichen Trennung von Wissensbereichen, in (physischen) Zutrittsbeschränkungen oder beschränkten Datenzugriffsmöglichkeiten bestehen<sup>1588</sup>. Im Hinblick auf das Thema der vorliegenden Arbeit bedeutsam ist, dass diese organisatorischen Massnahmen «[i]nsbesondere mit Rücksicht auf die gesetzliche Insiderregelung» zu implementieren sind<sup>1589</sup>, was bedeutet, dass «Chinese Walls» auch zur Bewältigung von anderen, nicht strafrechtlich relevanten Interessenkonflikten (Insiderdelikten) als geeignet betrachtet werden<sup>1590</sup>.

<sup>1585</sup> BUCK 501.

<sup>1586</sup> Die Richtlinie datiert in der ursprünglichen Fassung vom 2. 12. 1998, in der aktuellen (Neu-)Fassung vom 25. 10. 1999 (BAnz. Nr. 210 vom 6. 11. 1999), auch Wohlverhaltens- oder Compliance-Richtlinie genannt. Diese Compliance-Richtlinie ist nicht zu verwechseln mit den gestützt darauf und in Anlehnung an von den Branchenverbänden ausgearbeiteten Leitsätzen (z. B. diejenigen für eigene Wertpapiergeschäfte der Bankmitarbeiter, abgedruckt z. B. in REISCHAUER/KLEINHAUS/BECKER KWG 486 Nr. 5a) von den Banken erlassenen internen Compliance-Richtlinien oder -Manuals.

<sup>1587</sup> Die Regelung der «Chinese Wall» ist dabei nur ein Teilinhalt der Richtlinie, welche sich insgesamt zu den Organisations- und Kontrollpflichten der Bank im Rahmen des § 33 Abs. 1, Nr. 2, 3 WpHG äussert. Vorab im Hinblick auf die Frage des Verhältnisses zwischen solchen regulatorischen «Wissenszurechnungsnormen» und der zivilrechtlichen Wissenszurechnungsbestimmung von Interesse ist die Feststellung von BUCK 501, dass diese «Wohlverhaltensrichtlinie keine unmittelbaren Rechtsfolgen auslösen kann».

<sup>1588</sup> Ziff 3.1.1 Wohlverhaltensrichtlinie; KÜMPEL N 16.547.

<sup>1589</sup> KÜMPEL N 16.547.

<sup>1590</sup> Ob zu Recht oder Unrecht, siehe ausführlich hinten S. 377 ff. Dies zeigt das Grundproblem: «Chinese Walls» sind – typischerweise im Bereich Effektenhandel – zur Absicherung von strafrechtlichen Normen eingeführt worden, werden heute aber auch allgemein im Bereich der Interessenkonflikte in Anspruch genommen.

c) Schweiz<sup>1591</sup>

aa) Bankrecht

Trotz ihres verbreiteten Gebrauchs auch in der Schweiz<sup>1592</sup> sind «Chinese Walls» weder auf Gesetzes- noch Verordnungsebene explizit vorgesehen. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG verpflichtet die Banken im Rahmen des Gewährsgebots, für eine ihrer Geschäftstätigkeit angemessene Organisation zu sorgen.<sup>1593</sup> Dies wird in Art. 7 Abs. 3 BankV näher konkretisiert, indem vorgeschrieben wird, dass die Verwaltungsorganisation der Bank dem sachlichen und geographischen Geschäftsbereich entsprechen müsse. Immer noch unter dem Titel «3 Innere Organisation» schreibt Art. 9 Abs. 1 BankG dann konkret vor, dass die Bank «für eine wirksame betriebsinterne Trennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung» zu sorgen habe, wobei Ausnahmen davon zulässig sind<sup>1594</sup>, die EBK umgekehrt aber auch «die Trennung weiterer Funktionen anordnen» kann.<sup>1595</sup>

Gestützt auf diese eher allgemeinen Anforderungen entwickelten die EBK im Rahmen ihrer Praxis zur Gewähr einwandfreier Geschäftstätigkeit<sup>1596</sup> auf einer Einzelfallbasis schon früh Leitlinien zur Bewältigung möglicher Interessenkollisionen. So hat die Bank Interessenkonflikte mit Kunden zu vermeiden,<sup>1597</sup> sie darf grundsätzlich keine Kundenanlagen in «eigene» Projekte tätigen,<sup>1598</sup> und es wurde der Grundsatz der Kundengleichbehandlung statuiert<sup>1599</sup>. Im Zusammenhang mit der Einführung der Insiderstrafnorm in der Schweiz wurde – unter Bezugnahme auf «Chinese Walls» – ebenfalls schon früh, lange vor Inkrafttreten des BEHG,

<sup>1591</sup> Zu den Anfängen der Entwicklung in der Schweiz siehe etwa WATTER Chinese Walls 109 ff.; BÖCKLI Insiderrecht und Banken 769, 776.

<sup>1592</sup> Vgl. HOFSTETTER Interessenkonflikte 4; so bereits 1990 ZOBL Interessenkonflikte von Banken bei der Finanzierung von Übernahmeofferten 452 f.

<sup>1593</sup> Vgl. dazu immer noch grundlegend AELLEN.

<sup>1594</sup> Was vor allem Kleinstbanken betrifft.

<sup>1595</sup> Art. 9 Abs. 1 BankG.

<sup>1596</sup> Zu dieser Praxis siehe grundlegend AELLEN.

<sup>1597</sup> EBK-Jahresbericht 1981, 14.

<sup>1598</sup> EBK-Jahresbericht 1981, 14 f., EBK-Jahresbericht 1982, 21 f.

<sup>1599</sup> EBK Bulletin 18, 26 ff. (Zuteilung von Neuemissionen).

erwogen, ob es nicht gestützt auf das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit aufsichtsrechtliche Pflicht einer Bank sei, ihren Betrieb so zu organisieren, «dass Insiderdelikte möglichst vermieden werden» können.<sup>1600</sup>

bb) Börsenrecht

Entsprechend seinem Charakter als Rahmengesetz enthält Art. 10 Abs. 2 lit. a BEHG eine allgemeine Vorschrift zur internen Organisation des Finanzintermediärs: Die Organisation muss so ausgestaltet sein, dass sie «die Erfüllung der Pflichten aus diesem Gesetz [gemeint ist das BEHG]» sicherstellt. Die zwingend notwendige<sup>1601</sup> nähere Konkretisierung wurde hier vom Gesetzgeber der Selbstregulierung – und damit indirekt auch der EBK<sup>1602</sup> – aufgegeben, wobei jedoch «vorerst» auf eine Konkretisierung auf Verordnungsstufe verzichtet wurde, «zugunsten der Selbstregulierung durch die Standesorganisation(en) und Einzelregelungen der Effektenhändler»<sup>1603</sup>.

Dies bedeutet, dass der Effektenhändler so organisiert sein muss, dass u. a. auch die Erfüllung der Treuepflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG gegenüber den Kunden sichergestellt ist. Diesen wichtigen Grundsatz enthält auch der zweite Halbsatz von Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG: «Er [der Effektenhändler] stellt insbesondere sicher, dass allfällige Interessenkonflikte seinen Kunden nicht benachteiligen.» Die Konkretisierung, die wie vorne erwähnt von

<sup>1600</sup> WATTER Chinese Walls 116 unter Hinweis darauf, dass die EBK «im Moment» [WATTERS Aufsatz datiert aus dem Jahr 1991] von den Banken nicht verlange, «Chinese Walls» zu errichten; SCHMID, NIKLAUS, Zur Anwendbarkeit der Insiderstrafnorm auf die im Bank- und Revisionswesen tätigen Personen, ST 1989, 281; ders. Insiderstrafrecht Bern 1988 N 258; a. M. DE CAPITANI Die neue Insiderstrafnorm 289.

<sup>1601</sup> Vgl. etwa ROTH Art. 11 BEHG N 30.

<sup>1602</sup> Diese werden, wiewohl rechtlich nicht notwendig, aus Gründen der Rechtssicherheit von der EBK «genehmigt», welche damit grossen Einfluss auf die Ausgestaltung der Selbstregulierung nehmen kann. Vgl. zur Problematik dieses Zusammenwirkens von Standesorganisationen und Aufsichtsbehörde ZULAUF Gläubigerschutz und Vertrauensschutz 359 ff., insbes. 394 ff.

<sup>1603</sup> ROTH Art. 11 BEHG N 30; vgl. auch HOFSTETTER Interessenkonflikte 179.

Standesregeln vorgenommen wird, nämlich den SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes vom 22. 1. 1997<sup>1604</sup>, erwähnt im Kommentar zu Art. 8 «Behandlung von Interessenkonfliktsituationen» «Chinese Walls» ausdrücklich als eine Organisationsmassnahme: «Wo sich die Gefahr von Interessenkonflikten nicht gänzlich vermeiden lässt, soll er [der Effektenhändler] geeignete Massnahmen treffen, um die Benachteiligung der Kundeninteressen zu verhindern. Dazu gehören je nach Grösse und Struktur des Effektenhändlers z. B. die funktionale Trennung von Eigenhandel und Kundenhandel, die *Begrenzung des Informationsflusses* (sog. «Chinese Wall-Regeln») ...»<sup>1605, 1606</sup>. Allerdings erwähnt das Standesrecht wie gesehen «Chinese Walls» nur knapp, ohne deren Ausgestaltung näher zu konkretisieren. In der Standardliteratur<sup>1607</sup> finden sich Hinweise zur möglichen Ausgestaltung (physische Zugangsrestriktionen, «Need to know»-Prinzip etc.) von «Chinese Walls»<sup>1608</sup>, zum not-

<sup>1604</sup> Abgedruckt in BF 2003 45–19.

<sup>1605</sup> Kommentar zu Art. 8 der SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes vom 22. 1. 1997, N 21; abgedruckt in BF 2003 45–19; Hervorhebung eingefügt.

<sup>1606</sup> Durch die Genehmigung dieser Richtlinien ist deren Inhalt grundsätzlich zur dauernden Bewilligungsvoraussetzung geworden, und ihre Einhaltung ist von der externen Revisionsstelle des Effektenhändlers zu überprüfen (siehe Anhang I zum Rundschreiben 96/3: Standesregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung, deren Einhaltung durch Banken und Effektenhändler von den Revisionsstellen zu prüfen ist, abgedruckt in BF 2003 31A-14a). Da die Richtlinien «Chinese Walls» nur als *Möglichkeit* zur Bewältigung von Interessenkonflikten erwähnen, steht es einem Effektenhändler natürlich offen, andere diesbezügliche Massnahmen zu ergreifen, solange dadurch Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG Genüge getan wird. Umgekehrt kann aus der Einhaltung der Richtlinien nicht geschlossen werden, dass dadurch Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG stets eingehalten würde. Vgl. zur analogen Frage, inwiefern die Erfüllung der VSB die Verletzung von Gesetzesrecht ausschliesst, WIEGAND/WICHTERMANN Standesregeln.

<sup>1607</sup> Gemeint sind hier Lehrbücher und Kommentarwerke; selbstverständlich detaillierte Angaben zu möglichen Ausgestaltungen von «Chinese Walls» finden sich in der Spezialliteratur, für die Schweiz etwa in der mehrfach zitierten Arbeit von HOFSTETTER Interessenkonflikte 188 ff.

<sup>1608</sup> ROTH Art. 11 BEHG N 177.

wendigen Grad an Durchlässigkeit<sup>1609</sup> sowie zu deren Verhältnis zur Wissenszurechnung<sup>1610</sup>.»

cc) Fazit und Verhältnis zwischen bank- und börsenrechtlichen Anforderungen

«Chinese Walls» gelten mithin auch in der Schweiz aufgrund der von der EBK genehmigten und damit bewilligungsrelevant erklärten SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler als *aufsichtsrechtlich* zwar nicht zwingend vorgeschriebenes<sup>1611</sup>, aber *anerkanntes* – *allerdings nicht notwendigerweise stets ausreichendes*<sup>1612</sup> – *Mittel zur Bewältigung von (wissensbasierten) Interessenkonflikten*.<sup>1613</sup> Wie für grosse Teile des Standesrechts im Bankbereich gilt auch für die SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler – und damit die aufsichtsrechtliche Anerkennung der «Chinese Walls» –, dass diese nach der Praxis von EBK und Bundesgericht nicht nur für Mitglie-

<sup>1609</sup> ROTH Art. 11 BEHG N 175, mit der auch für den Biber-Entscheid sehr bedeutsamen Ausführung, «Chinese Walls» dürften «jedoch nicht unüberwindbar sein», sondern müssten «genaue Regeln für das Übersteigen der Informationssperren beinhalten», und weiter: «Dies ist insbesondere bei Universalbanken unverzichtbar, damit ungewollte Interessenkonflikte durch kollidierendes Verhalten einer anderen Abteilung verhindert werden können.»

<sup>1610</sup> ROTH Art. 11 BEHG N 176.

<sup>1611</sup> Zwingend vorgeschrieben sind Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten bzw. um die Gefahr der Benachteiligung möglichst gering zu halten, denkbar sind weitergehende Massnahmen wie das Vermeiden von konfliktträchtigen Geschäftskonstellationen.

<sup>1612</sup> Dazu hinten S. 379 ff.

<sup>1613</sup> Durch die zustimmende Kenntnisnahme der EBK zu den per 1. Juli 2003 in Kraft getretenen Richtlinien zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Finanzanalyse der SBVg ergibt sich eine weitere Anerkennung von «Chinese Walls» im schweizerischen Bankaufsichtsrecht. Gemäss diesen Richtlinien, auf die hier nicht eingegangen wird (da sie nach Abschluss des Manuskripts publiziert wurden), sind «Chinese Walls» ein wichtiges organisatorisches Instrument, um die Unabhängigkeit der Finanzanalyse z. B. von Emissionsabteilung oder Eigenhandel sicherzustellen. EBK und Bger. argumentieren auch in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Amtshilfe, mit «Chinese Walls»; ihnen wird attestiert, die zweckkonforme Verwendung der Informationen und die Wahrung des Spezialitätsprinzips sicherzustellen, wie es von Art. 38 Abs. 2 BEHG gefordert wird (siehe Bger.-Entscheid 2A.234/2000, 25. 4. 2001, Erw. 4. a.)

der der Schweizerischen Bankiervereinigung, sondern für *alle* dem BEHG unterstellten Effektenhändler Gültigkeit haben.<sup>1614</sup>

Eine *andere Frage* ist, ob die genannten Verhaltensregeln auch ausserhalb des vom BEHG geregelten Effektenhandelsgeschäftes Geltung beanspruchen können, also insbesondere im klassischen Bankgeschäft. Da in der Schweiz die meisten Banken auch über Effektenhändlerstatus verfügen und somit auch den Organisationspflichten des BEHG unterworfen sind, könnte die Frage als irrelevant abgetan werden. Dies wäre aus zwei Gründen falsch: Zum einen gibt es Finanzdienstleistungserbringer, welche nur über eine Bankbewilligung verfügen, wie es umgekehrt auch solche gibt, die nur Effektenhändlerstatus haben<sup>1615, 1616</sup>. Zum andern stellt sich selbst für diejenigen, welche über den Bank- und den Effektenhändlerstatus verfügen, die Frage, ob die BEHG-Organisationspflichten auf den Bereich des Effektenhandels beschränkt sind, also im Bankgeschäft keine Geltung haben. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, denn «Banken, die ebenfalls Effektenhändler sind, unterliegen für die Belange ihrer diesbezüglichen Tätigkeit dem BEHG»<sup>1617</sup>, was nicht nur für die Geschäftstätigkeit als solche gilt, sondern auch für die Organisation, soweit sie den Effektenhandel betrifft – nicht aber die «grundlegende Struktur des Unterneh-

<sup>1614</sup> Vgl. zu dieser Praxis ABEGGLEN Vermögensverwaltung 184 m. w. H.

<sup>1615</sup> Dazu gehören die Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen von ausländischen (reinen) Wertschriftenhäusern. Mit der zunehmenden Tendenz auch im angelsächsischen Raum Richtung «Universal Banking» wird es vielleicht immer weniger Institute in der Schweiz geben, die hier nur als Effektenhändler agieren (da auch ihr Mutterhaus im Ausland nur diesen regulatorischen Status hat). Immerhin haben selbst amerikanische «Universalbank»-Konzerne (noch) Töchter, welche bloss Broker-Status haben, was sich dann auch auf den regulatorischen Status deren Schweizer «Ableger» auswirkt.

<sup>1616</sup> Dazu gehören auch grössere Vermögensverwaltungsfirmen mit eigener Kontoführung, welche mit dem Inkrafttreten des BEHG in den bewilligungspflichtigen Bereich fielen und über die notwendigen Ressourcen verfügten, die börsenrechtlichen Bewilligungsanforderungen zu erfüllen. Viele kleinere Vermögensverwaltungsfirmen mussten ihr Geschäftsmodell dagegen dahin gehend ändern, keine Kontoführung (weder bei sich selbst noch in eigenem Namen bei einer Bank) für ihre Kunden mehr zu besorgen (vgl. Art. 3 Abs. 5 lit. a, b BEHV), um nicht einer Bewilligung zu bedürfen.

<sup>1617</sup> KLEINER/LUTZ/SCHWOB Kommentar zum BankG, Vorbemerkungen N 101.

mens», welche vom BankG reguliert wird.<sup>1618</sup> Soweit es sich also nicht um ein Effektenhandelsgeschäft handelt, kommt die im BEHG explizit verankerte Treuepflicht mit ihrer Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten nicht direkt zur Anwendung. Hingegen besteht aufgrund der Entwicklung der Praxis zur Vermeidung von Benachteiligungen der Kunden im Bankbereich<sup>1619</sup> kein Zweifel daran, dass Art. 11 BEHG und die diesbezüglichen Konkretisierungen im Rahmen der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit analog herangezogen werden können. Dass dabei sowohl Banken als auch Effektenhändler durch die gleiche Behörde überwacht werden, fördert die materiell gleiche Behandlung von Banken und Effektenhändlern im Bereich der verhaltenspflichtrelevanten Organisationsanforderungen<sup>1620</sup>.

### 3. Erstmalige aufsichtsrechtliche Befassung mit «Chinese Walls» in der Schweiz im Fall Biber

#### a) Sachverhalt

Die aufsichtsrechtliche Auseinandersetzung mit dem Fall Biber betraf die Zulässigkeit des Verkaufs von Biber-Aktien aus Eigenbeständen durch Banken, welche diese zuvor im Zusammenhang mit letztlich fehlgeschlagenen Sanierungsversuchen erworben hatten.<sup>1621</sup> Dabei gingen sowohl die EBK als auch das Bundesgericht auf die Bedeutung von «Chinese Walls» ein<sup>1622</sup>, worauf sich die

<sup>1618</sup> KLEINER/LUTZ/SCHWOB Kommentar zum BankG, Vorbemerkungen N 101.

<sup>1619</sup> Dazu vorne S. 354 ff.

<sup>1620</sup> Dies gilt natürlich nicht für technische Bereiche, wie etwa die Führung des Effektenhandelsgeschäftes, welche bei einer «Nur-Bank» bzw. bei anderen als Effektenhandelsgeschäften nicht zur Diskussion stehen wird.

<sup>1621</sup> Sachverhalt und Erwägungen des Bger.-Urteils 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 finden sich auch (auszugsweise) im EBK-Bulletin 40/2000, 37 ff. Nachfolgend wird mit Ausnahme der Sachverhaltswiedergabe nur der auf der Homepage des Bger. wiedergegebene Text zitiert.

<sup>1622</sup> Nachfolgend wird nur deren aufsichtsrechtliche Bedeutung untersucht; zur Relevanz dieses Falles für die Frage nach dem Verhältnis zwischen aufsichtsrechtlichen Informationsflussnormen und zivilrechtlicher Wissenszurechnung siehe hinten S. 382 ff.

nachfolgenden Ausführungen beschränken. Im Einzelnen lag dem Fall «Biber» folgender Sachverhalt zugrunde:

«Die Biber Holding AG ... geriet 1994 in Zahlungsschwierigkeiten. Mit Hilfe eines Bankenkonsortiums wurde eine Sanierung durchgeführt, wobei [mehrere Banken] Aktien der Biber Holding AG übernahmen und dafür durch je ein Geschäftsleitungsmitglied in deren Verwaltungsrat vertreten waren. Unter anderem übernahm auch [die Bank B] rund 1,7 Mio. Aktien der Biber Holding AG. Vertreter der [B] im Biber-Verwaltungsrat war X.

Die Aktien wurden innerhalb der [B] beim Ressort [BB] eingebucht. 1995 verschlechterte sich die Lage der Biber Holding AG weiter, so dass der Verwaltungsrat weitere Sanierungsmöglichkeiten diskutierte. Daneben wurden Verkaufsvarianten geprüft. Am 6. November 1995 entschieden die Banken, eine Bilanzsanierung (Projekt «Omega») ins Auge zu fassen, da ein Verkauf nur mit Verlust möglich gewesen wäre.

Der Verwaltungsrat der Biber Holding AG nahm am 4. Dezember 1995 vom Konsens der Banken bezüglich «Omega» Kenntnis, bedauerte aber, dass die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital nicht das gewünschte Ausmass von 200 Mio. erreichen, sondern nur 150 Mio. Franken betragen sollte.

Am 5. Dezember 1995 beschloss der Ausschuss der Generaldirektion (im Folgenden: GDA) der [B], die Biber-Aktien zusammen mit anderen Effektenbeständen in die Verantwortung des Wertschriftenhandels (Handelsbestand) zu übertragen. X. hatte den GDA zuvor über die Verwaltungsratssitzung der Biber Holding AG vom Vortag orientiert. Der Leiter der Handelsabteilung erhielt die Instruktion, allfällige Bestandesänderungen bei den Biber-Aktien erst nach Bekanntgabe der Konzernrechnung 1995 der Biber-Gruppe vorzunehmen. Anfang Februar 1996 liessen die [Banken] das Sanierungsprojekt «Omega» fallen.

Am 20. Februar 1996 wurde die Öffentlichkeit an einer Bilanzpressekonferenz über das Jahresergebnis 1995 der Biber-Gruppe orientiert. Die Biber Holding AG wies für 1995 einen Konzernverlust von 63 Mio. Franken bzw. einen Gesamtverlust von 322 Mio. Franken aus. Dieser resultierte unter anderem aus einer Sonderabschreibung von 466 Mio. Franken zur Korrektur der festgestellten Aktivenüberbewertung.

Nach dieser Pressekonferenz begann die [B] mit dem Verkauf der Biber-Aktien aus dem ehemaligen Sanierungsbestand. In der Folge konnte keine Sanierung der Biber Holding AG durchgeführt werden. Am 17. Juni 1996 beschloss der GDA, den Verkauf der Biber-Aktien einzustellen. Bis zu diesem Zeit-

punkt hatte die [B] 540 000 Aktien verkauft, woraus ein Erlös von 4,265 Mio. Franken resultierte.

Am 21. Januar 1997 wurde der Konkurs über die Biber Holding AG eröffnet.<sup>1623</sup>

## b) Urteil des Bundesgerichts

Das Biber-Urteil des Bundesgerichts enthält eine Reihe von z. T. beiläufig gemachten Aussagen, welche für das hier erörterte Problem von grundlegender Bedeutung sind.

### aa) Erfordernis einer konfliktbewältigenden (Wissens-)Organisation auch ausserhalb des BEHG

Das Bundesgericht untersuchte zunächst, ob auf den beanstandeten Aktienverkauf überhaupt das BEHG anwendbar ist. Die Frage stellte sich, da der Verkauf der Aktien bereits im Frühsommer 1996 eingestellt worden war, also vor Inkrafttreten des BEHG am 1. 2. 1997. Denn die EBK hatte das Verhalten der Banken auch unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der *börsengesetzlichen Gewährspflicht* gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG geprüft und diese als verletzt befunden. Dies tat sie mit der Begründung, «dass die Beurteilung, ob Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit ... geboten ist, eine prospektive Beurteilung» sei, welche sich auch «auf vergangene Vorkommnisse abstützen» könne.<sup>1624</sup>

So allgemein ausgedrückt trifft dies zu. Der diesbezügliche Teil des EBK-Verfügungsdispositivs äusserte sich aber *nicht* dazu, ob etwa die beschwerdeführende Bank trotz der Ereignisse in der Vergangenheit auch in Zukunft (börsengesetzliche) Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten würde, sondern stellte einfach

<sup>1623</sup> EBK-Bulletin 40/2000, 39 f. sowie Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000. Siehe zu diesem Urteil BERNHARD BERGER Der «Fall Biber Holding» – mehr als nur ein aufsichtsrechtlich bedeutendes Bundesgerichtsurteil recht 2000 174 ff. (einzige Besprechung, die sich v. a. den zivilrechtlichen Konsequenzen widmet, op. cit. 177 ff.), ROBERTO/MATHYS 749 ff., sowie den Zeitungsartikel «Durften die Grossbanken Aktien der angeschlagenen Biber verkaufen?» NZZ vom 12./13. 2. 2000 Nr. 36, 21.

<sup>1624</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 2.a).

fest, die *börsengesetzliche* Gewährspflicht sei verletzt worden. Dies hätte jedoch nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts vorausgesetzt, dass das problematische Verhalten nach Inkrafttreten des BEHG stattgefunden hätte.<sup>1625</sup>

Dieser Punkt ist von Bedeutung, da damit der Biber-Entscheid die Bewältigung einer Interessenkonfliktsituation unter der Herrschaft *allein des BankG* darstellt. Wie sich zeigen wird, werden dabei an Banken aber inhaltlich die gleichen Anforderungen gestellt wie gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG an Effektenhändler. Dies bestätigt die bereits vorne vertretene Auffassung<sup>1626</sup>, dass es auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des die Interessenkonflikte normierenden BEHG eine auf die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit abstützbare Pflicht von Banken gibt, eine (Wissens-)Organisation zu implementieren, welche die Benachteiligung von Kunden durch Interessenkonflikte ausschliesst<sup>1627</sup>.

- bb) Relevanz des bei Dritten, nach «ausser» hin erweckten Vertrauens für die Wissenszurechnung

Nach einem Überblick über Lehre und Praxis zur Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit und der Betonung (der seit langem bekannten Selbstverständlichkeit), dass ein Verhalten auch dann die aufsichtsrechtliche Gewähr verletzen kann, wenn keine Straftat (in casu Art. 161 StGB) vorliegt, etwa bei gravierenden Verletzungen zivilrechtlicher Verpflichtungen, «insbesondere Verstösse[n] gegen die Treuepflicht gegenüber Kunden»<sup>1628</sup>, verknüpft das Bun-

<sup>1625</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2.2.2000 Erw. 2.a) sowie deutlich Erw. 2.d): «Für die vorliegend zu beurteilenden Gesichtspunkte ist somit einzig das Bankengesetz massgebend.» Unklar (aber wohl eher unwahrscheinlich) ist, ob, wie ROBERTOS/MATHYS 752 behaupten, die Berufung auf das BEHG in der EBK-Verfügung darauf beruhte, dass von der Behörde «übersehen wurde, dass das Gesetz erst nach den hier zur Rede stehenden Aktienverkäufen in Kraft getreten ist und deshalb nicht gegen das Gesetz verstossen werden konnte».

<sup>1626</sup> Vorne S. 368 f.

<sup>1627</sup> Vorne S. 354 ff. wurde ausgeführt, dass diese u. a. aus dem Einsatz von «Chinese Walls» bestehen kann, aber nicht muss.

<sup>1628</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2.2.2000 Erw. 5.b).

desgericht die einwandfreie Gewähr mit der «Vertrauenswürdigkeit» einer Bank.<sup>1629</sup>

Diese wird – was neu und entscheidend ist – an die Wahrnehmung des Verhaltens der Bank durch Dritte geknüpft:

«Die Vertrauenswürdigkeit einer Bank kann nicht losgelöst davon beurteilt werden, wie bestimmte Verhaltensweisen in der Öffentlichkeit beurteilt werden, da Vertrauen immer eine Wechselwirkung zwischen denjenigen, die vertrauen, und denjenigen, welchen vertraut wird, voraussetzt. Wie die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt haben, kann eine Bank unter Umständen auch unabhängig davon, ob sie rechtswidrig gehandelt hat, in der Öffentlichkeit als nicht vertrauenswürdig beurteilt werden.»<sup>1630</sup>

Auf dieses Verknüpfen der Gewährspflicht mit der Perzeption des Verhaltens einer Bank durch das Publikum wird hinten<sup>1631</sup> zurückzukommen sein.

- cc) Stillschweigende Zustimmung zur Auffassung der EBK zu «Chinese Walls»?

Auf dieser Grundlage geht das Bundesgericht dann auf «Chinese Walls» ein, wobei es die diesbezüglich ausführlicheren EBK-Erwägungen grundsätzlich zu stützen scheint<sup>1632</sup>: Danach sind «auf der

<sup>1629</sup> Diese in der Lehre z. T. kritisierte Auffassung (vgl. etwa RHINOW/BAYERDÖRFER Rz. 123 ff.; eher kritisch auch BODMER/KLEINER/LUTZ Art. 3 N 95) stellt das BankG nebst dem Gläubigerschutz auch in den Dienst des Funktionsschutzes des Finanzplatzes Schweiz, dies, da «der Verlust der Vertrauenswürdigkeit über kurz oder lang die wirtschaftliche Substanz der Banken und damit auch die Rechte der Gläubiger tangieren würde» (Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2.2.2000 Erw. 5.a). Daraus wird – wohl zu Recht – abgeleitet, dass Verhaltensweisen, welche die «Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz» gefährden, Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verletzen (Urteil Bger. 2.2.2000, Erw. 5.a).

<sup>1630</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2.2.2000 Erw. 5.b). Das Bger., a. a. O., hält es dabei für notwendig, die Selbstverständlichkeit zu betonen, dies bedeute «freilich nicht, dass das Verhalten einer Bank immer schon dann aufsichtsrechtlich unzulässig wäre, wenn im Nachhinein gewisse Medien oder Kreise der Bank Vorwürfe machen, könnte doch sonst potentiell jegliche Banktätigkeit als unzulässig betrachtet werden.»

<sup>1631</sup> Hinten S. 380 f.

<sup>1632</sup> Dies folgt daraus, dass die Erw. 5.d) bb) über «Chinese Walls» nur unter Zugrundelegung der EBK-Auffassung (dazu sogleich im Text) Sinn macht.

Stufe der obersten Geschäftsleitung ... «Chinese Walls» *nicht mehr vertretbar*. Im *Auftritt einer Bank gegen aussen* müsse das Wissen einzelner Abteilungen *in gewissen Fällen dem ganzen Unternehmen* zugerechnet werden. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht sei es daher erforderlich, dass an der Spitze der Geschäftsleitung grundsätzlich alle Informationen zusammenlaufen, die für die Führung der Bank und ihren *Auftritt als Unternehmen, mithin ihren Ruf*, von Bedeutung seien.»<sup>1633</sup>

Dies korrespondiert mit den vorne beschriebenen Grundsätzen zur Durchbrechung des Bankgeheimnisses im Rahmen der konsolidierten Überwachung. Danach ist die konzerninterne Weitergabe von Informationen über Kundenbeziehungen, die für die Bankgruppe als Ganze ein Reputationsrisiko darstellen, unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig<sup>1634</sup> – ungehinderter Informationsfluss wird in casu also *über* das Interesse am Bankgeheimnischutz im Konzern gestellt, wenn dies zum Schutz der Reputation der Bank angezeigt erscheint.

Leider geht das Bundesgericht nicht im Einzelnen auf die von ihm selbst aufgeworfene Frage ein, «ob sich eine Bank auf Informationssperren zwischen verschiedenen Abteilungen berufen» könne oder ob die Berufung auf «Chinese Walls» unter bestimmten Voraussetzungen unzulässig sei. Es hält vielmehr bloss generell fest, es sei «weitgehend international anerkannt» und werde auch von der EBK nicht bestritten, «dass Informationssperren zwischen verschiedenen Abteilungen ein zulässiges Mittel sind, um zu vermeiden, dass das Wissen der einen Abteilung (z. B. der Kreditabteilung) einer anderen Abteilung (z. B. der Handelsabteilung) zugerechnet[!]» werde<sup>1635</sup>. Diese generelle und unkritische Würdi-

<sup>1633</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d aa); Hervorhebung eingefügt.

<sup>1634</sup> Vorne S. 321 ff.

<sup>1635</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d bb), unter Verweisung v. a. auf HOFSTETTER Interessenkonflikte 5 ff., wobei es sich bei dieser Stelle von Hofstetters Werk nur um die Einleitung und die Darlegung von Entwicklung und Stand der «Chinese Walls» im *angelsächsischen* Rechtsraum handelt; wenn vom *Schweizerischen* Bundesgericht so beiläufig festgestellt wird, «Chinese Walls» seien ein «zulässiges Mittel» der Wissensseparierung, hätte man zumindest einige Zitate auf diejenigen Stellen in HOFSTETTERS Werk erwartet, die sich zur *schweizerischen* Rechtslage äussern. Dasselbe gilt für die Verweisung auf STEFAN TRIP-

gung der «Chinese Walls» wirft die Frage auf, ob das Bundesgericht den «Chinese Walls» eine andere, weiter gehende Einsatzmöglichkeit beimisst als die EBK<sup>1636</sup>. Dass dem nicht so ist und auch das Bundesgericht wohl ebenfalls nur von einer relativen Wirksamkeit von «Chinese Wall»-Konzepten ausgeht, ergibt sich aus dem Folgenden<sup>1637</sup>.

dd) Rückschlüsse aus dem von der EBK verlangten Umgang mit Effekten im Eigenbestand aus Sanierungen

In Ziff. 2 ihrer Verfügung ordnete die EBK an, im internen Regelwerk der Bank seien Weisungen vorzusehen, «wonach Beteiligungen, welche die Bank im Rahmen einer Sanierung erwirbt, einer generellen Veräusserungssperre unterliegen und eine Freigabe erst nach Beschlüssen der Geschäftsleitung und nach Prüfung der Compliance-Abteilung möglich ist».<sup>1638</sup> Die von der Bank daraufhin entworfene und von der EBK genehmigte Weisung über den Umgang mit Effekten aus Unternehmenssanierungen enthält – zu Recht – nicht die Vorschrift, dass Sanierungsbestände nur bei erfolgreicher Sanierung verkauft werden dürften<sup>1639</sup>. Sie sieht vielmehr vor, dass «eine Veräusserung *zulässig* [ist], wenn die Business Unit, die vom Emittenten vor, während oder im Nachgang zur Sanierung direkt oder indirekt Kenntnis von nichtöffentlichen Tatsachen erhalten hat, *im Zeitpunkt der Aufhebung der Veräusserungssperre keine solchen Kenntnisse mehr hat*».<sup>1640</sup>

PACH Das Insider-Handelsverbot und die besonderen Rechtspflichten der Banken Köln 1995 231 ff., der sich zur deutschen Rechtslage auslässt. Daneben wird ZUFFREY Banque ou négociant? 193 ff., 211 f., zitiert.

<sup>1636</sup> Dazu sogleich.

<sup>1637</sup> Dazu sogleich unter dd).

<sup>1638</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 B. 2. (Wiedergabe von Ziff. 2 des EBK-Verfügungsdispositivs).

<sup>1639</sup> Und enthält selbstverständlich auch kein generelles Verbot der Veräusserung von Sanierungsbeständen; dies wäre nicht nur rechtlich unhaltbar, sondern auch volkswirtschaftlich unsinnig; vgl. Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.e).

<sup>1640</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.e).

Das Bundesgericht erwähnt diesbezüglich ausdrücklich, dass dieses Konzept auch gemäss Stellungnahme der EBK den Anforderungen des BankG entspreche. Diese Lösung bedeutet konkret, dass ein Verkauf durch den Handel erst zulässig ist, wenn die Geschäftseinheit «Sanierungen» keinen relevanten Wissensvorsprung mehr hat.<sup>1641</sup>

Daraus folgt nun aber zwingend, dass das Bundesgericht «*Chinese Walls*» zwischen dem *Eigenhandel und der Sanierungsabteilung*, soweit es um die *Veräusserung von Aktien aus Sanierungsbeständen* geht, als ungenügend betrachtet bzw. dass selbst bei Vorliegen von «Chinese Walls» in diesem Falle eine Wissenszurechnung erfolgen würde. Denn sonst käme es für die Frage, ob der Sanierungsbestand durch den Eigenhandel verkauft werden darf, nicht darauf an, welches Wissen bei der Business-Unit «Sanierungen» vorhanden ist, bzw. könnte die (Eigen-)Handelsabteilung die Effekten verkaufen, solange nur sichergestellt wäre, dass sie wissensmässig von den Business-Unit «Sanierungen» abgeschottet ist.

Der Grund für dieses «Misstrauen» gegenüber einer «Chinese Wall»-Lösung in diesem Fall liegt darin, dass es sich hier um eine der Konstellationen handelt, in welchen, wie die EBK sich ausdrückt, «im Auftritt ... gegen aussen» das Wissen einzelner Abteilungen der *ganzen* Bank zuzurechnen ist.<sup>1642</sup> Damit ist der Bezug zur vorne erwähnten Konkretisierung des Funktionsschutzes hergestellt<sup>1643</sup>, die neuerdings insbesondere auch auf die Wahrnehmung des Verhaltens der Bank durch Aussenstehende abstellt.<sup>1644</sup> Denn rein materiell müsste eine sichere «Chinese Wall»-Lösung an sich den Anforderungen des Rechts genügen, wenn nicht die Ansicht bestünde, dass das *fehlende Vertrauen des Publikums* in solcherlei Wissensabschottungen diese als ungeeignetes Mittel zur Vermeidung von bedeutenden Interessenkonflikten erscheinen lässt.

<sup>1641</sup> Dabei muss es sich nicht um einen solchen im Sinne von Art. 161 StGB handeln, es genügt auch ein Wissensvorsprung, der die Voraussetzungen des Insiderstatus nicht erfüllen würde, siehe dazu ausführlich hinten S. 377 ff.

<sup>1642</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d aa).

<sup>1643</sup> Vorne S. 371 ff.

<sup>1644</sup> Dazu vorne bb).

Die vom Bundesgericht vertretene Auffassung setzt zwingend auch voraus, dass oberste Geschäftsleitung und Compliance einer Bank «*across the wall*» sind, da nur so die Einhaltung der vorne genannten Weisungen – z. B. mittels «*restricted lists*» – überhaupt gesichert werden kann. Im Ergebnis vertritt das Bundesgericht damit die gleiche Auffassung wie die EBK.

ee) Grosse Relevanz von «Chinese Walls» für die Wissenszurechnung auch ausserhalb des Insiderstrafbereichs

Aufgrund der Literatur<sup>1645</sup> könnte z. T. der Eindruck entstehen, «Chinese Walls» und Wissenszurechnung seien vor allem im Anwendungsbereich von Art. 161 StGB relevant. Da in diesen Fällen die Lösung des Konflikts zwischen Abschottung und Wissensweitergabe oftmals – aber nicht immer – eher einfach ist, da dort «Chinese Walls» nur das noch rein *faktisch* absichern, was strafrechtlich ohnehin gilt, fallen in insiderrechtlichen Abhandlungen die Ausführungen zum Verhältnis zwischen «Chinese Walls» und Wissenszurechnung denn auch relativ knapp aus.

Gerade der Biber-Fall ist aber ein wichtiges Beispiel dafür, dass «Chinese Walls» als Mittel zur Vermeidung von Interessenkonflikten gerade auch und insbesondere *ausserhalb des Anwendungsbereichs der Insiderstrafnorm* sehr relevant sein können. Denn «[m]it Recht stellt die Bankenkommission ... an das Verhalten der Bankorgane höhere Anforderungen, als sie für das Erfüllen des Straftatbestandes von Art. 161 StGB vorausgesetzt werden. Ein Verhalten kann auch dann treuwidrig und aufsichtsrechtlich unzulässig sein, wenn noch keine strafbare Handlung vorliegt.»<sup>1646</sup> In casu beruhte der Informationsvorsprung nämlich auf Wissen, das auch ein Dritter «mit Anstrengung» hätte erlangen können,<sup>1647</sup> einer «Kenntnis,

<sup>1645</sup> Z. B. BUCK 499 ff.; z. T. auch HOFSTETTER Interessenkonflikte. Beide betrachten den Konflikt zur Hauptsache bzw. schwergewichtig vor dem Hintergrund der Insiderproblematik.

<sup>1646</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.b).

<sup>1647</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 6.b), FORSTMOSER Insiderstrafrecht 131, folgend.

die von Finanzanalysten aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen erschlossen werden» konnte.<sup>1648</sup> Eine solche ist *keine vertrauliche Tatsache* i.S. von Art. 161 StGB. Verkauft eine Bank nun Aktien, ohne im Besitze von strafrechtlich relevanten Insiderinformationen zu sein, kann aber immer noch ein Verstoss gegen das zivil- und aufsichtsrechtliche Gebot des Handelns gegen Treu und Glauben vorliegen, so «jedenfalls» dann, wenn sich die Bank «bewusst ist, dass ein erhebliches kursrelevantes Informationsgefälle zwischen ihr und *denjenigen Kreisen* besteht, welche tatsächlich die Aktien kaufen.»<sup>1649, 1650</sup>

Auch die von der EBK kritisierte<sup>1651</sup> Praxis des Bundesgerichts – zur zu eng gefassten – Insiderstrafnorm, die etwa Gewinnwarnungen nicht als tatbestandsrelevante Sachverhalte betrachtet, führt dazu, dass ein grosser Teil des missbräuchlichen Ausnützens von Informationsvorsprüngen nicht unter Art. 161 StGB fällt und der Einsatz von «Chinese Walls» somit nicht bloss dem faktischen Absichern des strafrechtlich ohnehin Gültigen dient.

<sup>1648</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 6.b).

<sup>1649</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 6.b). Der vom Verfasser hervorgehobene Passus «denjenigen Kreisen» ist deshalb wichtig, da das Bger. a. a. O. im unmittelbar vorausgehenden Absatz ausführte, eine Kenntnis, die von Analysten aus öffentlich zugänglichen Informationen geschlossen werden könne, sei nicht strafrechtlich relevant, «auch wenn sie den Kleinanlegern möglicherweise nicht bekannt ist». Offensichtlich geht das Bger. davon aus, dass vor allem Retailanleger als Käufer der Biber-Aktien aufgetreten sind, eine Darstellung, die in Äusserungen von verschiedenen Bankvertretern gegenüber dem Autor als unzutreffend bezeichnet oder allenfalls in dem Sinne modifiziert wurde, dass es «Spielernaturen» waren, die auf die Sanierung der Biber-Aktien durch die Banken gehofft hatten, welche als Käufer der spekulativen Papiere aufgetreten waren.

<sup>1650</sup> Auch ROBERTOS/MATHYS 752 begrüßen es, dass im Biber-Entscheid nicht darauf abgestellt wurde, ob die fraglichen Kenntnisse vertraulich waren oder nicht.

<sup>1651</sup> Siehe jüngst die Ausführungen von FRANZ STIRNIMANN, Vizedirektor EBK, anlässlich der Pressekonferenz der EBK vom 25. 4. 2002 zum Thema «Marktaufsicht – Möglichkeiten und Grenzen» (www.ebk.ch): «Die EBK muss daher [wegen der restriktiven Praxis des Bger.] regelmässig davon absehen, Strafanzeigen zu erstatten, auch wenn klare Beweise für das Ausnützen von entsprechenden Insider-Informationen vorliegen. Sie befürwortet deshalb eine Revision der zu engen Insiderstrafnorm.» Die Auslegung strikte nach Gesetzeswortlaut durch das Bger. ist aufgrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes nicht zu beanstanden. Dass die EBK als Finanzmchtaufsichtsbehörde eine andere Gewichtung vornimmt, ist indes verständlich. Siehe dazu sogleich.

Dies alles zeigt deutlich die Notwendigkeit, «Chinese Walls» (auch) ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 161 StGB mit der Wissenszurechnung abzustimmen.<sup>1652</sup>

### c) Fazit

Dem Fall Biber kann folgendes Fazit zum *aufsichtsrechtlichen*<sup>1653</sup> *Status quo* von «Chinese Walls» in der Schweiz entnommen werden:

- «Chinese Walls» sind *grundsätzlich* geeignet, Informationsflüsse zwischen verschiedenen Abteilungen einer Bank in aufsichtsrechtlich relevantem Sinne zu begrenzen.
- Damit sind sie – unter Vorbehalt des Nachfolgenden – *im Prinzip* ein taugliches Mittel, um die aufgrund des Tätigkeitsbereichs von Finanzdienstleistungsunternehmen nicht vermeidbaren wissensbasierten Interessenkonflikte (seien es solche, die insiderrechtlich relevant sind oder in Konflikt mit der aufsichts- und zivilrechtlichen Treuepflicht stehen) aus der Sicht des Aufsichtsrechts einer Lösung zuzuführen.
- Die Wirkung von «Chinese Walls» ist aufsichtsrechtlich indes nur eine relative.<sup>1654</sup> Die Konsequenz der Relativierung ist, dass unter gewissen besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise im «Auftritt gegen aussen» das «Wissen einzelner Abteilungen ... dem ganzen Unternehmen zugerechnet [wird] ...»<sup>1655</sup> Diesfalls kann der Interessenkonflikt nicht mit «Chinese Walls» gelöst werden. Es handelt sich bei diesen Ausnahmen um die nachfolgenden zwei Fallkonstellationen:
  - (1) Zum einen sind «Chinese Walls» auf der Stufe der obersten Geschäftsleitung unzulässig; denn aufsichtsrechtliche Gründe (Risikomanagement und -kontrolle) setzen voraus, «dass

<sup>1652</sup> Wie diese Abstimmung aufsichtsrechtlich erfolgen soll, wird hinten S. 382 ff. erörtert.

<sup>1653</sup> Zur zivilrechtlichen Bedeutung nachfolgend hinten S. 384 ff.

<sup>1654</sup> «Chinese Walls» sind gemäss vom Bger. wiedergegebener Auffassung der EBK «auf der Stufe der obersten Geschäftsleitung ... nicht mehr vertretbar», Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d aa)

<sup>1655</sup> EBK-Jahresbericht 2000, 85.

an der Spitze der Geschäftsleitung grundsätzlich alle Informationen zusammenlaufen, die für die Führung der Bank und ihren Auftritt als Unternehmen, mithin ihren Ruf, von Bedeutung» sind.<sup>1656</sup> Daraus ergeben sich zwei Konsequenzen:

(a) Die *Geschäftsleitung* darf in einem solchen Fall nicht mehr selbst handeln, wozu auch gehört, dass sie nicht mittels Weisungen auf das Handeln von vom konfliktrelevanten Wissen abgeschotteter Abteilungen Einfluss nehmen darf (z. B., indem sie eine Abteilung anweisen würde, bestimmte Titel zu verkaufen).

(b) *Unterhalb der Geschäftsleitungsebene* können «Chinese Walls» unter dem Vorbehalt der nachfolgend unter (2) besprochenen Konstellation<sup>1657</sup> eingesetzt werden, und Handeln der Bank unter Konflikt ist mithin möglich, soweit die handelnde Abteilung tatsächlich vom problematischen Wissen abgeschottet und auch sichergestellt ist, dass die Geschäftsleitung tatsächlich keinerlei Einfluss auf deren Handeln nimmt.

(2) Ein reguliertes Finanzdienstleistungsunternehmen kann sich generell dann nicht auf «Chinese Walls» berufen, wenn es um Informationen über Interessenkonflikte geht, die *so gravierend* sind, dass ein Handeln unter Interessenkonflikt (auch wenn dieses Handeln durch eine abgeschottete Business-Unit, die vom Konflikt tatsächlich keine Kenntnis hat, erfolgt) *den Ruf* (die Integrität) *des Finanzintermediärs in relevanter Weise beeinträchtigen würde*. Denn wo ein Konflikt so ausserordentlich bedeutsam ist, dass das Publikum nicht auf die Wissensseparierung vertraut (z. B. weil es in Anbetracht der Bedeutung der entgegenstehenden Interessen oder der Faktenlage von undichten Stellen in der Informationsschranke ausgeht)<sup>1658</sup>, genügt bereits der blossen An-

*schein*, die blossen «appearance» einer Benachteiligung von Kunden beim Handeln unter Konflikt, um eine Rufschädigung herbeizuführen, auch wenn tatsächlich keine bewusste Benachteiligung vorlag.

- In beiden Fällen sind es die gemäss Gewährsartikel<sup>1659</sup> zu schützende Reputation der Bank und das Ansehen des Finanzplatzes (Funktionsschutz), die es hier gebieten, «Chinese Walls» nicht bzw. nur beschränkt einzusetzen.
- Das «Informationsmanagement in der Führungsspitze muss sicherstellen, dass Interessenkonflikte, die das ganze Unternehmen betreffen, erkannt werden».<sup>1660</sup> Dies setzt voraus, dass Informationen über sich abzeichnende, potentielle Konfliktsituationen, die für den Ruf der Bank von gewährsrelevanter Bedeutung sein können, an der Spitze derselben zusammenlaufen, dorthin «eskaliert» werden. Je anfälliger bestimmte Bereiche auf Interessenkonflikte sind, desto umfangreicher muss der entsprechende Informationsfluss sein. Denn nur so kann gegebenenfalls die Verhaltensweise des Gesamtunternehmens in Einklang damit gebracht werden, dass konfliktrelevantes Wissen unter Umständen und ausnahmsweise dem gesamten Unternehmen zugerechnet wird, was zur Folge hat, dass sich die Bank in ihren Handlungsmöglichkeiten einzuschränken hat.
- Die genannten Prinzipien gelten dabei nicht nur für einzelne Banken, sondern auch für den Bankkonzern. Damit wird für reputationssensitive konfliktbezogene Informationen ein Informationsaustausch statuiert, der hier seine Grundlage nun nicht in den Anforderungen der konsolidierten Überwachung hat,

schen Person in eine Beratungs- und in eine Revisionsabteilung – thematisiert mit dem Begriff «Chinese Walls» – funktioniert allein schon deshalb nicht, weil diese Trennung nicht verhindern kann, dass die Revisionsstelle als eine juristische Person nicht nur eine wirtschaftliche und juristische Einheit ist, sondern auch einheitliche Interessen verfolgt, denen alle Mitarbeiter loyal verpflichtet sind.» (Hervorhebung eingefügt.) Gleiches gilt auch in Konzernverhältnissen, etwa aufgrund der Abhängigkeit der «total compensation» von Kadermitarbeitern vom Erfolg der Gruppe.

<sup>1656</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d aa) in Wiedergabe der Begründung der EBK.

<sup>1657</sup> Nächster Absatz.

<sup>1658</sup> Das gleiche konzeptionelle Problem ansprechend, HANDSCHIN Unabhängigkeit der Revisionsstelle 346: «Die absolute interne Trennung innerhalb einer juristi-

<sup>1659</sup> Für Banken Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG und für Effektenhändler Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG.

<sup>1660</sup> EBK-Jahresbericht 2000, 85.

sondern, wie bereits erwähnt, der gewährsrelevanten Pflicht<sup>1661</sup> zur Interessenkonfliktvermeidung bzw. -bewältigung.

Das Schlussfazit aus dem Biber-Fall lautet mithin dahin gehend, dass «Chinese Walls» zur Bewältigung von gewöhnlichen Interessenkonflikten geeignet sind, nicht jedoch für (interessenkonfliktbezogene) Informationen, «die für die Führung der Bank und für ihren Auftritt als Unternehmen, mithin ihren Ruf» relevant sind.<sup>1662</sup> Wird das konfliktrelevante Wissen der Bank als Ganzes zugerechnet, gilt aufgrund des Funktionsschutzzweckes von BankG und BEHG grundsätzlich: Die Bank muss sich so verhalten, dass es wegen des Interessenkonfliktes nicht zu Benachteiligungen von Kunden kommt<sup>1663</sup>.

## V. Verhältnis aufsichtsrechtlicher zu privatrechtlicher Bewältigung von Interessenkonflikten und damit verbundener Wissenszurechnungsprobleme – zugleich Fazit zu § 3

### 1. Überblick

Der Biber-Entscheid ist direkt nur von aufsichtsrechtlicher Bedeutung. Nachfolgend soll geprüft werden, ob und falls ja welche Interdependenzen zum Zivilrecht bestehen.

Mit dem Biber-Urteil<sup>1664</sup> wurde in der Schweiz erstmals höchstichterlich bestätigt, dass «Chinese Walls» geeignet sind, den Informationsfluss bei Banken derart zu beschränken, dass diese zur Bewältigung (wissensbasierter) Interessenkonflikte verwendet werden können. Das Bundesgericht statuierte dabei jedoch die Aus-

<sup>1661</sup> Für Banken Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG und für Effekthändler Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG.

<sup>1662</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d aa).

<sup>1663</sup> Vgl. auch die Ausführungen von ROTH zu Interessenkonflikten, wonach die «Gefahr einer Benachteiligung der Kunden» ausgeschlossen sein müsse, ROTH Art. 11 BEHG N 158.

<sup>1664</sup> Vgl. dazu ausführlich vorne S. 369 ff.

nahme, dass, vereinfacht ausgedrückt<sup>1665</sup>, Interessenkonflikte, die sich in grundlegender Weise auf den Ruf einer Bank auswirken können, nicht mit «Chinese Walls» gelöst werden können.

Daraus ergibt sich: Das schweizerische Finanzmarktaufsichtsrecht begreift «Chinese Walls» *nicht nur* als «physische» Informationssperren, die einen (vorab zur Vermeidung der Verletzung der Insidernorm) nicht erwünschten Informationsfluss *de facto* ver- oder zumindest behindern, sondern qualifiziert sie als *Instrumente von materiell-aufsichtsrechtlicher Bedeutung*: Bei ordnungsgemäss (d. h. unter Beachtung der durch das Bundesgericht vorgenommenen Relativierung der Wirkung von «Chinese Walls») implementierten «Chinese Walls» *darf* eine Bank unter Interessenkonflikt handeln, ohne die Gewähr einwandfreier Geschäftsführung gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG bzw. Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG (und letztgenannte Norm noch speziell konkretisierende Bestimmung von Art. 11 Abs. 1 lit. c BEHG) zu verletzen.

In welchem Verhältnis steht dieser aufsichtsrechtliche Befund nun zur privatrechtlichen Pflichtenlage des Finanzintermediärs?

### 2. Verhältnis zwischen aufsichtsrechtlicher Konfliktlösung und zivilrechtlicher Bewältigung von wissensbasierten Interessenkonflikten

a) Das Problem auf den Punkt gebracht: *It is one thing ...*

LOSS/SELIGMAN umreissen den Kern der vorliegenden Problematik, nämlich inwiefern aufsichtsrechtlich sanktionierte Instrumente vor dem Vorwurf der Verletzung privatrechtlicher Pflichten schützen können,<sup>1666</sup> mit folgenden einfachen und klaren Ausführungen:

<sup>1665</sup> Ausführlich dazu vorne S. 379 ff.

<sup>1666</sup> Im nachfolgend erwähnten Slade-Fall ging es um einen zivilrechtlichen Anspruch von Kunden von Shearson, welche als Investmentbank für Tidal Marine tätig war und in ihrer Corporate-Finance-Abteilung über Informationen à la baisse verfügte, und trotzdem Aktien von Tidal Marine durch das Brokerage ihrer Retailkundschaft empfahl, welche so einen Schaden erlitt. Shearson machte dabei erfolglos die «Chinese Wall»-«Defense» geltend, welche vom Gericht unter Berufung auf das «disclose or abstain»-Prinzip verworfen wurde; 517 F.2d 398 (2d Cir. 1974), siehe die Zusammenfassung bei LOSS/SELIGMAN 941; vgl. zu diesem Fall

«Even if a securities firm's «wall» is found to be airtight, that very quality will inevitably result in its salespersons innocently «bulling» to «widows and orphans» stock that they would not touch if they knew what the underwriting personnel knew. Surely it cannot be assumed that agency law would not attribute the underwriting personnel's knowledge to the firm – how else can a corporation or other firm «know» anything? – and the firm is thus selling stock ... with respect to which the firm as tippee has material information of a «bearish» nature. A firm that followed the Merrill Lynch model soon learned that these are not academic questions. The «schoolmaster» was *Slade v. Shearson, Hammill & Co., Inc. ...*»<sup>1667</sup>

In ihrem kurzen Kommentar zu diesem Urteil brachten *Loss/SELIGMAN* die Problematik auf den Punkt: «The point of the *Slade* case ... is that it is one thing to establish «Chinese Walls» for prophylactic purposes and quite another thing to use them for legal purposes, which is to say, as a defense against liability.»<sup>1668</sup>

b) Schweizerisches Recht

aa) Ausgangslage

Was *Loss/SELIGMAN* zum US-Recht bemerken, gilt auch für das schweizerische Recht: Aus der Tatsache, dass «Chinese Walls» aufsichtsrechtlich zur Lösung von gewöhnlichen, nicht substantiell rufrelevanten wissensbasierten Interessenkonflikten taugen, ergibt sich nicht automatisch, dass dies auch für die privatrechtliche Beurteilung von Interessenkonflikten und (der sich in Anbetracht von «Chinese Walls» stellenden) Wissenszurechnungsfragen gilt.<sup>1669</sup> Was als aufsichtsrechtliche Lösung eines Problems anerkannt ist, muss nicht zwingend auch für dessen privatrechtliche Be-

ausführlich auch *HOFSTETTER* Interessenkonflikte 13f., samt Zitaten aus dem Urteilstext.

<sup>1667</sup> *Loss/SELIGMAN* 940f.

<sup>1668</sup> *Loss/SELIGMAN* 942 Fn.255.

<sup>1669</sup> In dem Sinne kann *HOFSTETTER* Interessenkonflikte 206 nicht gefolgt werden, wenn sie feststellt, «[m]it der Zuordnung und Isolation von Information – gleichsam entlang den regelkonform errichteten Compliance-Informationsschranken – könne abschliessend auch das Wissen als zugeteilt betrachtet werden».

wertung gelten<sup>1670</sup>, obwohl eine solche Übereinstimmung der Wertungen der beiden Teilrechtsordnungen natürlich wünschenswert wäre<sup>1671, 1672</sup>.

Dies folgt bereits daraus, dass der Zweck der anwendbaren Vorschriften ein verschiedener ist. Im Aufsichtsrecht steht nebst dem Funktionsschutz der Schutz der Einleger bzw. Marktteilnehmer in ihrer Gesamtheit im Vordergrund,<sup>1673</sup> im Privatrecht dagegen die Steuerung einer individuellen schuldrechtlichen Beziehung unter weitestgehender Wahrung der Privatautonomie<sup>1674</sup>. Daran ändert nichts, dass Art. 11 BEHG gemeinhin als Doppelnorm, d. h. nicht nur als aufsichtsrechtliche, sondern auch als privatrechtliche Bestimmung, qualifiziert wird. Denn zum einen schafft Art. 11 BEHG in seiner Qualität als Privatrechtsnorm nicht ein den zwingenden auftragsrechtlichen Treuepflichten (generell) vorgehendes Sonderrecht für Banken, zum andern äussert er sich gar nicht zur Wis-

<sup>1670</sup> Es sei denn, dass das öffentliche Recht «zwingend in eine privatrechtliche Ausgestaltung eingreifen» würde, *HAURI* 5. In diesem Fall wird allerdings das betreffende Verhältnis dem Bereich des Privatrechts entzogen, gestützt auf einen bewussten Entscheid des Gesetzgebers. Von einem solchen kann im Bereich der aufsichtsrechtlichen Bewältigung von Interessenkonflikten nicht die Rede sein.

<sup>1671</sup> Vgl. dazu grundlegend hinsichtlich des Verhältnisses zwischen privat- und steuerrechtlichen Wertungen *THOMAS KOLLER* Privatrecht und Steuerrecht insbes. 81 ff.

<sup>1672</sup> Es stellt sich in grundsätzlicher Weise die Frage nach dem Verhältnis zwischen Aufsichts- und Privatrecht, was hier jedoch in Anbetracht der praktisch unbestrittenen Natur von Art. 11 BEHG nicht zu vertiefen ist. Siehe dazu grundlegend *WIEGAND/WICHTERMANN* Einfluss des Privatrechts. Bezüglich der auf Finanzmarkterlasse gestützten, von der EBK wie gerade im Falle der hier besonders interessierenden SBVg-Verhaltensregeln für Effektenhändler oftmals sanktionierten Selbstregulierung grundlegend *WIEGAND/WICHTERMANN* Standesregeln; *URSULA BRUNNER* Rechtsetzung durch Private Zürich 1982. Ausführlich zum Problem auch *BERGER*, Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung 153 ff. Die Interdependenzfrage stellt sich etwa auch im Bereich der Ad-hoc-Publizität, vgl. dazu nur *CHRISTOPH BRUNNER* Liability; *Hsu* insbes. 269 ff., *WIEGAND* Ad-hoc-Publizität. Daneben gibt es Aufsätze, die sich auch mit der Interdependenz zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht befassen, sich dabei jedoch v. a. auf das Verhältnis des Bankengesetzes oder des Börsengesetzes zum Aktienrecht konzentrieren, so etwa *VON BÜREN/BÄHLER*.

<sup>1673</sup> Vgl. etwa *URS ZULAUF* Bankenkommission und Konsumentenschutz – Bank- und Finanzmarktrecht zum Schutz der Konsumenten? *JKR* 1996 131.

<sup>1674</sup> *WIEGAND/WICHTERMANN* Einfluss des Privatrechts 125.

senszurechnung.<sup>1675</sup> Soweit eine solche Stellungnahme zur Wissenszurechnung der Selbstregulierung der Schweiz. Bankiervereinigung entnommen werden kann<sup>1676</sup>, ist darauf hinzuweisen, dass solche Selbstregulierung für den Zivilrichter natürlich nicht bindend ist, von ihm wie andere standesrechtliche Erlasse (z.B. die VSB) i. d. R. zwar berücksichtigt, nicht aber als abschliessende Beurteilung einer (zivilrechtlichen) Frage betrachtet wird.

In einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung beantwortet sich die Frage, ob eine Bank aufgrund eines Interessenkonflikts allenfalls ihre wesentliche Teile der Beziehung zum Kunden erfassende mandatsrechtliche Treuepflicht verletze, ausschliesslich nach privatrechtlichen Regeln, insbesondere denjenigen des Auftragsrechts.<sup>1677</sup> Gemäss der lückenfüllenden bundesgerichtlichen Auslegung von Art. 398 OR und der h.L. folgt aus der Treuepflicht des Mandatars, dass dieser jede Schädigung von Mandanten durch Doppelvertretung oder Selbsteintritt zu vermeiden hat.<sup>1678</sup> Die auftragsrechtliche Treuepflicht verbietet dabei jedoch nicht das Eingehen von potentiell mit fremden oder eigenen Interessen konfligierenden Pflichten, sondern nur eine daraus resultierende Benachteiligung, gleich wie dies Art. 11 Abs 1 lit. c BEHG explizit ausdrückt. Denn: «Treue meint, alles zu tun, was zur Erreichung des Auftragserfolgs erforderlich sein kann, und alles zu unterlassen, was dem Auftraggeber Schaden zuzufügen vermöchte.»<sup>1679</sup>

<sup>1675</sup> Zur Überprüfbarkeit des von der SBVg «gesetzten» Standesrechts durch die Gerichte siehe am Beispiel der VSB BGE 125 IV 139 ff., grundlegend dazu WIEGAND/WICHTERMANN Standesregeln 28 ff. sowie speziell für die hier angesprochenen SBVg-Verhaltensregeln jüngst BERGER Informationspflicht des Effektenhändlers 69 ff.

<sup>1676</sup> Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes vom 22.1.1997, Art. 8.

<sup>1677</sup> Damit ist natürlich nicht gesagt, dass Aufsichtsrecht nicht u. U. zur Konkretisierung der Berufspflichten bei der Würdigung der privatrechtlichen Rechtslage herangezogen werden kann und i. d. R. wohl auch wird, vgl. dazu das Beispiel der Gewährspflicht HAURI 10f.

<sup>1678</sup> Nur das Kommissionsrecht enthält mit Art. 436 Abs. 1 OR eine Bestimmung zu den Voraussetzungen eines ausnahmsweise zulässigen Selbsteintritts. Vgl. zur analogen Praxis zu Art. 398 OR etwa BSK-WEBER Art. 398 OR N 15; BK-FELLMANN Art. 398 OR N 106; BK-GAUTSCHI Art. 398 OR N 10a.

<sup>1679</sup> BSK-WEBER Art. 398 OR N 8.

Könnte nun – durch eine «Chinese Wall» – sichergestellt werden, dass bei der Erfüllung der Pflichten gegenüber dem Kunden X die mit dieser Erfüllung konfligierenden Pflichten gegenüber einem anderen Kunden Y dem für X zuständigen Verantwortlichen nicht bekannt sind, wäre ein Interessenkonflikt vermieden, da damit «ein objektiv unbeeinflusstes Entscheidungsverhalten des Entscheidungsträgers gewährleistet» ist.<sup>1680</sup> Dies setzt voraus, dass eine «Chinese Wall» geeignet ist, die Wissenszurechnung in *zivilrechtlicher Hinsicht zu determinieren*.

#### bb) Funktionaler Ansatz der Wissenszurechnung erlaubt Berücksichtigung von «Chinese Walls»

Würde man, wie dies von der traditionellen Doktrin vertreten wurde und wird, für das schweizerische Recht weiterhin davon ausgehen, dass das Wissen der Organe das Wissen der juristischen Person ist, so könnte der Interessenkonflikt zivilrechtlich nicht mit «Chinese Walls» bewältigt werden.

Gemäss dem vorne entwickelten Modell der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Organisation beantwortet sich die Frage nach dem Wissen der juristischen Person nach den Kriterien wahrscheinliche Bedeutung der Information, Funktion des Informationsträgers, Steuerbarkeit des Informationsflusses sowie Vertrauenstatbestand/erwarteter Kommunikationsablauf.

Soweit eine «Chinese Wall» nur dazu eingesetzt wird, Informationsflüsse entsprechend den Vorgaben von zwingenden Informationsflussnormen, wie insbes. Art. 161 StGB, zu steuern, scheidet im Falle einer insiderrechtlich relevanten Information eine Zurechnung aus, da das Kriterium der rechtlichen Beherrschbarkeit des Informationsflusses, das ein Unterkriterium der Beherrschbarkeit ist, klar dagegen spricht. Hinzu kommt, dass in einem solchen Fall auch keine berechtigten Erwartungen an die bankinterne und -externe Kommunikation der fraglichen Infor-

<sup>1680</sup> SCHARPF 247.

mation<sup>1681</sup> bestehen<sup>1682</sup>, womit auch das Vertrauenskriterium gegen eine Zurechnung spricht.

Dient die «Chinese Wall» dagegen dem Unterbinden von Informationsflüssen, ohne dass dies aufgrund einer zwingenden Informationsflussnorm wie Art. 161 StGB geboten wäre, nämlich um die *Handlungsfähigkeit der Bank unter Interessenkollision* sicherzustellen, eben wo typischerweise zwar vertrauliche, nicht aber insiderrechtlich relevante Informationen in Frage stehen (Beispiel: Fall Biber), spricht das Kriterium rechtliche Beherrschbarkeit nicht mehr gegen die Wissenszurechnung. Denn ein entsprechender Informationstransfer ist nicht verboten, sondern die Bank unterbindet diesen aus Eigeninteresse. Dass sie dies mit einem Mechanismus bewerkstelligt, dessen grundsätzliche Funktion aufsichtsrechtlich anerkannt ist, wirkt sich nicht auf dieses Kriterium aus. Denn die Bank ist natürlich aufsichtsrechtlich nicht verpflichtet, eine solche Situation mittels «Chinese Walls» zu bewältigen, es stünden ihr auch andere Möglichkeiten offen («disclose or abstain»!).

Also ist für diesen Fall das Zusammenspiel der anderen Kriterien näher zu prüfen. Das Kriterium Bedeutung der Information dürfte in einem solchen Fall regelmässig für eine Wissenszurechnung sprechen. Schwieriger ist die Beurteilung des Kriteriums Funktion des Informationsträgers: Hier könnte argumentiert werden, dass z. B. vom über die vertrauliche Information verfügenden Mitarbeiter der Investment-Banking-Abteilung aufgrund dessen Aufgaben- und Tätigkeitsbereichs auch bei einer ordnungsgemässen Organisation nicht erwartet werden darf, dass er die fragliche Information z. B. an das Private Banking weiterleitet, indem er sich über im Sinne des Aufsichtsrechts ordnungsgemäss implementierte «Chinese Walls» hinwegsetzen würde. Bis zu einem gewissen Masse würde auch das Vertrauenskriterium gegen eine Wissenszurechnung sprechen, nämlich insoweit, als auch seitens der Markt-

<sup>1681</sup> Bzw. deren Verwendung zu Gunsten des Kunden, indem sie in die Beratung einfließen würde.

<sup>1682</sup> Es kommt hier stets zur Anwendung, da der allfällige Begünstigte solcher Informationen zur Bank in einer rechtlich relevanten Sonderverbindung, also mindestens in einem rechtsgeschäftsähnlichen Verhältnis stehen wird.

teilnehmer bekannt ist und damit gerechnet wird, dass Finanzintermediäre nicht nur Art. 161 StGB-relevante, sondern auch andere vertrauliche Informationen (insbesondere wenn solche Informationen ebenfalls von Bankkunden stammen) *nicht abteilungsübergreifend* einsetzen.

Handelt es sich dagegen um eine Information über einen Sachverhalt, der gewichtige Interessen des durch die Treuepflicht geschützten Bankkunden betrifft, wird das Kriterium Funktion in Verbindung mit den diesfalls klar für eine Wissenszurechnung sprechenden Erwartungen an den Kommunikationsablauf (viertes Kriterium) für eine Wissenszurechnung sprechen. Soll dies vermieden werden, kann die Bank oder der Effektenhändler durch Offenlegung ihrer Kommunikationsabläufe, insbesondere der «Chinese Walls» (unter Angabe deren grundsätzlichen Verlaufs etc.), die Erwartungen an die Informationsorganisation in Einklang mit den tatsächlichen Informationsflüssen bringen. Diese Offenlegung ist unter Vertrauensgesichtspunkten bereits relevant, ohne dass deren Inhalt zum Bestandteil einer rechtsgeschäftlichen Absprache erhoben würde, obwohl dies natürlich ebenfalls möglich ist und den Vorteil grösserer Sicherheit bietet.

### cc) Schranken

Allerdings werden – gleichviel, ob die Informationsschranken offen gelegt werden oder nicht – für die Wissenszurechnung nicht in beliebiger Weise errichtete «Chinese Walls» berücksichtigt werden.<sup>1683</sup> *Vielmehr sind die aufsichtsrechtlichen Relativierungen des «Chinese Walls»-Konzepts, wie sie sich aus dem Biber-Entscheid ergeben, zu berücksichtigen.* Daraus folgt, dass trotz etablierter «Chi-

<sup>1683</sup> Auch HOFSTETTER Interessenkonflikte verlangt bezeichnenderweise in ihrer Forderung nach Angleichung der zivilrechtlichen Wissensordnung an die «Informationsordnung innerhalb einer Bank» nur eine Übereinstimmung mit einer «regelkonform» ausgearbeiteten Informationsordnung, op. cit. 206 (Kursivdruck eingefügt), welche sich durch fein ziselierte Durchbrechungen auszeichnet, op. cit. 180 ff., wobei sie allerdings schwergewichtig auf die strafrechtlich relevanten und insofern in der Lösung gerade weniger heiklen Interessenkonflikte eingeht, loc. cit.

nese Wall» die Unterbrechung der Wissenszurechnung unterbleibt, wenn es um Informationen über einen Konflikt geht, der für den «Auftritt» der Bank «als Unternehmen» nach aussen, «mithin für ihren Ruf, von Bedeutung» ist<sup>1684</sup>. Wann ein solcher rufrelevanter Interessenkonflikt vorliegt, ist gemäss dem Biber-Entscheid unter Berücksichtigung der wahrscheinlichen Perzeption des vorgesehenen Verhaltens der Bank durch das «Publikum» zu bestimmen<sup>1685</sup>. Die Berücksichtigung dieser Spezialsituation im Rahmen des Zurechnungsmodells erfolgt hier in erster Linie durch das Kriterium der rechtlichen Beherrschbarkeit: Hier liegt nun eine *regulatorische Vorschrift* vor, die einen entsprechenden Informationsfluss innerhalb der Bank *gebietet*.

Zusätzlich – und in Einklang damit – wird bei rufrelevanten Interessenkonflikten im Markt die – in Antracht der höchstrichterlichen Praxis – berechnete Erwartung bestehen, dass diesbezügliche Informationen der *Bank als Ganze* zugerechnet werden. Dies gilt unabhängig von allfälligen anders lautenden Vereinbarungen, da solche – weil im Bereich der ausnahmsweise unwirksamen «Chinese Walls» zwingend zu beachtendes Aufsichtsrecht verletzend – gemäss Art. 19 Abs. 2 OR unbeachtlich wären.

### 3. Fazit

Die aktuelle und komplexe Problematik der interessenkonfliktrelevanten, vertraulichen Information von Banken belegt: *Der hier postulierte funktionale Ansatz zur Bestimmung der Wissenszurechnung ist* – abgesehen von deren auch positiv-rechtlichen Unhaltbarkeit – überkommenen, *formalen Zurechnungstheorien klar überlegen*. Komplexe, von verschiedensten Teilrechtsordnungen regulierte Tätigkeiten arbeitsteiliger Organisationen wie das Erbringen von Finanzdienstleistungen kann mit formalen Ansätzen keiner *sachgerechten* Wissenszurechnungslösung zugeführt werden. Zudem wäre mit formalen Ansätzen – vorbehältlich gesetzge-

<sup>1684</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.d aa).

<sup>1685</sup> Bger.-Urteil 2A.230/1999 vom 2. 2. 2000 Erw. 5.b).

berischer Eingriffe – aufgrund der gleichzeitigen Anwendbarkeit privat- und öffentlich-rechtlicher Normkomplexe keine *widerspruchsfreie* Regelung der Wissenszurechnung möglich.

# Stichwortverzeichnis

## A

### **Allfinanzunternehmen 306 ff.**

- Beaufsichtigung 307
- Begriff 306
- Wissenszurechnung 301 f.

### **Anlagefonds 305**

- Ausländische Anlagefonds 306  
Fn. 1350
- Schweizerische 306

### **Arbeitsteilung 22 f.**

### **Aufklärungspflichten 310 ff.**

- Begriff 310
- Verhältnis zur Wissenszurechnung  
311 f.
- siehe auch Informationspflichten

### **Ausscheiden**

- des Wissensträger aus der juristischen Person 57 f., 136, 209 ff.

### **Antiselektion 90 Fn. 444**

## B

### **Banken**

- Begriff 304
- Einflussnahme der kreditgebenden Bank auf Geschäftsplan des Kreditnehmers 264
- Haftung der Bank im Emissionsgeschäft 316 ff.
- siehe auch Finanzdienstleistungserbringer, Bankkonzern und Finanzdienstleistungsgeschäft und unter Wissen und Wissenszurechnung

### **Bankgeheimnis 199 f., 330 ff.**

- Auswirkung auf den Informationsfluss im Bankkonzern 333 ff.
- bankinternes Bankgeheimnis 332
- Bedeutung für die Wissenszurechnung im Bankkonzern 338 ff.
- Begrenzung durch den Grundsatz der konsolidierten Überwachung 333 ff.
- und Einfluss auf die Bestimmung der Wissenszurechnung 341 f.

- und wissensbasierte Interessenkonflikte bei Banken und Finanzdienstleistungskonzernen 342 ff.

### **Bankkonto 53 ff.**

### **Bankkonzern 326 ff.**

- Bankgeheimnis und konzerninterner Informationsfluss 333 ff.
- vom Gesellschaftsrecht abweichender Konsolidierungsbegriff 326 ff.
- Vor-Ort-Kontrolle 337 f.
- siehe auch unter Wissenszurechnung

### **Bankkundengeheimnis**

- siehe Bankgeheimnis

### **Bankomat 194**

### **Beratungspflichten 311 ff.**

- Verhältnis zur Wissenszurechnung  
312 f.

### **Besitzerwerb, gutgläubiger 41**

### **Bewegliches System 181 ff.**

### **Bodenkontamination, Wissen um 185 f.**

### **Bösgläubigkeit der juristischen Person 50**

## C

### **Chinese Walls 357 ff.**

- Aufsichtsrechtliche Anerkennung  
359 ff.
- Begriff 357 f.
- Deutschland 362 ff.
- praktische Ausgestaltung 357 f.
- Schweiz 364 ff.
  - und Bankrecht 364
  - und Börsenrecht 365
- Fall «Biber» 369 ff., 379 ff.
- Relevanz ausserhalb des Insiderstrafbereichs 377 ff.
- Status quo der Anforderungen an Banken und Effektenhändler  
379 ff.
- und funktionaler Ansatz der Wissenszurechnung 382 ff., 387 ff.
- UK 361 f.
- USA 359 f.

- Comfort Letter 53 Fn. 249**  
**Compliance-Organisation 357 ff.**  
**Fn. 1555 f.**  
 – Chinese Walls 357 ff.  
 – weitere Massnahmen 357 f. Fn. 1555 f.

**D**

- Datenbanken 98 ff.**  
 – externe 99 f.  
 – interne 98 f.  
**Doppelvertretung**  
 – siehe Interessenkonflikte  
**Durchgriff (im Gesellschaftsrecht) 247 f.**

**E**

- E-Banking 194**  
**Effekthändler 305**  
**Effizienz**  
 – als Wertungselement zur Bestimmung der Wissenszurechnung 138 ff.  
 – Informationskosten der Organisation 142 ff.  
 – bei Trennung von Wissens- und Entscheidungsträgern 142 f.  
 – bei Vereinigung von Wissens- und Entscheidungsmanagement 143 f.  
 – im Verhältnis zu den Informationsbeschaffungskosten 148 ff.  
**Emissionsgeschäft 316 ff.**  
 – und Finanzanalyse und Interessenkonflikte 351 f.  
 – siehe auch IPO  
**Empfangstheorie 15 f.**  
 – und E-Mail-Benutzung 16 Fn. 62  
**Erwarteter Kommunikationsablauf 201 ff.**

**F**

- Fiktionstheorie 41 f.**  
**Finanzanalyse 319, 343 Fn. 1499**  
**Finanzdienstleistungserbringer 303 ff.**  
 – nicht prudentiell beaufsichtigte 303 f.  
 – prudentiell beaufsichtigte 303 ff.

- Finanzdienstleistungsgeschäft 310 ff.**  
 – besondere Bedeutung von Information in privatrechtlicher Hinsicht 310 ff.  
 – Information als geschuldete Leistung 310 ff.  
 – Information als Voraussetzung der richtigen Ausführung von Bankgeschäften 313 ff.  
 – besondere Bedeutung von Information in regulatorischer Hinsicht 320 ff.  
 – Bedeutung für die Wissenszurechnung bei Banken und Bankkonzernen 324 ff.  
 – regulatorische Anforderungen an die Informationsorganisation 320 ff.  
 – Vor-Ort-Kontrolle 337 f.  
**Funktion des Informationsträgers 188 ff.**

**G**

- Gebrauchtwagenhandel 27 Fn. 125, 149**  
**Gentestdaten 90 Fn. 445**  
**Gesetzeslücke 111 ff.**  
 – Begriff 115  
 – bei der Bestimmung des Wissens arbeitsteiliger Organisationen 112 ff.  
 – Rechtsfortbildung extra legem 116 f.  
**gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung 79, 116 f.**  
**Girovertrag 313**  
**Grundprinzipien der Privatrechtsordnung**  
 – Effizienz 138 ff.  
 – Erwartungsschutz 152 ff.  
 – Gleichbehandlungsprinzip 117 ff.  
 – *Begriff 117*  
 – *Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen 117 ff., 132 ff.*  
 – Rechtssicherheit 152 ff.  
 – Verkehrssicherheit 152 ff.  
 – Vertrauensschutz 152 ff.

**H**

- Haftung für falschen Rat 264**  
**Handelsrechtliche Stellvertretung**  
 – siehe Wissenszurechnung/Stellvertretung  
**Handlungsvollmachten und Wissenszurechnung 17**

**I**

- Informationsmanagement 4 f.**  
**Informationsorganisation**  
 – allgemein 157 ff., 181 ff.  
 – regulatorische Anforderungen bei Banken und im Bankkonzern 320 ff.  
 – Bedeutung für Wissenszurechnung bei Banken und Bankkonzernen 324 ff.  
**Informationspanne 51 Fn. 239**  
**Informationspflichten**  
 – Aufklärungspflichten 310 f.  
 – Begriff 310 ff.  
 – Beschränkungen durch das Bankgeheimnis 333 ff.  
 – Beratungspflichten 312  
 – im Bankkonzern im Speziellen (konsolidierte Überwachung) 326 ff.  
 – und Wissenszurechnung 5 f.  
 – von Banken etc. gegenüber Finanzmarkt-Aufsichtsbehörden 321 ff.  
**Interessenkonflikte 342 ff.**  
 – Anforderungen an Bewältigung von Interessenkonflikten bei Banken und Effekthändlern 379 ff.  
 – Begriff 344 ff.  
 – Finanzanalyse 350 f.  
 – *regulatorisches Grundschema zur Bewältigung von Interessenkonflikten 354 ff.*  
 – *und Underwriting-Geschäft 351 f.*  
 – *und Vermögensverwaltung 350 ff.*  
 – im Finanzdienstleistungsbereich 345 ff.  
 – *Eigentransaktionen der Bank 353 Fn. 1538, 375 ff.*

- *nicht wissensbasierte Interessenkonflikte 350 ff.*  
 – *Phänomen 345 f.*  
 – *Ursachen 346 ff.*  
 – *wissensbasierte Interessenkonflikte 353 f.*  
 – im Versicherungsgeschäft 98 Fn. 482  
 – und Aufklärungspflichten 345 Fn. 1511  
 – und Chinese Walls 357 ff.  
 – *Erfordernis einer konfliktbewältigenden Wissensorganisation ausserhalb des Anwendungsbereichs des BEHG 371 f.*  
 – *und bankrechtliche Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung 372 f.*  
 – *und gewährrelevante Vertrauenswürdigkeit einer Bank 372 f.*  
 – *Umgang mit Eigenbeständen von Aktien aus Sanierungen 375 ff.*  
 – *siehe auch Chinese Walls*  
 – und (Wohl-)Verhaltensregeln für Effekthändler 355 ff.  
 – rechtliche Voraussetzungen des Entstehens von Interessenkonflikten 344 ff.  
 – Verhältnis aufsichtsrechtlicher zu privatrechtlicher Bewältigung von Interessenkonflikten und damit verbundener Wissenszurechnungsprobleme 382 ff.  
 – Zusammenhang zur Wissenszurechnung 342 ff.  
**Interne Berater und Zurechnung deren Wissens 21**  
**Insichgeschäft**  
 – siehe Interessenkonflikte  
**IPO 53 Fn. 249**  
 – siehe auch Emissionsgeschäft
- J**  
**Juristische Person, Wissen der 39 ff., 132 ff.**  
 – gespeichertes Wissen 134 ff.

- Judikatur 46 ff.
- Kenntnis einer oder mehrerer natürlicher Personen 132 ff.
- Lehre 62 ff.
- tatsächliche Kenntnis 130 ff.
- und Natur der juristischen Person 40 ff.
- wissende Person ist ausgeschieden 136 f.
- Wissenmüssen 130 ff.

**K****Kollektivvertretung und Wissenszurechnung 16 f., 47 Fn. 219****Kollektivorgan einer Gemeindeexekutive**

- siehe Organ einer Stadtregierung

**Konzern**

- aktuelle Kenntnis von Doppelmandatsträgern 279 f.
- Allfinanzkonzern, siehe Allfinanzunternehmen
- als einfache Gesellschaft? 251 f.
- arbeitsteiliges Zusammenwirken als Grund der Wissenszurechnung 269 ff.
- Bankkonzern, siehe dort
- Begriff 239 f.
- Erscheinungsformen 242 f.
- Grundmerkmale 238 ff.
- konzerninterner Leistungsverkehr 271
- Konzernleitungspflicht 259 ff.
- Outsourcing 271 ff.
- personelle Verflechtungen als Grund der Wissenszurechnung 278 ff.
- tatsächliche Einflussnahme als Grund der Wissenszurechnung 263 ff.
- Trennungsprinzip 237 f.
- Versicherungskonzern, siehe dort
- Vertrauenstatbestand als Grund der konzernweiten Wissenszurechnung 284 ff.
- Wissenmüssen von Doppelmandatsträgern 280 f., 281 ff.

- Zulässigkeit der Übertragung von Aufgaben an Konzerngesellschaften 271 ff.
- Zurechnungsprinzipien, allgemeine 243 ff.
  - *Haftung aus Konzernvertrauen* 249 ff.
  - *Haftung im Konzern* 247 ff.
  - *kapitalmarktrechtliche Transparenzpflichten* 251 ff.
  - *Konsolidierungspflicht* 244 f.
  - *Konzernrechnung* 244 f.
  - *Meldepflicht* 253 ff.
  - *Verbot des Erwerbs von Aktien der Muttergesellschaft durch Tochtergesellschaft* 246 f.

**Kreditgeschäft**

- Anforderungen an Informationsorganisation 315

**Kriegsmateriallieferung und Organisationspflichten 262****N****Natürliche Person**

- tatsächliche Kenntnis 126 ff.
- Wissenmüssen 128 f.

**O****Offenlegungspflicht**

- siehe Konzern/Zurechnungsprinzipien/kapitalmarktrechtliche Transparenzpflichten

**Ordnungsgemäße Organisation 157 ff.**

- als Leitmotiv der Wissenszurechnung 162 ff.
  - *dadurch verursachte Modifikation des Kenntnisbegriffs* 168 ff.
  - *Eignung dazu einer Haftungsnorm* 162 ff.
  - *Operabilität* 170 ff.
  - *Problem der Rechtswidrigkeit* 165 ff.
- und Wissenszurechnung 158 ff.
- siehe auch Informationsorganisation

**Organ einer Stadtregierung 51 f.****Organisation**

- als Steuerung von Informationsflüssen 195 ff., 323 f.
  - von Information bei Banken und Bankkonzernen 323 ff.
  - siehe auch ordnungsgemäße Organisation und Informationsorganisation
- Organisationshaftung 172 ff.**
- Organisationsmangel 55, 171 ff., 174 f.**
- Organisationsobliegenheit 178 ff.**
- als dogmatische Grundlage der Wissenszurechnung 178 ff.
- Organisationspflichten 170 ff.**
- Bestimmtheitsgebot 175 ff.
- Organisationsverschulden 170 ff.**
- Organtheorie 40 f., 44 f.**
- Outsourcing**
- bei Versicherungen 102 ff.
  - im Konzern, siehe dort

**P****Personenbegriff 123 f.****Prokura und Wissenszurechnung 17 f.****Prospekthaftung 316 ff.**

- siehe auch Emissionsgeschäft

**Publizität der Informationsorganisation 110****R****Realitätstheorie**

- siehe Organtheorie

**Rechtsscheinerwerb 24****Reputation 263 Fn. 1180****Reputationsrisiken 269 Fn. 1206**

- und konsolidierte Überwachung 336 f.

**S****Schachtrahmen-Fall**

- siehe Organisationshaftung

**Selbstkontrahieren, siehe Interessenkonflikte****Solidarvollmacht und Wissenszurechnung 16****Steuerbarkeit des Informationsflusses 195 ff.**

- technische Beherrschbarkeit 196 ff.
- rechtliche Beherrschbarkeit 199 f.
- Zumutbarkeit/Beherrschungskosten 198 f.

**T****Teilwissen**

- siehe Wissenszusammenrechnung

**Tod**

- des Wissensträgers, siehe Ausscheiden

**Treuhandgesellschaft**

- siehe Wissen/Revisionsstelle (Revisionsgesellschaft)

**U****Übermittlungsfehler 15 Fn. 57****V****Verkehrspflichten 172 f.****Vermögensverwaltung 319****Vermehrungstheorie 15****Versicherer**

- Wissenszurechnung 56 f., 92 ff.

**Versicherungsagent**

- Versicherungsbetrug 98 Fn. 481
- siehe Wissenszurechnung/Versicherungsrecht

**Versicherungsdossier 46 Fn. 217****Versicherungskonzern 29, 56 f., 101 ff.**

- Einsatz von EDV-Systemen und Wissenszurechnung 29 Fn. 132
- objektive Abrufbarkeit von Information 29 Fn. 132, 56 f.
- Wissenszurechnung 56 f., 101 ff.
- siehe auch Datenbanken

**Vertrauensschutz 201 ff.****W****Wahrscheinliche Bedeutung der Information 183 ff.****Werkvertrag 31 Fn. 142**

**Wissen**

- Aktenwissen 46 Fn.217
- aktuelles, des Doppelmandatsträgers im Konzern 279 f.
- ausgeschiedener Organmitglieder und weiterer Personen 57 f., 209 ff.
- delegierter Verwaltungsräte im Konzern 278 ff., 290 ff.
- der Bank 47 Fn.219, 53 ff., 69 f., 71 Fn.340, 308 ff., 314 ff.
- der Generalversammlung 236
- der juristischen Person 46 ff.
- der Revisionsstelle (Revisionsgesellschaft) 53
- des Arbeiters 32
- des Architekten 32
- des Bankdirektors 47 Fn.219, 54
- des Bauführers (Poliers) 33, 37 Fn.165
- des Versicherers 92 ff.
- entsandter Mitarbeiter im Konzern 278 ff., 292 f.
- geschäftliches 59 Fn.276
- gewöhnlicher Mitarbeiter, siehe Wissenszurechnung/Hilfspersonen
- im Konzern 229 ff.
- nicht aktuelles, des Doppelmandatsträgers im Konzern 281 ff.
- privates 59 Fn.276, 206 ff.
- um Sachmängel 16
- von Markenrechtsverletzung 47 ff.
- zufällig erlangtes Wissen 46 Fn.217, 101, 110, 147, 206 ff.
- Wissensaufteilung, Risiko der 86**
- Wissensnorm 6 f.**
- Wissenspeicher 98 f., 134 f.**
- Wissensvertretung 12 f.**
  - Guter Glaube 12
  - Vertragskonsens 12
  - Willenserklärungen 12
- Wissenszurechnung**
  - bei der Bank und im Bankkonzern 53 ff., 308 ff., 338 ff., 387 ff.
  - bei der juristischen Person 39 ff.
    - Deutschland
      - *Lehre* 75 ff.
    - *Rechtsprechung* 57 ff.
    - Schweiz
      - *Lehre* 62 ff.
      - *Rechtsprechung* 46 ff.
  - bei der Vermögensverwaltung 319
  - bei der Stellvertretung 9 ff.
    - *Abgrenzung zu untergeordneten Hilfspersonen* 21
    - *bürgerliche Stellvertretung, in Abgrenzung zur handelsrechtlichen* 17
    - *Doppelvertretung* 23, 50
    - *Empfangsbote* 15 f., 21
    - *Generalvollmacht des Vertretenen* 24
    - *Geschäftsherrentheorie* 11
    - *handelsrechtliche Stellvertretung* 17 ff.
    - *mehrere Vertreter* 16 f.
    - *organschaftliche Vertretung* 47 Fn.219
    - *passive Vertretung und Abgrenzung zu Empfangsboten* 15 f.
    - *Prinzipalwissen* 11
    - *Repräsentationstheorie* 11, 19 f., 27
    - *Spezialvollmacht* 14
    - *Verbot der Doppelvertretung* 14
    - *Vollmachterteilung* 23
    - *Weisungen des Vertretenen* 23
    - *Wissenszusammenrechnung, siehe dort*
    - *Zurechnung des Wissens des Stellvertreters auf den Vertretenen* 11 f., 14 f., 20 f.
    - *Zurechnung des Wissens des Vertretenen auf den Stellvertreter* 11, 13, 20 ff.
  - bezüglich Tathandlungen (in Abgrenzung zu rechtsgeschäftlichem und rechtsgeschäftsähnlichem Verhalten) 10 Fn.28 ff.
  - funktionaler Ansatz und Berücksichtigung von (regulatorischen) Chinese Walls 387 ff.
  - guten Glaubens, bezüglich des 16, 41
  - handlungsabhängige 80
  - handlungsunabhängige 80 f.

- Hilfspersonen, beim Einsatz von 28 ff.
  - *BBC-Entscheid (BGE 109 II 338 ff.)* 29 Fn.132, 47 ff.
  - *Unterlassen von Mängelanzeigen durch Gehilfen* 28 Fn.130
- im Bankfilialnetz 315 f.
- im Emissionsgeschäft und Haftung der Bank 316 ff.
- im Konzern
  - *Beschränkung durch Geheimhaltungspflichten* 287, 289 ff.
  - *formale Ansätze* 235 ff.
  - *funktionaler Ansatz* 237 ff.
  - *gestützt auf arbeitsteiliges Zusammenwirken* 269 ff.
  - *gestützt auf Konzernleitungspflicht?* 258 ff.
  - *gestützt auf personelle Verflechtungen* 278 ff.
  - *gestützt auf tatsächliche Einflussnahme* 263 ff.
  - *nicht gestützt auf Konzernierung als solche* 257 f.
  - *Wissen delegierter Verwaltungsräte* 290 ff.
  - *Wissen entsandter Mitarbeiter* 292 f.
  - *Wissen von Doppelmandatsträgern* 279 ff.
  - *Wissensfluss von Konzernmutter an Konzerntochter* 293 ff.
- im Versicherungsrecht 89 ff.
  - *Abschlussagentenwissen* 95 ff., 107 ff.
  - *Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers* 91 Fn.446, 92 f., 103
  - *Black-List-Informationen* 100
  - *Datenabtausch* 102
  - *dienstlich erlangtes Wissen* 107 f.
  - *Einsatz von EDV* 105, 109, 197 f.
  - *Innendienstwissen* 98 f., 104 f., 109
- Interessenkonflikt des Versicherungsagenten 99 Fn.482
- Organisationsverschulden 106
- Organpersonen 104
- Outsourcing von administrativen Aufgaben 102 f.
- privat erlangtes Wissen 107 f.
- Prokuristen 104
- Seeversicherung 91 Fn.446
- Spartentrennung 91 Fn.448
- Speichermedium, siehe Einsatz von EDV und 109
- Vermittlungsagentenwissen 95 ff., 107 ff.
- Versicherungsbetrug 98 Fn.483
- Versicherungskonzern, siehe dort
- Vertretungsbefugte 104
- Wissen des Versicherers 56 f., 94 ff.
- zentrales Informationssystem 99 f., 197 f.
- zufällig erlangtes Wissen 101, 110
- Zurechnung von Agentenwissen 94 ff.
  - siehe auch Versicherungskonzern und Interessenkonflikte 342 ff.
- Wissenszusammenrechnung 13, 23, 26, 212 ff.**
  - Bösgläubigkeit des Vertretenen 13 f.
  - Einflussnahmemöglichkeit des Prinzipals 26
  - Gutgläubigkeit des Vertreters 13
  - im Verhältnis Vertreterwissen zum Wissen des Vertretenen 13
  - Kriterien zu ihrer Bestimmung 212 ff.

**Z****Zahlungsverkehr 313 f.**

- Anforderungen an Wissensorganisation 314 f.

**Zeichnungsberechtigung 47 Fn.219**