

PD Dr. Sandro Abegglen
Fürsprecher, Bern

Wissenszurechnung im Konzern?

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 142 · 2006 · Heft 1

Stämpfli Verlag AG Bern

Wissenszurechnung im Konzern?*

Von PD Dr. SANDRO ABEGGLEN, Fürsprecher**

A. Einleitung

Viele bedeutsame Gesetznormen machen Rechtsfolgen vom Wissen oder Wissenmüssen abhängig. Dies kann direkt erfolgen, indem sie auf die Bewusstseinslage eines Rechtssubjekts abstellen oder indirekt durch Bezugnahme auf den Willen (z.B. Absicht) einer Person. Man denke etwa an den guten Glauben gemäss Art. 3 ZGB, die Verjährung, Verwirkung, Willensmängelregeln, Rechts- und Sachmängelgewährleistung, Haftungsnormen¹, Aufklärungspflichten oder Anzeigepflichten gemäss VVG. Im Falle von alleine handelnden natürlichen Personen als Adressaten der Wissensnormen stellt sich die Frage der *Wissenszurechnung* nicht: Ob ein urteilsfähiger Mensch etwas wusste, scheint – zumindest nach herkömmlicher Auffassung – keine grundlegenden juristischen Probleme zu stellen und wird als blosser Tatfrage betrachtet.² Anders ist es dagegen bei der Beurteilung des Wissens einer Rechtsgemeinschaft, z.B. einer Kollektivgesellschaft, oder einer Körperschaft, z.B. einer Aktiengesellschaft, oder anderer juristischer Personen wie etwa einer Stiftung. Da diese als Konstrukte des Rechts selber des Wissens nicht fähig sind, bedarf es der Zurechnung von Kenntnis und Kennensollen natürlicher «Wissensträger» auf die – untechnische – Organisation, damit die Wissens-

* Referat vor dem Bernischen Juristenverein am 7. Februar 2005. Der Vortragstil wurde beibehalten und der Apparat beschränkt sich auf ein Minimum. Das Manuskript wurde im Frühjahr 2005 abgeschlossen. Meinen Kollegen Dr. Andreas U. Rüd und lic.iur. Dominic Studer danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und für wichtige Hinweise.

** Rechtsanwalt in Zürich; Privatdozent für Privat- und Handelsrecht sowie Bank- und Finanzmarktrecht an der Universität Bern.

1 Z.B. Art. 41 Abs. 2, Art. 43 Abs. 1, Art. 44 Abs. 2, Art. 99 Abs. 3 OR.

2 Bei richtiger Betrachtung kann auch das Wissen natürlicher Personen lediglich mittels normativer Wertungen beurteilt werden, vgl. dazu ABEGGLEN SANDRO, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Interessenkonflikte und Chinese Walls bei Banken und Wertpapierhäusern, Privatrecht und Finanzmarktrecht, (Habil.) Bern 2004, 126 ff.

normen überhaupt anwendbar werden. Nach welchen Prinzipien die Zurechnung zu erfolgen hat, ist dabei eine Frage, welche bezogen auf Stellvertretungsverhältnisse und juristische Personen seit langer Zeit Lehre und Judikatur beschäftigen.³

Im Folgenden steht indessen nicht die Wissenszurechnung bei der juristischen Person im Vordergrund, sondern die neuere – und im Geschäftsleben vermehrt brisante – Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Konzern Wissen zugerechnet werden könne.⁴ Trotzdem beginnen die nachfolgenden Ausführungen mit Hinweisen zur Wissenszurechnung im Allgemeinen und bei der juristischen Person. Ich zeige dabei in aller Kürze und unter Verweisung auf die diesbezüglichen Ausführungen in meiner Habilitationsschrift,⁵ dass sich das Wissen der juristischen Person nicht nach formalen Prinzipien, sondern funktional bestimmt. Dies ist Voraussetzung, um auf die Frage der Wissenszurechnung im Konzern eine angemessene Antwort geben zu können.

B. Zur Wissenszurechnung allgemein und bei der juristischen Person

Die *Wissensnormen* des schweizerischen Rechts⁶ äussern sich mit Ausnahme von Art. 28 Abs. 2 OR⁷ und Art. 5 VVG⁸ nicht zur

3 Vgl. neuerdings umfassend zur Wissenszurechnung die im Frühjahr dieses Jahres erschienene Dissertation von WALTER MARIA, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Bern 2005 (von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich ausgezeichnete Dissertation des Studienjahres 2003/4); da dieses Werk erst nach Abschluss des Manuskripts erschien, kann darauf abgesehen von kurzen Hinweisen nicht näher eingegangen werden.

4 Die Wissenszurechnung im Konzern ist nicht Gegenstand von WALTERS Dissertation.

5 Zur Wissenszurechnung im Stellvertretungsrecht und bei Einsatz von Hilfspersonen siehe ausführlich ABEGGLEN, Fn. 2, 9–38, bei der juristischen Person op. cit., 39–89, betr. Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht op. cit., 89–110.

6 Das Gleiche gilt im Übrigen mit Ausnahme der stellvertretungsrechtlichen Bestimmung des § 166 BGB sowie der spezialgesetzlichen Normen von §§ 2 Abs. 2 und 19 dVVG für das deutsche Recht.

7 Aus Art. 28 Abs. 2 OR folgt *e contrario*, 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).

8 Art. 5 VVG Art. 5:

«b. Beim Vertragsabschluss durch Stellvertreter

Frage, auf wessen Wissen abzustellen ist, wenn die Normadressaten nicht (selbst handelnde) natürliche Personen sind. Das gesetzgeberische Schweigen auf eine für die Rechtsanwendung wichtige Frage beruht darauf, dass die Wissensnormen vom prototypischen Fall der allein tätigen natürlichen Person als Normadressatin ausgehen. Zurechnungsnormen wie Art. 101 und 55 OR oder Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB (Zurechnung des *Verhaltens* von Organen auf die JP) sind *keine* Wissenszurechnungsvorschriften. Sie legen *nur* fest, wann ein Geschäftsherr für das *Verhalten* einer für ihn tätigen Person haftet, während das Wissen völlig unabhängig vom Verhalten dieser Person relevant sein kann.

Zur umfassenden Lösung der Wissenszurechnung bedarf es deshalb der *Rechtsfortbildung extra legem*⁹. Die Lückenfüllung ist entsprechend Art. 1 Abs. 2 ZGB modo legislatoris vorzunehmen.¹⁰ An anderer Stelle habe ich dabei dargelegt, dass sich die Wissenszurechnung bei juristischen Personen nicht – wie die traditionelle Dogmatik und Judikatur es wollten – nach formalen Kriterien (Organeigenschaft; Stellvertreterposition) bestimmt. Die Wissenszurechnung ist vielmehr funktional, nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation festzulegen.¹¹ Dabei versteht es sich, dass dies in Übereinstimmung mit allgemeinen Grundwertungen des Privatrechts, wie z.B. des Prinzips der Gleichbehandlung natürlicher und juristischer Perso-

¹ Wird der Vertrag durch einen Stellvertreter abgeschlossen, so sind sowohl die erheblichen Gefahrsachen anzuzeigen, die dem Vertretenen, als auch diejenigen, die dem Vertreter bekannt sind oder bekannt sein müssen.

c. Bei der Versicherung für fremde Rechnung

² Bei der Versicherung für fremde Rechnung (Art. 16) sind auch diejenigen erheblichen Gefahrsachen anzuzeigen, die dem versicherten Dritten selbst oder seinem Zwischenbeauftragten bekannt sind oder bekannt sein müssen, es sei denn, dass der Vertrag ohne Wissen dieser Personen abgeschlossen wird oder dass die rechtzeitige Benachrichtigung des Antragstellers nicht möglich ist.»

⁹ Grundlegend zur Rechtsfortbildung im schweizerischen Recht HUWILER BRUNO, Privatrecht und Methode, recht 1999 (Sonderheft), 20 f.; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998, 173 ff.

¹⁰ Vgl. zu den Anforderungen an diese Lückenfüllung etwa TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1995, 42.

¹¹ A.M. WALTER, (Fn. 3) 239 ff., welche dem Organisationskriterium zwar nicht im Rahmen der Wissenszurechnung, indessen aber für die Wissensfeststellung Bedeutung beimisst (op. cit. 260 ff.). Zu WALTERS Lösungsansatz siehe op. cit., 297 ff.

nen,¹² der Effizienz als Wertungselement,¹³ der Rechts- und Verkehrssicherheit und sowie des Vertrauensschutzgedankens¹⁴ zu erfolgen hat. Ohne an dieser Stelle im Einzelnen auf dieses Konzept einzugehen, sei zur Tragfähigkeit ordnungsgemässer Organisation als Leitmotiv der Wissenszurechnung und deren Konkretisierbarkeit das Folgende festgehalten:

Die Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation lässt sich dogmatisch auf eine *auf Treu und Glauben abgestützte Obliegenheit der juristischen Person zur ordnungsgemässen Informationsorganisation* abstützen.¹⁵ Positivrechtliche Grundlätze der Wissenszurechnung ist mithin nicht eine Organisationspflicht, sondern eine Organisationsobliegenheit.¹⁶ Dass Organisationsmängel auch in Fällen, wo keine allgemeinen oder spezialgesetzlichen Normen Organisationspflichten statuieren, zu Rechtsnachteilen in für die dafür Verantwortlichen, mithin tatsächlich vom Bestehen einer Organisationsobliegenheit gesprochen werden kann, wird durch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt. So hielt das Bundesgericht zum Beispiel in einem Urteil aus dem Jahre 2003 fest, dass sich der Kläger, welcher einen Anspruch gestützt auf eine Anscheinsvollmacht gemäss Art. 33 Abs. 3 OR geltend machte, «organisatorische Mängel auf Seiten der Versicherungen» nicht entgegenhalten lassen müsse.¹⁷

Wichtiger als die Begründung ist die *Konkretisierung* der Wissenszurechnung nach dem Leitmotiv ordnungsgemässer Organisation. Im Sinne von Topoi eines *offenen*, beweglichen Systems sind hierfür die Kriterien wahrscheinliche Bedeutung der Information, Funktion des aktuellen Wissensträgers, technische, finanzielle und rechtliche Beherrschbarkeit der Informationsorganisation und, in

12 ABEGGLEN (Fn. 2), 117 ff.

13 ABEGGLEN (Fn. 2), 138 ff.

14 ABEGGLEN (Fn. 2), 152 ff.

15 ABEGGLEN (Fn. 2), 162 f. *De lege lata* ist nicht ersichtlich, worauf sich eine generell (insbesondere ausserhalb rechtsgeschäftlicher und rechtsgeschäftähnlicher Verhältnisse) gültige Wissensorganisationspflicht abstützen liesse; Obliegenheiten im technischen Sinne, als Pflichten minderen Grades, lassen sich dagegen auch ausserhalb rechtsgeschäftlicher Beziehungen auf Art. 2 ZGB abstützen, man denke nur an die Schadenminderungsobliegenheit im Deliktsrecht.

16 ABEGGLEN (Fn. 2), 157 ff.

17 Urteil 5C.244/2002, Erw. 3.2.2 *in fine*.

rechtsgeschäftlichen Beziehungen, zusätzlich der Vertrauensstatbestand heranzuziehen.¹⁸ Dieses funktionale Modell der Wissenszurechnung basiert dabei auf Ableitungen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die bereits mit so frühen Urteilen wie dem bekannten BBC-Entscheid implizit funktionale Ansätze zur Bestimmung der Wissenszurechnung herbeizog.¹⁹ Sogar eine *klare Absage* an die Wissenszurechnung gestützt auf *formale Theorien* (wie z.B. Organtheorie) brachte dann das Bundesgerichtsurteil vom 25. August 2000.²⁰ Und das während der Entstehung meiner Habilitationsschrift ergangene Bundesgerichtsurteil vom 21. August 2001 bezeichnete es dann sogar als «Grundsatz der Wissenszurechnung», dass «eine juristische Person über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhalts verfügt, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation objektiv abrufbar ist»²¹.

C. Wissenszurechnung im Konzern

I. Einordnung des Problems anhand der Rechtsprechung

Zur Illustration der Fragestellung sei kurz der einem neueren Bundesgerichtsurteil²² zugrunde liegende Sachverhalt wiedergegeben:

B.S. – schloss mit der X-Versicherungsgesellschaft im Jahre 1996 eine Kollektivkranken- und Invaliditätsversicherung sowie eine Unfallversicherung ab. Ferner kam im März 1997 mit der Schweizerischen National Lebensversicherungsgesellschaft, einer Tochtergesellschaft der Schweizerischen National-Versicherungsgesellschaft, ein Lebensversicherungsvertrag zustande.

18 Zu Herleitung und Begründung ABEGGLEN (Fn. 2), 157 ff.

19 Gemäss BBC-Entscheid (BGE 109 II 338 ff.) kann von einer Unternehmung, die in Anbetracht der damaligen Weltbekanntheit des Zeichens BBC grossen Wert auf Abwehrmassnahmen gegen ähnliche Abkürzungen von Konkurrenten legt, verlangt werden, «für eine zweckmässige Information innerhalb ihrer Betriebe zu sorgen, damit solche Abkürzungen der für die Wahrung ihrer Firmenrechte zuständigen Abteilung gemeldet werden».

20 Ausführlich dazu ABEGGLEN (Fn. 2), 53 ff.

21 Es handelte sich dabei um einen versicherungsrechtlichen Entscheid. Ausführlich dazu ABEGGLEN (Fn. 2), 56 ff., und insbesondere, 111 ff.

22 BGer 5C.104/2001.

Am 4. Juli 1997 verlangte B.S. – von der X-Versicherungsgesellschaft infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit die Ausrichtung von Krankentaggeldleistungen. Diese wurden ihm verweigert, weil der Antrag zum Versicherungsvertrag unzutreffende Angaben zu seinem Gesundheitszustand enthalte; der Antragsteller habe verschwiegen, dass er wegen Rückenbeschwerden in ärztlicher Behandlung gewesen sei. Zugleich erklärte der Versicherte den Rücktritt vom Versicherungsvertrag wegen Anzeigepflichtverletzung.

Im Oktober 1997 beanspruchte B.S. – infolge seiner Erwerbsunfähigkeit sodann Leistungen aus der Lebensversicherung. Auch die X-Lebensversicherungsgesellschaft trat im November 1997 unter Hinweis auf die verschwiegenen Rückenleiden (Lumboischalgien und Diskushernie) vom Lebensversicherungsvertrag zurück und verweigerte die Erbringung von Versicherungsleistungen.²³

Für das Verständnis des Urteils ist Art. 6 VVG von zentraler Bedeutung; entsprechend enthält das Bundesgerichtsurteil eine gute Zusammenfassung des zentralen Gehalts von Art. 6 VVG.²⁴

«Gemäss Art. 6 VVG ist der Versicherer nicht an den Vertrag gebunden, wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat und der Versicherer binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrag zurücktritt.

Nach der Rechtsprechung beginnt die vierwöchige Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab welchem der Versicherer vollständig über die Anzeigepflichtverletzung orientiert ist, d.h. darüber sichere, zweifelsfreie Kenntnis erlangt hat (BGE 118 II 333 E. 3a S. 340 mit Hinweisen; un veröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 18. März 1994 i. S. Z., E. 2 [5C.229/1993]). Dieses Wissen kann er auch erlangen, wenn er zuverlässige Kunde von Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf eine Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt (BGE 119 V 283 E. 5a S. 287). Nicht ausreichend sind dagegen bloss Vermutungen, die als wahrscheinlich erscheinen lassen, der Versicherungsnehmer habe die Anzeigepflicht verletzt (BGE 118 II 333 E. 3a S. 340; 119 V 283 E. 5a in fine S. 287 f.). Anders als Art. 8 Ziff. 3 VVG knüpft Art. 6 VVG ausschliesslich an die tatsächliche Kenntnis des Versicherers um die Anzeigepflichtverletzung an; die Rücktrittsfrist wird demnach

23 BGer 5C.104/2001, A.

24 Mit der Revision des VVG vom 17. Dezember 2004 erfährt auch Art. 6 VVG wesentliche Änderungen, vgl. BBl 2003, 3789 ff.

nicht bereits ausgelöst, wenn er objektiv von einer Anzeigepflichtverletzung Kenntnis haben muss (BGE 118 II 333 E. 3a S. 339). Dagegen setzt der Lauf der Rücktrittsfrist ein, wenn der Versicherer oder sein Vertreter im Zusammenhang mit einem nicht den Versicherungsvertrag betreffenden Rechtsverhältnis Kenntnis von einer Anzeigepflichtverletzung erlangen (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 20. September 2000 i. S. S., E. 3c [B 51/99]).²⁵

Der Versicherte hatte sich darauf berufen, dass die Rücktrittserklärung der X-Lebensversicherungsgesellschaft zu spät erfolgt sei: Gemäss Art. 6 VVG hätte diese innert vier Wochen, nachdem sie von der Verletzung der Anzeigepflicht (Verschwiegen der Rückenbeschwerden anlässlich des Abschlusses der Lebensversicherung) erfahren hat, vom Vertrag zurücktreten müssen. Die Rücktrittserklärung vom November 1997 sei diesbezüglich verspätet, da sich die X-Lebensversicherungsgesellschaft das Wissen ihrer Muttergesellschaft, der X Versicherungsgesellschaft, über die Rückenbeschwerden anrechnen lassen müsse.

Zu dieser Argumentation hatte die Vorinstanz, gemäss BGer Urteil, Folgendes ausgeführt:

Die «Beklagte und ihre Muttergesellschaft [seien] zwei verschiedene Rechtsobjekte, weshalb eine Erklärung gegenüber der Muttergesellschaft keine Wirkung gegenüber der Beklagten [= Tochtergesellschaft] entfalten könne. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Muttergesellschaft das im Juli 1997 erhaltene Schreiben des Klägers an die Tochter hätte weiterleiten und sie über die Anzeigepflichtverletzung hätte informieren sollen. Die Beklagte müsse sich das Wissen der Muttergesellschaft nicht anrechnen lassen.»²⁶

Gemäss Bundesgericht hielt der Kläger dem entgegen,

«dieselben Mitarbeiter seien sowohl für die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft tätig und die X-Gruppe verwende insbesondere ein gemeinsames EDV-System. Gebe man den Namen eines Kunden ein, so würden sämtliche mit ihm abgeschlossene Versicherungsverträge angezeigt. Es müsse angenommen werden, dass Informationen, von denen die eine Gesellschaft Kenntnis erlange, auch der anderen zur Verfügung stünden. Dasselbe ergebe

25 BGer 5C.104/2001, Erw. 4 b).

26 BGer 5C.104/2001, Erw. 4 a).

sich, wenn man auf die Zugangstheorie abstelle. Da die Beklagte den Rücktritt erst im November 1997 erklärt habe, indes bereits früher von der Anzeigepflichtverletzung erfahren habe, sei er verspätet.²⁷

Die Begründung der bundesgerichtlichen Auffassung beschränkt sich dann auf wenige Zeilen, wobei zuerst noch einmal die streitige Frage auf den Punkt gebracht wird:

«aa) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Muttergesellschaft der Beklagten im Juli 1997 auf Schreiben des Klägers hin die Erbringung von Vertragsleistungen verweigert hat und unter Hinweis auf die Anzeigepflichtverletzung fristgerecht vom Kollektivkranken- und Invaliditätsversicherungsvertrag zurückgetreten ist. Streitig ist dagegen, ob diese Anzeigepflichtverletzung, die im Verschweigen von früher aufgetretenen Rückenbeschwerden besteht, auch der Beklagten als Wissen zuzurechnen war und sie demgemäss hätte veranlassen müssen, binnen der Vierwochenfrist vom Vertrag zurückzutreten, oder ob die Vierwochenfrist erst nach Erhalt des an die Beklagte gerichteten klägerischen Schreibens vom Oktober 1997 zu laufen begonnen hat.

Die Vorinstanz hat aufgrund ihrer Rechtsauffassung die vom Kläger angerufenen Beweismittel von vornherein als unerheblich betrachtet und namentlich auf die rechtliche Eigenständigkeit der Beklagten und ihrer Muttergesellschaft verwiesen.

bb) Diese Sichtweise greift indessen zu kurz. Sollte sich herausstellen, dass – wie der Kläger im kantonalen Vergleich behauptet hat – 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. 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 (BGE 109 II 338 E. 2b S. 342 F.; JÄGGI, Berner Kommentar, N. 140 zu Art. 3 ZGB; WÄTTER, Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: Festschrift Kleiner, Zürich 1993, 137; ULRICH LEPTIEN, in: Soergel, [Hrsg.] Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Stuttgart 1999, N. 9 zu § 166 BGB; WOLFGANG VOIT, in: Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1999, N. 9 f. zu § 20 VVG). Träfe die klägerische Behauptung zu, dass die in Frage kommenden Mitarbeiter der Muttergesellschaft, die im Juli 1997 von

27 BGE 5C.104/2001, Erw. 4.a) *in fine*.

der im Verschweigen der Rückenbeschwerden liegenden Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erlangt haben, auch für die Beklagte tätig gewesen sind, so wäre das damals erlangte Wissen auch der Beklagten zuzurechnen gewesen und hätte demnach die Rücktrittsfrist entsprechend früher zu laufen begonnen.

cc) Indem die Vorinstanz die vom Kläger angerufenen Beweismittel von vornherein als unerheblich erachtet hat, hat sie diese Rechtslage verkannt und demnach Bundesrecht verletzt. Die Berufung ist daher teilweise gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und zur Vervollständigung des Tatbestandes und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 64 Abs. 1 OG; BGE 127 III 257 E. 5b S. 264).²⁸

Anders als das höchste Gericht kann sich die Lehre, wenn es um die Begründung einer Novität wie der Wissenszurechnung im Konzern geht, nicht so kurz fassen, da die Frage doch zahlreiche Aspekte aufweist (dafür ist bezeichnend, dass das Bundesgericht, mit nunmehr weitergehender Differenzierung, in einem sehr ähnlich gelagerten Fall aus dem Jahr 2002 eine Wissenszurechnung ablehnte²⁹). Dies gilt umso mehr, als der für die Begründung des Urteils referenzierte, bekannte BBC-Entscheid nicht den Fall einer konzernweiten Wissenszurechnung betroffen hatte.³⁰

Die *deutsche Rechtsprechung* hat sich mit der Frage der Wissenszurechnung im Konzern nur vereinzelt befasst, so etwa im bekannten³¹ «Knie-Operationfall»³², wo sich das Problem stellte, ob sich eine Versicherungsgesellschaft das Wissen über eine Vorerkrankung des Versicherungsnehmers einer mit ihr im Konzern verbundene 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 beim Versicherungsnehmer den Eindruck erweckt hatte,

28 BGE 5C.104/2001, Erw. 4.c).

29 BGE 5C.205/2002.

30 BGE 109 II 338 ff. Jedenfalls geht aus dem Urteil nichts hervor, was auf das Bestehen einer Konzernthematik hindeuten würde.

31 Vgl. etwa die Erörterungen des Entscheids durch BAUM MARCUS, Die Wissenszurechnung, Berlin 1999, 463 ff., sowie DREXL JOSEF, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 1997, 495 f.

32 BGH VersR 1993, 1089 ff.

dass innerhalb des Konzerns anfallende Daten einem konzernweiten Datenaustausch unterliegen würden. Es waren mithin bestimmte Erwartungen hinsichtlich Organisation des Wissensmanagements im Konzern geweckt worden.³³ Neben solchen «progressiven», funktionalen Ansätzen betont die deutsche Judikatur oft die Bedeutung der rechtlichen Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften und lehnt eine konzerninterne Wissenszurechnung ab.³⁴

Unter welchen Voraussetzungen kann und soll nun in solchen und ähnlichen Fällen in Konzernverhältnissen Wissen oder Wissen müssen einer Konzerngesellschaft der anderen und damit potenziell dem gesamten Konzern zugerechnet werden? Trotz der weiten Verbreitung konzentrierter Unternehmen hatte sich die schweizerische Lehre bislang nicht ausführlich mit dem Problem befasst,³⁵ weshalb ich an anderer Stelle ausführlich auf die Fragestellung eingegangen bin.³⁶ Die dort erarbeitete Lösung sei hier in aller Kürze vorgestellt.

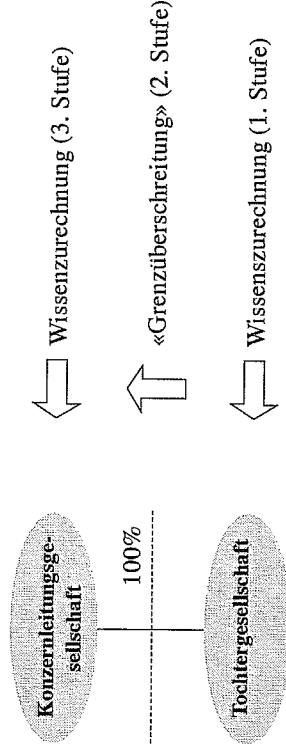
33 Weshalb die Versicherung mit dem Einwand scheiterte, der zuständige Sachbearbeiter hätte in Tat und Wahrheit nur einige Grunddaten über den Versicherungsnehmer bei der anderen Gesellschaft abfragen können, nicht aber allfällige Vorbehalte betreffend Vorerkrankungen.

34 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.»

35 Vgl. die umfassende Literaturübersicht bei ABEGGLEN (Fn. 2), 229 f., insbes. Anm. 1020 f. Dort nicht erwähnt, da erst im Jahr 2004 erschienen, ist BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht 3. A. 2004. BÖCKLI op. cit., 1224 N 446, legt ohne nähere Begründungen folgende Grundlinien fest: Die Obergesellschaft muss sich das Wissen von Untergesellschaften zurechnen lassen, «wenn Doppelorganschaft besteht und die Person, welche in doppelter Stellung tätig ist, in der Untergesellschaft die entsprechende Kenntnis hat». Bei Fehlen von Doppelorganschaft soll der Obergesellschaft sämtliches Wissen zugerechnet werden, das in einem gut organisierten Konzern aufgrund der internen Berichterstattungspflicht gemäss Art. 716 Abs. 2 Satz 2 und Art. 716b Abs. 2 OR zur Obergesellschaft gelangen muss. Weiter plädiert BÖCKLI für Wissenszurechnung aufgrund eines «konkret eingerichteten, besonderen Informationsflusses (Controlling, Konzernbuchhaltung) und im Falle des Erfüllungsgelutens bzw. der Anscheinsvollmacht». Als «weniger sicher, aber doch wohl anzunehmen ist», so BÖCKLI, dass «das ganze relevante Wissen der Untergesellschaft der Konzernspitze zuzurechnen ist, so lange Doppelorganschaft besteht, auch wenn die Person selbst, die in beiden Gesellschaften leitend tätig ist, von der fraglichen Tatsache nachweisbar nichts wusste». Als noch nicht hinreichend geklärt bezeichnet BÖCKLI die Frage der Wissenszurechnung von oben nach unten.

36 ABEGGLEN (Fn. 2), 229 ff.

Dabei bedarf es zunächst der Klarheit darüber, wo das Problem zu lokalisieren ist:



Wie aus dieser Grafik hervorgeht, liegt die Grundfrage einer allfälligen Wissenszurechnung im Konzern darin, ob die formalen Grenzen oder Rechtspersönlichkeiten der einzelnen Konzerngesellschaften zu wahren oder für die Zwecke der Informationszurechnung als durchlässig betrachtet werden dürfen. Dies ist nachgerade zwingende Folge des Konzernbegriffs (Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung von mehreren rechtlich selbstständigen Einheiten)³⁷. Wann eine Einheitsbetrachtung ungeachtet der rechtlichen Vielheit der Konzerngesellschaften einzusetzen habe, ist bekanntlich ein zentrales Thema des Konzernrechts. Klassische Beispiele dafür sind die Konsolidierungspflicht, gewisse Aspekte der Haftung im Konzern oder etwa auch, unter welchen Voraussetzungen der Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch die Tochter dem Erwerb eigener Aktien gleichzustellen ist.³⁸

Wenn die Wissenszurechnung bei der juristischen Person nach richtiger Auffassung nicht mit dogmatisch-formalen Ansätzen gelöst werden kann, gilt dies erst recht für die Wissenszurechnung im Kon-

37 Vgl. nur die Legaldefinition des Konzerns in Art. 663e Abs. 1 OR, allerdings beschränkt auf die Zwecke der Konsolidierungspflicht.

38 ABEGGLEN (Fn. 2), 234 ff., DRUEY/VOEGLI, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 38, bezeichnen die Frage der Einheitsbehandlung im Konzern gar als «das eigentliche Entwicklungsfeld des Konzernrechts». Ausführlich zur Frage, in welchen Konstellationen der die Frage regelnde Art. 659b OR Anwendung findet, HANDSCHIN LUKAS, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 160 ff.

zernrecht. So gibt es etwa kein allgemeines Prinzip, wonach das Wissen des Aktionärs der juristischen Person (oder umgekehrt) zuzurechnen wäre.³⁹

Folglich bedarf die Prüfung der Wissenszurechnung einer Abwägung, inwiefern das konzernrechtliche Trennungsprinzip für die Zwecke der Wissenszurechnung einer Einheitsbetrachtung weichen soll. Um dabei einheitliche Wertungen sicherzustellen, hat sich ein solcher «Wissensdurchgriff» an den vorne genannten anderen Relativierungen des Trennungsgrundsatzes zu orientieren, weshalb im Folgenden die Relativität des Trennungsprinzips, einige allgemeine Zurechnungsprinzipien im Konzernrecht und deren zugrunde liegenden Wertungen kurz angesprochen werden sollen.

II. Allgemeine Zurechnungsprinzipien im Konzernrecht und zugrunde liegende Wertungen

1. Pflicht zur Konzernrechnung

Wenn eine «Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter *einheitlicher Leitung* zusammenfasst] (Konzern), so erstellt sie eine *konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung)*»⁴⁰. Die Konsolidierungspflicht stellt insofern eine Durchbrechung des Trennungsprinzips dar, als die in einem Konzern eingegliederten Unternehmen bei der Rechnungslegung als wirtschaftliche Einheit betrachtet und alle ihre Aktiven und Passiven, Aufwände und Erträge der Muttergesellschaft zugerechnet werden.⁴¹ Die Konsolidierungspflicht besteht gemäss Art. 663e Abs. 1 OR, wenn mehrere Gesellschaften *unter einheitlicher Leitung* verbunden sind. Einheitliche Leitung liegt vor, wenn die Unternehmenspolitik der Untergesellschaft(en) durch die Organe der Obergesellschaft bestimmt wird, sich «die *Leitungsorgane [der Untergesellschaft]* *zumindest nach den Vorstellungen, Plänen oder Anregungen der an-*

39 Vgl. im Einzelnen ABEGGLEN (Fn. 2), 235 ff.

40 Art. 663e Abs. 1 OR. Vgl. dazu ausführlich BÖCKLI 3.A. (Fn. 35) 1097 ff.; VON BÜREN ROLAND, Der Konzern. Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR VIII/6, 2.A. Basel/Frankfurt a.M. 2005, 88 ff.

41 Methode der Vollkonsolidierung.

deren Gesellschaft richten müssen» oder keine *Autonomie in Finanzierungsentscheidungen besteht*.⁴² Es gilt dabei (immer noch) das Faktizitätskonzept, d.h., die einheitliche Leitung muss tatsächlich ausgeübt werden. Das Vorliegen einer nicht wahrgenommenen Beherrschungsmöglichkeit genügt nicht.⁴³

Mit Bezug auf die Pflicht zur Konzernrechnung wird das Trennungsprinzip also durchbrochen, wenn eine tatsächliche Einflussnahme vorliegt und diese von Gesetzes wegen mit rechtlichen Konsequenzen belegt ist.

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

Gemäss Art. 659b Abs. 1 OR gilt das tatsächliche Verbot des Erwerbs eigener Aktien (Art. 659 OR) auch für den Erwerb von Aktien der Muttergesellschaft durch deren Tochtergesellschaften. Die Zurechnung des Erwerbs von Aktien durch Tochter- oder Enkelgesellschaften der Mutter erfolgt dabei bereits dann, wenn die Mutter an der Tochter «mehrheitlich beteiligt» ist. Bedeutsam ist dabei, dass für eine Zurechnung anders als bei der Konsolidierungspflicht bereits die *Möglichkeit* der Einflussnahme genügt.

42 Botschaft des Bundesrates zur Revision des Aktienrechtes vom 23.2.1983, Separatdruck, 74; vgl. dazu etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 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). Vgl. dazu etwa BÖCKLI PETER, Konsolidierungspflicht: Auslösung durch «Control» oder «einheitliche Leitung»? ST 1994, 369 ff., KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, 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. 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 siehe BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, 146 ff.

43 Vergleiche zum Ganzen etwa FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 42) § 51 N 201 ff.

In diesem Anwendungsfall führt bereits die (qua Mehrheitsbeteiligung gegebene) Möglichkeit der Einflussnahme zu einem die formalen Grenzen der Konzerngesellschaften ignorierenden Zurechnungsvorgang.

3. Haftung im Konzern

Auch bei der Haftung im Konzern gibt es Ausnahmen vom Prinzip, jede Konzerngesellschaft stets als separate Einheit zu betrachten.⁴⁴ Die Ausnahmen liegen jedoch selten vor. Zu beachten ist nämlich, dass die Haftung im Konzern in der Regel mit Sachverhalten zusammenhängt, bei welchen die Mutter selber die Haftung begründet hat, z.B. durch Ausstellen von Garantien oder Abgabe von Patro-natsklärungen,⁴⁵ oder bei Beizug der Tochter als Hilfsperson oder wenn die Mutter faktisches Organ der Untergesellschaft ist und sich daraus Verantwortlichkeitsansprüche ergeben. D.h., dass sich der Haftungstatbestand hier unmittelbar, direkt und exklusiv bei der Muttergesellschaft realisiert.

Anders verhält es sich 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.

a. Durchgriff

Der Durchgriff⁴⁶ stellt eine auf Art. 2 Abs. 2 ZGB abgestützte Durchbrechung des Trennungsprinzips zugunsten einer wirtschaftli-

44 Grundlegend zur Haftung im Konzern von BÜREN, Konzern (Fn. 40), 174 ff.

45 Vgl. AEBEGGLEN (Fn. 2), 247 ff. Hier liegt kein Durchgriff vor, da die «Einheitsbehandlung kraft eigener Kundgabe der nahe stehenden Subjekte erfolgt», DRUEY/VOGEL (Fn. 38), 87. Ausführlich zu den verschiedenen Arten von Erklärungen der Muttergesellschaft «zugunsten der abhängigen Unternehmen» siehe von BÜREN, Konzern (Fn. 40), 433 ff.

46 Kritisch gegenüber dem «Durchgriff auf die Obergesellschaft bei faktischer Beherrschung der abhängigen Gesellschaft» von BÜREN Konzern (Fn. 40), 64 ff. Von BÜREN vertritt 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 (Fn. 40), 179 ff., mit einer kurzen Erörterung der mit dem Durchgriff verbundenen grundsätzlichen Probleme (op. cit., 181 ff.).

chen Betrachtungsweise⁴⁷ dar. Die Verpflichtungen bzw. die Haftung einer juristischen Person verschoben sich dabei «auf das hinter der juristischen Einheit sich «versteckende» Subjekt»⁴⁸, i.d.R. den Aktionär⁴⁹. Diese Zurechnung setzt zweierlei voraus: Es muss ein *Abhängigkeitsverhältnis* vorliegen (Allein- oder Mehrheitsaktionär). Zudem muss die «*Abwägung zwischen den Interessen an der Beachtung der formalrechtlichen Lage* [d.h. der Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person] und denen an ihrer Korrektur»⁵⁰ für den Durchgriff sprechen. Folge eines solchen Durchgriffs kann nicht nur die Haftung z.B. der Muttergesellschaft für Schulden ihrer Tochter sein, sondern auch die Zurechnung des Wissens der beherrschten Gesellschaft auf die Mutter bzw., im Falle des umgekehrten Durchgriffs, des Wissens der Mutter auf die Tochter.⁵¹

Ohne darauf im Einzelnen einzugehen,⁵² liegen diesen Durchgriffstatbeständen bei genauer Betrachtung folgende Wertungen zugrunde, welche sich auch für die Wissenszurechnung fruchtbar machen lassen: rechtlich sanktionierte Einflussnahmemöglichkeit und entweder arbeitsteiliges Zusammenwirken, erwecktes Vertrauen oder tatsächliche Einflussnahme.

Fazit: Zieht man die für die Begründung eines Durchgriffs verwendeten Wertungen zur Beurteilung der Wissenszurechnungsfrage

47 Vgl. dazu grundlegend LANZ RAPHAEL, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Bern 2000. Er betrachtet den Durchgriff nicht als Rechtsmissbrauchsproblem, sondern als eine Frage der wertenden «Auslegung der anwendbaren Sachnorm», 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.

48 So plastisch DRUEY/VOGEL (Fn. 38), 38, mit Hinweis auf den für dieses Prinzip im angloamerikanischen Recht gebräuchlichen, ebenfalls sehr plastischen Ausdruck «piercing the corporate veil».

49 Wie auch, wenn allerdings seltener, umgekehrt vom Aktionär auf die Gesellschaft, sog. umgekehrter Durchgriff.

50 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 42), § 62 N 53.

51 So BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl. N 1182, der diesen Sachverhalt in Anm. 32 explizit als «Wissenszurechnung» bezeichnet. Unklar ist, weshalb BÖCKLI a.O. das Beispiel der Wissenszurechnung als Konsequenz des Durchgriffs nur beim umgekehrten, nicht aber bei seiner vorangehenden, ausführlicheren Darstellung des normalen Durchgriffs erwähnt.

52 Vgl. dazu AEBEGGLEN (Fn. 2), 247 ff.

heran, so ergibt sich Folgendes: Eine Zurechnung erfolgt unter der Voraussetzung, dass erstens eine rechtlich sanktionierte Einflussnahmemöglichkeit vorliegt⁵³ und zweitens entweder ein arbeitsteiliges Zusammenwirken⁵⁴, ein Vertrauenstatbestand hinsichtlich der Informationsorganisation⁵⁵ oder eine tatsächliche Einflussnahme⁵⁶ gegeben sind. Schliesslich und drittens ist erforderlich, dass eine 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

Die in der Schweiz seit dem Swissair-Entscheid (BGE 120 II 331 ff.) anerkannte Haftung aus Konzernvertrauen setzt voraus, dass «die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht»⁵⁷. Wenn der Vertrauenstatbestand von der Mutter selbst herbeigeführt wurde, stellt sich die Frage der Zurechnung nicht.⁵⁸ Haftungsbegründendes Verhalten mit Bezug auf eine Vertrauenshaftung kann jedoch auch unterlassenes Eingreifen der Muttergesellschaft sein, wenn eine ihrer Töchter vertrauenserweckende Verhaltensweisen an den Tag gelegt hat, die der Mutter zugerechnet werden. Angesprochen ist damit die (minimale) «Aufsichtspflicht der Konzernleitung über die dem Konzern gehörenden Unternehmen»⁵⁹. Unterlassenes Eingreifen kann aber nur dann zu einer Haftung führen, wenn die Kenntnis vom Verhalten der Tochter

⁵³ Dies ergibt sich aus der vorne im Text erwähnten Voraussetzung eines stimmnässig durchsetzbaren Abhängigkeitsverhältnisses.

⁵⁴ Dies ergibt sich aus der vorne im Text erwähnten Voraussetzung der «Sphären- oder Vermögensvermischung».

⁵⁵ Beim normalen Durchgriff muss ein Vertrauenstatbestand hinsichtlich einer eigenen Verpflichtung, hier ein solcher bezüglich einer bestimmten Informationsorganisation gesetzt werden.

⁵⁶ Siehe ABEGGLEN (Fn. 2), 247 f.

⁵⁷ 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. Dazu eingehend HAUSHEER/JAUN, ZBJV 1999, 401 ff.

⁵⁸ Vgl. vorne S. 14

⁵⁹ VON BÜREN ROLAND, Haftungsgrundlagen im Konzern, SZW 1999, 57.

nach dem ordnungsgemäss implementierten Informations- und Kontrollsystem an die Muttergesellschaft hätte weitergegeben werden müssen.

4. Zusammenfassung

Aus diesen anerkannten Durchbrechungen des Trennungsprinzips lassen sich folgende Kriterien ableiten, welche eine Zurechnung rechtfertigen können: 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 oder Obliegenheit zum Ergreifen solcher Massnahmen besteht; Beherrschungsmöglichkeit u.U. bereits dann, wenn diese aus faktischen Gründen besteht; personelle Verflechtungen.

Diese Kriterien sollen nun für die Wissenszurechnung im Konzern fruchtbar gemacht werden, wobei die darauf basierenden Lösungen mit Wertungen des Konzernrechts übereinstimmen müssen.

III. Anwendung der Zurechnungskriterien auf die Wissenszurechnung im Konzern

1. Überblick

Aus dem Vorangehenden folgt, dass das bloss Vorliegen eines Konzerns ohne zusätzliche Qualifikationselemente nicht zu einer generellen Wissenszurechnung führt. Dies versteht sich schon deshalb, da es ja nach richtiger Auffassung auch innerhalb der juristischen Person keine generelle Wissenszurechnung gibt;⁶⁰ erst recht kann eine solche, ohne dass zusätzliche Voraussetzungen erfüllt wären, nicht die Grenzen der einzelnen Konzerngesellschaften ignorieren.

⁶⁰ ABEGGLEN (Fn. 2) 111 ff.

2. Wissenszurechnung im Bereich der tatsächlichen Einflussnahme

Überall dort, wo in einem Unternehmensverbund einheitliche Leitung vorliegt oder tatsächliche Einflussnahme ausgeübt wird, müssen diese sorgfältig vorgenommen werden. Hieraus leitet sich eine Organisationspflicht ab, die als wichtiges Element die Sicherstellung der adäquaten Informationsorganisation beinhaltet.⁶¹

Wichtig ist, dass in anderen Bereichen, wo keine einheitliche Leitung ausgeübt wird, keine Wissenszurechnung erfolgt, da sonst ja das bloss Vorliegen des Konzerns als Grund der Wissenszurechnung betrachtet würde. In einem bestimmten Geschäftsbereich unterlassene, jedoch mögliche Einflussnahme ist dagegen dort rechtlich relevant und wissenszurechnungsbegründend, wo bei Vorliegen eines Konzerns spezifische Bestimmungen die Einflussnahme auf bestimmte (weitere) Bereiche vorschreiben (oder erstrecken).⁶² D.h., dass im Konzernkontext nicht nur tatsächliche Einflussnahme, sondern auch *die unterbliebene, aber (ausnahmsweise) rechtlich gebotene Einflussnahme* im fraglichen Bereich eine Wissenszurechnung begründen können.^{63, 64}

61 Besonders wichtig sind diese Informationsorganisationspflichten im Bereich der regulierten Industrien (Banken, Versicherungen), aber auch gewisser Industrie-segmente wie etwa des Kriegsmaterialgeschäftes; vgl. dazu den bekannten Von-Roll-Entscheid (BGE 122 IV 103), in welchem solche Organisationspflichten von zentraler Bedeutung waren. Vgl. ABEGLLEN (Fn. 2), 262 und insbesondere Anm. 1176.

62 Insbesondere regulatorische Vorschriften, z.B. aus dem Bank- und Finanzmarktrecht, vgl. dazu ABEGLLEN (Fn. 2), 320 ff. Als ein Beispiel von besonders grosser Relevanz sei die Pflicht des Bankkonzerns zur globalen Kontrolle seiner Risiken genannt; spezielle Pflichten gibt es diesbezüglich nicht nur im Bereich der traditionellen finanziellen Risiken (wie z.B. Marktrisiko), sondern auch beim Reputationsrisiko. So müssen Schweizer Banken die Einhaltung der Geldwäschereivorschriften auf globaler Basis überwachen.

63 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 die Hinweise hinten bei D.

64 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.

3. Personelle Verflechtungen im Konzern als Wissenszurechnungsgrund?

Im vorne erwähnten, für die Wissenszurechnung höchst bedeutsamen Bundesgerichtsurteil vom 21. August 2001⁶⁵ hat das Bundesgericht festgehalten:

«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.»⁶⁶

Die in diesem Zitat enthaltene Grundaussage stimmt mit dem hier vorgeschlagenen Konzept für das Bejahen der Wissenszurechnung im Konzern überein. Allerdings ist sie insofern verkürzt, als das Wissen einer Person, die für die eine Konzerngesellschaft tätig ist, nicht ohne weiteres der anderen Konzerngesellschaft, bei welcher diese Person ebenfalls beschäftigt ist, zugerechnet werden kann. Dazu bedarf es nämlich entweder einer tatsächlichen Bekanntgabe des fraglichen Wissens durch diese Person in der zweiten Gesellschaft oder aber – dogmatisch interessanter – bei fehlendem tatsächlichem Informationsaustausch die Zuständigkeit der fraglichen Person für denselben Bereich der operativen Geschäftsführung.⁶⁷ Durch diese Zuständigkeit für den gleichen Geschäftsbereich wird nämlich nach aussen hin ein rechtlich relevanter Vertrauensstatbestand geschaffen (wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind).⁶⁸ Diesfalls darf ein Dritter darauf vertrauen, dass aufgrund der gleichzeitigen Zuständigkeit einer Person für den gleichen Geschäftsbereich bei zwei Konzerngesellschaften in diesem Bereich relevantes Wissen bei den Gesellschaften zur Verfügung gestellt werde.

65 BGE 5C.104/2001 vom 21.8.2001 Erw. 4.c bb).

66 BGE 5C.104/2001 vom 21.8.2001 Erw. 4.c bb), siehe dazu ausführlich ABEGLLEN, (Fn. 2), 98 ff., mit Hinweisen zu weiteren versicherungsrechtlichen Fällen.

67 Vgl. ABEGLLEN (Fn. 2), 282 ff., mit weiteren Hinweisen.

68 Vgl. CANARIS CLAUDIUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, 490 ff.

4. Weitere Fälle vertrauensbasierter Wissenszurechnung

Weitere Fälle von Wissenszurechnung, welche damit begründet werden, dass gegenüber Dritten das Vorliegen eines Informationsaustausches kundgetan wurde (der dann u.U. in Tat und Wahrheit gar nicht erfolgt), sind Konstellationen, wo eine bestimmte Informationsorganisation mit dem Dritten vereinbart wird. Exemplarisch ist diesbezüglich ein deutscher versicherungsrechtlicher Entscheid, in welchem eine AGB-Klausel, wonach der Versicherungsnehmer mit der konzernweiten Führung von gemeinsamen Datenbanken einverstanden sei und dem konzernweiten Datenaustausch zustimme, nach Auffassung des Gerichts die Erwartung weckte, ein entsprechender Informationsfluss werde tatsächlich stattfinden.⁶⁹

IV. Beweislastverteilung

Will ein Kläger Rechte (z.B. die Verwirkung des Kündigungsrechts der Gegenpartei) daraus ableiten, dass eine Konzerngesellschaft aufgrund von Wissen oder – bei tatsächlichem Unwissen – Wissenmüssen anderer Konzerngesellschaften einen rechtlich relevanten Umstand gekannt habe oder hätte kennen sollen, so trifft ihn diesbezüglich die Behauptungs- und Beweislast. Dies folgt aus dem Grundsatz⁷⁰ von Art. 8 ZGB, wonach demjenigen das Vorhandensein behaupteter Tatsachen zu beweisen obliegt, welcher sich daraus Vorteile verspricht.⁷¹ Er muss somit die Sachverhaltsbehauptungen und Beweisanträge dafür nennen, aus welchen rechtlich folgt, dass Wissen oder Wissenmüssen bei der beklagten Konzerngesellschaft vorgelegen hatte. D.h., ihn trifft die Beweislast z.B. dafür, dass die Sachverhaltselemente eines der vorne genannten Wissenszurechnungstatbestände, z.B. personelle Verflechtung oder eine tatsächliche Einflussnahme, vorlagen. Wichtig ist hier, dass der Zurechnungstatbestand genügend substantiiert behauptet und das für dessen Beweis

69 BGH VersR 1993, 1089 ff.; vgl. dazu auch ABEGGLEN (Fn. 2), 105 Anm. 505.

70 Vorbehältlich spezieller Beweislastregeln; vgl. dazu HAUSHEER/JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003, 270 ff.

71 Vgl. dazu statt vieler: BSK-SCHMID Art. 8 ZGB N 38 m.N.

geeignete Beweismittel, z.B. ein Organigramm betr. Schadenabwicklung, genügend bestimmt bezeichnet wird. Hiefür wird der Kläger ein Editionsbegehren stellen und den Beklagte damit durch das Gericht zur Einreichung der entsprechenden Urkunden auffordern lassen.⁷² Dieses Vorgehen zwingt den Beklagten zur Herausgabe von relevanten Dokumenten, welche die personelle Zuteilung von internen Verfahrensabläufen genau definieren (verweigert der Beklagte die Herausgabe unbefugt, wird der Richter dies im Rahmen der freien Beweiswürdigung in der Regel so würdigen, als ob die Tatsache, zu deren Beweis die Urkunde angerufen wurde, aus dieser hervorgehen würde). Die prozessuale Editionsspflicht beschränkt sich auf für das konkrete Verfahren wesentliche Urkunden. Hilfreich wird in der Regel auch sein, wenn der Kläger anstelle oder in Ergänzung einer Dokumentenedition die (Zeugen-)Einnahme verantwortlicher Personen begehrt. Beruft sich der Kläger auf eine Wissenszurechnung *qua* Vertrauenstatbestand, so trifft ihn die Beweislast hinsichtlich der beiden tatbestandsmässigen Voraussetzungen des Erweckens und der tatsächlichen Inanspruchnahme eines *berechtigten* Vertrauens in das Vorliegen eines institutionalisierten Informationsaustausches durch den Kläger (egal, ob dieser tatsächlich existierte oder nicht).

Im vorne bereits erwähnten Bundesgerichts Urteil⁷³ zeigten sich Aspekte dieser Beweislastverteilung: Schliesst ein Versicherungsnehmer mit zwei verbundenen Versicherungsgesellschaften (Leben/Nichtleben) jeweils eine Police ab, so ist derjenigen Versicherung, welche gestützt auf einen fehlerhaften Antrag die Deckung des eingetretenen Schadens verweigert, das Wissen ihres Agenten anzurechnen, wenn dieser den Fehler aufgrund seiner Tätigkeit für die *andere* Versicherung kannte oder hätte kennen müssen. Das Bundesgericht hat die Wissenszurechnung *in casu* allerdings verneint, weil es dem Kläger unmöglich war, die tatsächlichen Voraussetzungen, welche für eine Wissenszurechnung gesprochen hätten, zu behaupten und beweisen.⁷⁴

72 Im Kanton Bern hat sich dieses Begehren nach Massgabe von Art. 235 ff. ZPO-BE zu vollziehen, im Kanton Zürich sind § 148 i.V.m. § 183 ZPO-ZH relevant.

73 BGE 5C.205/2002, vgl. vorne S. 9 und dort Fn. 29.

74 BGE 5C.205/2002, Erw. 2.3.

V. Spannungsverhältnis zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten

Eine Wissenszurechnung, welche die Grenzen der Rechtsprechung der Konzerngesellschaften überschreitet, steht im Spannungsverhältnis zu den Geheimhaltungs- bzw. Schweigepflichten, welche die Arbeitnehmer und Organe der juristischen Person schulden. Soweit aufgrund solcher Pflichten eine Informationsweitergabe verboten ist, sollte im Grundsatz nicht nur ein tatsächlicher Informationsfluss unterbleiben, sondern es darf auch keine Zurechnung von tatsächlich nicht übermittelter Information erfolgen. Indessen ist zu beachten, dass gerade im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der einheitlichen Leitung im Konzern Durchbrechungen der Schweigepflichten anerkannt sind und dass im Bereich dieser Durchbrechungen die Wissenszurechnung zulässig ist. Ohne darauf weiter einzugehen, lässt sich als Fazit deshalb festhalten, dass die Verschwiegenheitspflichten mit einer richtig definierten, funktional bestimmten Wissenszurechnung nicht kollidieren, da die Wissenszurechnung an Kriterien anknüpft, bei deren Vorliegen grundsätzlich die Verschwiegenheitspflichten durchbrochen sind.⁷⁵

VI. Zusammenfassung

An anderer Stelle habe ich dargelegt, 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 Vertrauensstatbestand konkretisiert.

Dieses für die Zurechnung von Wissen innerhalb einer juristischen Person ausgelegte Zurechnungsmodell kann nicht eine die Grenzen der Rechtspersönlichkeit überschreitende Zurechnung im

⁷⁵ Vgl. ausführlich zum Spannungsfeld zwischen Wissenszurechnung und Geheimhaltungspflichten im Konzern ABEGGLEN (Fn. 2), 289 ff.

Konzern rechtfertigen – andernfalls würde die rechtliche Selbstständigkeit der Konzerngesellschaften gänzlich missachtet.⁷⁶ Für die Bestimmung der Wissenszurechnung im Konzern waren vielmehr spezielle Kriterien zu eruiieren. Diese wurden aus Wertungen abgeleitet, die anderen konzernrechtlichen Zurechnungsnormen zugrunde liegen. Neben der selbstverständlichen Voraussetzung des Vorliegens eines Konzerns im Sinn der Legaldefinition des Art. 663e Abs. 1 OR muss eines der folgenden Kriterien erfüllt sein: rechtlich sanktioniert *und* tatsächlich ausgeübte Einflussnahme oder – selten – Unterlassen *rechtlich gebotener* (und möglicher) Einflussnahme; arbeitsteiliges Zusammenwirken, sofern es sich um ein «Outsourcing» von grundsätzlich der ausgliedernden Gesellschaft obliegenden Aufgaben handelt⁷⁷; qualifizierte personelle Verflechtungen (Doppelmandatsträger für die gleichen operativen Bereiche oder andere Fälle, die besonderes Vertrauen in die Informationsweitergabe erwecken); anderweitiges Schaffen eines konkreten Vertrauensstatbestandes in eine bestimmte Informationsorganisation im Konzern.

D. Insbesondere zur Wissenszurechnung im Bankkonzern

Die Wissenszurechnung im Bankkonzern wurde hier nicht angesprochen.⁷⁸ Dies hat einen gewichtigen materiell-rechtlichen Grund: Aus den aufsichtsrechtlichen Vorschriften und der Praxis zum Bankkonzernrecht ergeben sich, im Vergleich zu gewöhnlichen Konzernnen, noch zusätzliche und andere Zurechnungsnormen⁷⁹. Dies hat zur Folge, dass die hier vorgeführten Zurechnungsvoraussetzungen zu ergänzen bzw. modifizieren sind. Das zeigt sich bereits am unterschiedlichen Konzernbegriff des Finanzmarktrechts. So hat das Bundesgericht zur Beurteilung von aufsichtsrechtlichen Konsequenzen

⁷⁶ So deutlich BGH VersR 1990, 258 f.; BGH VersR 1992, 217 f.: Konzernverbundenheit des Versicherers allein rechtfertigt Wissenszurechnung nicht.

⁷⁷ Zur Wissenszurechnung beim konzernexternen Outsourcing siehe ABEGGLEN (Fn. 2), 102 ff., mit Hinweisen zur Judikatur.

⁷⁸ Ausführlich ABEGGLEN (Fn. 2), 301–391.

⁷⁹ Norm, wie oft im Zusammenhang mit Zurechnungsnormen im untechnischen Sinne, also nicht als generell-abstrakte Vorschrift verstanden.

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.⁸⁰ *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 différents sociétés du groupe»⁸¹ orientiert.*

80 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.

81 HIRSCH ALAIN, La surveillance des groupes bancaires, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, Druey (Hrsg.), Bern 1988, 220.