

ROLF WATTER

Über das Wissen und den Willen einer Bank

- I. Einführung
 1. Die Bedeutung des Wissens Rechtsverkehr
 - a. Allgemeines
 - b. Guter Glauben und Kennenmüssen
 - c. Kenntnis
 - d. Wissen und Irrtumstatbestände
 - e. Wissen und Vertragserfüllung
 - f. Absicht und Willen
 - g. Zusammenfassung und Problemstellung
 2. Besonderheiten bei Banken
- II. Das Wissen der Gesellschaft in Literatur und Praxis
 1. Allgemeines zum Wissen bei komplexen Organisationsformen
 2. Parameter einer Theorie des Wissens von Gesellschaften
 3. Übersicht über das geltende Recht
 - a. Gesetzliche Grundlage
 - b. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung
 - c. Die Theorie der relativen Wissensvertretung
 - d. Schweizer Lehre und Rechtsprechung
 4. Kritik
- III. Eigener Ansatz und Lösung der Beispielfälle
 1. Allgemeines
 2. Sachverhalte, die an ein Kennenmüssen anknüpfen
 3. Sachverhalte, die an eine Kenntnis anknüpfen
 4. Sachverhalte, bei denen das Wissen den Sorgfaltsmassstab mitbestimmt
 5. Sachverhalte um Wissen und Willensmängel
 6. Sachverhalte, die einen Willen voraussetzen
 7. Bedeutung des Bankgeheimnisses, des Insiderstatbestandes, des Geschäftsgeheimnisses Dritter, des Privatwissens und von Chinese Walls
 8. Zusammenfassung
- IV. Schlussfolgerungen für die Vertragspraxis?

I. Einführung

1. Die Bedeutung des Wissens Rechtsverkehr
 - a. Allgemeines

1 Unsere Rechtsordnung knüpft zahlreiche Rechtsfolgen an Vorstellungs- und Willensinhalte, beispielsweise an *Absichten*, oder an das *Wissen*,

Wissenmüssen oder Nichtwissen einer im Rechtsverkehr auftretenden Person.
Für den Bankbereich relevante Beispiele betreffen etwa folgende – in fünf Gruppen gegliederte – Sachverhalte im Bereich des Zivilrechts:

b. Guter Glaube und Kennenmüssen

2 Vorschriften im Bereich des Vertretungsrechtes (Art. 34 Abs. 3, 460 Abs. 3, 718a Abs. 2 OR), die Bestimmungen über die befreiende Wirkung der Zahlung an den unberechtigten Inhaber des hinkenden Inhaberpapieres (Art. 976 OR) oder über die Erwerbsmöglichkeit gestohlener Inhaberpapiere (Art. 935 ZGB) knüpfen – wie noch zahlreiche andere Rechtsnormen – an das *Vorhandensein des guten Glaubens* der durch die Norm geschützten Person (Art. 3 ZGB). Die Vermutung des guten Glaubens wird umgestossen durch den Nachweis der Kenntnis des Mangels durch den Betreffenden oder – da ein *Kennenmüssen* die Berufung auf den guten Glaube auch verunmöglichlicht – *seiner Sorgfaltspflichtverletzung* (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

Beispiel I: Dem Kontobetreuer Y bei der B Bank wurde von der A AG angezeigt, dass deren Prokuristen nicht befugt seien, Bürgschaftserklärungen abzugeben. Der Leiter der Kreditabteilung X bei der B akzeptiert dennoch eine vom Prokuristen P der A AG abgegebene Bürgschaft zur Sicherung eines Darlehens, das die B an Dritte erteilt hat.¹

Beispiel II: Die Bank B erwirbt an ihrem Hauptsitz durch den Schalterbeamten X eine Inhaberoobligation von einem Kunden, der sein Konto in der Folge auflöst. Später stellt sich heraus, dass die Obligation gestohlen war, was dem Filialleiter Y der Filiale Genf der B Bank bekannt war, da er Konten des Bestohlenen betreut.

In beiden Fällen hängt die Rechtslage der B Bank davon ab, ob sie sich auf ihren guten Glaube berufen kann² – dies wiederum wird dadurch bestimmt, ob seitens der Bank auf das Wissen des am konkreten Geschäft beteiligten X, oder auf dasjenige von Y abgestellt werden muss, allenfalls auch, ob der Bank die Unkenntnis des X als Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

3 Eine vergleichbare Rechtslage besteht dort, wo Rechtsfolgen direkt an einen *Kennenmüssen* anknüpfen, wie etwa bei Art. 28 Abs. 2 OR.

Beispiel III (nach BGH NJW 1989, 2879): Eine Bank gewährt für denselben Liegenschaftsverkauf zwei Darlehen durch zwei verschiedene Filialen, wobei die Darlehensverträge durch absichtliche Täuschung eines Dritten zustandekamen, was dem Filialleiter der einen Filiale,

¹ Ähnliche Probleme ergeben sich bei einer BGE 95 II 442 nachempfundenen Konstellation: Vergleichbar zum Beispiel I gibt der Direktor D der A AG namens dieser Gesellschaft eine Bürgschaft an die B ab, dies zur Besicherung eines Darlehens der B an D. Der Kontobetreuer Y weiss, dass der Verwaltungsrat der A AG ein solches Geschäft nie dulden würde, schreitet aber nicht ein – dem kreditsprechenden Sachbearbeiter X war dies nicht bewusst.

² Zur Rechtslage bei Vertretungsfragen DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989, 289, 296 ff.; ROLF WATTER, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, Diss. ZH 1985 (=SSHWR Bd. 81), N. 218 ff.

ÜBER DAS WISSEN UND DEN WILLEN EINER BANK

Y, bekannt war. X, Filialleiter der anderen Filiale weiss nichts von der Täuschung. Die Bank behauptet Gültigkeit des zweiten Darlehens.³

Wiederum hängt die Position der Bank davon ab, ob der Bank – oder dem Handelnden X – das Wissen von Y zugerechnet wird.

4 Haftungsnormen, welche an ein Verschulden anknüpfen, setzen oft voraus, dass *eine Person eine Handlung trotz gewisser Kenntnisse macht*, wobei dem Handelnden meist auch ein *Kennenmüssen* schadet: als Beispiel diene die Prospekthaftung (OR 752), wo das Verbreiten eines falschen Prospektes Schadenersatzfolgen nach sich zieht.

Beispiel IV: Die Emissionsabteilung der B Bank verbreitet einen Prospekt, von dem zwar nicht sie, wohl aber der Kreditchef Y weiss (oder wissen müsste), dass der Prospekt ein falsches Bild von der Vermögenslage des Schuldners gibt – beispielsweise weil dieser Schuldner sich zunächst über einen Bankkredit finanzieren wollte, und Y mit internen Dokumenten versah.

Hier fragt sich, ob die Bank für das Verbreiten des falschen Prospektes ein Verschulden treffe; die Beantwortung dieser Frage hängt wiederum davon ab, ob das Wissen von Y, der an der konkreten Transaktion nicht beteiligt war, der Bank zuzurechnen ist.

c. Kenntnis

5 Andere Vorschriften knüpfen an die *Kenntnis eines bestimmten Sachverhalts*, so etwa der Beginn von Verjährungsfristen (Art. 60, 67, 760 OR) oder der Haftungsausschluss für bekannte Mängel (Art. 200 Abs. 1 OR); im Immaterialgüterrecht kann sich aus der widerspruchlos hingenommenen Verletzung der Rechte eine Verwirkung der eigenen Rechtsposition ergeben; im Arbeitsrecht ist eine fristlose Kündigung nach Kenntnis des Kündigungsgrundes beförderlich auszusprechen.⁴

Beispiel V: A bezieht bei der B Bank Fr. 10'000.—, die ihm irrtümlich nicht belastet werden. Kurz darauf löst A seine Kontobeziehung auf und bezieht den Saldo. Y, Personalchef bei der B Bank erfährt zufällig vom Fehler, veranlasst aber kein Vorgehen gegen A, da er herausfinden will, ob der Kundenbetreuer X den Fehler im Rahmen der angeordneten Überprüfung aller Kundenbeziehung entdeckt. Tatsächlich erkennt X nach einigen Monaten den Fehler.

³ Der BGH rechnete hier das Wissen von Y auch der anderen Filiale zu, es schien ihm «gerechtfertigt und geboten, 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.»

⁴ Vgl. hierzu den Sachverhalt in BGH BB 1990, 1222: Der Vorsitzende des Verwaltungsrates einer Sparkasse wusste um ein Verhalten eines Vorstandsmitgliedes, das allenfalls eine Kündigung rechtfertigte; der Gesamtverwaltungsrat erfuhr erst Monate später aus dem Prüfungsbericht von diesem Verhalten. Der BGH nahm Kenntnis der Sparkasse ab Kenntnis des Vorsitzenden an.

Beispiel VI: Angenommen, Dienstleistungsmarken existierten schon,⁵ könnte sich folgender, BGE 109 II 338 nachempfunder Fall ereignen: Die Bank B unterhält eine Kontobeziehung mit der A AG, die eine der B Bank zum Verwechseln ähnliche Marke benutzt. Der Kontoverantwortliche Y erhält regelmässig Korrespondenz der A AG, die auf ihrem Briefpapier ein der Marke analoges Logo verwendet. Als eines Tages X, Mitarbeiter im Rechtsdienst, die Marke der A in einem Inserat entdeckt, will er die A AG auf Unterlassung des Gebrauchs der Marke verklagen.

Die Verjährung der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung und die Verwirkung des Markenrechts hängen davon ab, ob die entsprechenden Fristen ab dem Zeitpunkt an laufen, an dem Y vom entsprechenden Sachverhalt Kenntnis⁶ erlangt hat, oder ob erst die Kenntnis des eigentlich zuständigen X zählt.

d. Wissen und Irrtumstatbestände

6 Die Vorschriften bezüglich der Anfechtung von Verträgen wegen Grundlagenirrtum und absichtlicher Täuschung basieren auf einem *Auseinanderfallen von Vorstellungsinhalten und Wirklichkeit*, bzw. auf einem «falschen» Wissen.⁷

Beispiel VII: Der Kassier X nimmt in Vertretung des Kunden A gegen Bezahlung Wertschriften von C entgegen, die sich später als gefälscht herausstellen. A möchte seinen Vertrag mit C wegen Grundlagenirrtum anfechten. Der Bankangestellte Y weiss, dass C schon mehrfach versucht hat, gefälschte Obligationen abzusetzen.

A kann sich nur dann auf Grundlagenirrtum berufen, wenn sich die Bank in einem Irrtum befand,⁸ was wiederum davon abhängt, ob das Wissen von Y der Bank zuzurechnen ist.

e. Wissen und Vertragserfüllung

7 Andere Normen – etwa im Auftragsrecht – verlangen eine sorgfältige Vertragserfüllung (Art. 398 Abs. 2 OR), wobei der Vertragspartner

⁵ Vgl. das neue Markenschutzgesetz vom 28. August 1992, speziell Art. 1 Abs. 1 und 13.

⁶ Kennenmüssen des Sachverhalts genügt bei der Verjährungsfrist nicht, OR-BERTI, N. 5 zu OR 60; anders bei der Verwirkung des Marken- oder Firmenrechts wegen verspäteter Rechtsausübung: hier gilt, dass auch ein Kennenmüssen zu einem Rechtsverlust führen kann, vgl. BGE 117 II 575, 578. Das Bundesgericht räumt jedoch im Rahmen einer Berücksichtigung aller Umstände der Kenntnis einen besonderen Stellenwert ein, vgl. 580 daselbst. So beginnen namentlich die entsprechenden Fristen ab verschiedenen Zeitpunkten zu laufen (vgl. 580 und 583 daselbst).

⁷ Vgl. dazu neuestens BRUNO SCHMIDLIN, Der Irrtum über zukünftige Sachverhalte nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Fehldiagnose oder Fehlprognose, AJP/PJA 1992, 1386, 1387.

⁸ Vgl. zur Anrechnung des Wissens des Vertreters (hier der Bank) an den Vertretenen (hier der Kunde A) OR-WATTER, N. 24 f. zu OR 32. Vgl. ferner zur hier nicht näher zu erläuternden Frage, ob sich der Empfänger gefälschter Papiere auf einen Grundlagenirrtum berufen könne: BGE 114 II 131, 139; 82 II 411, 424f.

davon ausgehen darf, dass der *Beauftragte sein ganzes Wissen für eine erfolgreiche Auftragsabwicklung einsetzen wird.*⁹

Beispiel VIII: Der Anlageberater X bei der B Bank empfiehlt Titel der Z zum Kauf; ferner erwirbt er diese Titel für Kunden, die Vermögensverwaltungsverträge unterzeichnet haben. Ein Monat zuvor hat der Kreditchef Y im Zusammenhang mit einem Kreditgesuch Unterlagen der Z erhalten, aus denen sich ergibt, dass sich die Lage der Z stark verschlechtert hat, weshalb das Kreditgesuch auch abgelehnt wurde. Die Investoren, die Z Titel erworben haben (bzw. denen diese Titel gekauft wurden), erleiden einen namhaften Verlust.

Investor A1 ist der Ansicht, dass der Anlagerat unsorgfältig erfolgte und Investor A2 macht geltend, dass die Bank den Vermögensverwaltungsvertrag schlecht erfüllt habe. Beide verlangen Schadenersatz.

Investor A3 hatte bereits Titel der Z, welche ihm die Bank früher im Rahmen eines (noch bestehenden) Vermögensverwaltungsvertrages erworben hatte; er wirft der Bank vor, dass sie die Titel bei Kenntnis der Sachlage – aber vor dem zu erwartenden Kursverfall – hätte veräußern sollen.

Die Klagen von A1 und A2 könnten dann Erfolg haben, wenn das Wissen von Y der Bank zugerechnet wird: dann könnte argumentiert werden, dass B als Beauftragte nicht ihr volles Wissen für eine erfolgreiche Vertragsabwicklung eingesetzt habe. Bei A3 stellen sich zusätzlich Insiderprobleme.¹⁰

f. Absicht und Willen

8 Schliesslich gibt es Normen, die Rechtswirkungen an ein *willentliches Planen* knüpfen, beispielsweise der Entfall des Einredeausschlusses, wenn der Erwerber von gewissen Wertpapieren bewusst zum Nachteil des Schuldners handelte (Art. 979 II, 1007 OR); in diese Kategorie gehört auch das absichtliche Täuschen der anderen Vertragspartei (Art. 28, 203 OR).

Beispiel IX: X, Schalterbeamter bei der B Bank nimmt vom Bankkunden D einen von A ausgestellten Wechsel zur Gutschrift entgegen und lässt den Wechsel von D indossieren; die Gutschrift an D führt zur Rückführung eines ungesicherten und gefährdeten Kredits. Y, Kundenbetreuer von D weiss, dass A bei Präsentation des Wechsels D gegenüber Einreden erheben könnte, die er gegenüber der Bank nicht geltend machen kann.

Beispiel X: Der Bankangestellte X veranlasst A, einen Securities Lending Vertrag zu unterschreiben, der der Bank das Recht gibt, Wertschriften auf Rechnung und Risiko des Kunden auszuleihen. Y, Leiter der Lending Abteilung, hat vor, demnächst Wertschriften an D zu leihen, dessen finanzielle Schwierigkeiten er kennt, dem er aber mittels der Ausleihe helfen will, einen finanziellen Engpass zu überbrücken.¹¹

⁹ Vgl. zu den Sorgfaltspflichten des Beauftragten (eines Anwaltes) neuestens BGE 117 II 563, 567.

¹⁰ Nach der nunmehr sehr restriktiven Rechtsprechung (vgl. SJZ 1992, 171) zu Art. 161 Ziff. 3 StGB ist allerdings fraglich, ob es sich bei der sich verschlechternden Lage der Z überhaupt um relevante Tatsachen im Sinne dieser Bestimmung handelt – was m.E. das Ungenügen dieser Rechtsprechung (bzw. des Gesetzestextes) ohne weiteres demonstriert.

¹¹ Es wird hier unterstellt, dass absichtliche Täuschung durch Verschweigen vorliegen würde, wenn Y A zur Unterschrift unter den Vertrag veranlassen würde; vgl. dazu generell BGE 116 II 431, 434 f.; OR-SCHWENZER, N. 9 zu OR 28; ferner BGH 109, 327 = BGH NJW 1990,

Wiederum fragt sich, ob das Wissen von Y der Bank zugerechnet wird, wenn zu bestimmen ist, ob B beim Erwerb des Wechsels bewusst zum Nachteil von A gehandelt hat, bzw. ob B eine absichtliche Täuschung von A vorgeworfen werden kann.

g. Zusammenfassung und Problemstellung

9 Sämtliche aufgeführten Sachverhalte knüpfen an den Wissensstand, bzw. den Willen einer Person, wobei *der Gesetzgeber beim Erlass dieser Normen wohl jeweils eine natürliche Person vor Augen hatte*. Wo die in Frage stehenden Vorschriften aber auf eine juristische Person anzuwenden sind, fragt sich, wie deren Wissen und Willen zu definieren ist, ob beispielsweise auf das Wissen der am konkreten Geschäft beteiligten Personen abzustellen ist, ob das Wissen derjenigen, die vom Geschäft wissen oder wissen müssten, einzurechnen ist, ob generell alles Wissen von Organen relevant oder sogar noch ein Wissen und ein Willen weiterer Angestellten zu beachten ist.

2. Besonderheiten bei Banken

10 Auch wenn die vorgenannten Beispiele I–X alle im Bankbereich angesiedelt sind, stellt sich die Problematik des Wissens und Willens einer Bank *grundsätzlich gleich wie bei anderen juristischen Personen*.

11 Die relevanten Fragen präsentieren sich aber bei Banken in besonderer Art, zunächst wegen der *hochgradigen Arbeitsteilung* in den angebotenen – höchst verschiedenen – Dienstleistungen, sodann wegen der *geographischen Aufteilung der Chargen*, da gerade Banken oft ein umfangreiches Filialnetz unterhalten, was zu parallelen Zuständigkeiten führen kann.

12 Sodann offerieren Universalbanken Dienstleistungen, die zu *Interessenkonflikten* zwischen dem Eigeninteresse der Bank und demjenigen des Kunden, oder auch zu Kollisionen zwischen Kundeninteressen führen können,¹² womit sich Fragen des für einen Kunden «zu verwendenden» Wissens in besonderer Schärfe stellen. Am bekanntesten ist wohl der Konflikt zwi-

975, wo die einen Schlachthof verkaufende Gemeinde es unterliess, mitzuteilen, dass sie ein Nutzungsverbot erwog; in concreto wusste der den Verkauf durchführende Bürgermeister nichts vom geplanten Verbot, wohl aber der (inzwischen aus dem Amt ausgeschiedene) Vorgänger. Vgl. ferner den Sachverhalt LG München in ZIP 1988, 924: Der Verkaufsangetellte in einem Garagenbetrieb wusste nicht, dass das verkaufte Fahrzeug bereits Unfälle hatte. Nachdem aber die entsprechenden Reparaturen im Garagenbetrieb selber vorgenommen worden waren, wurde das Wissen der Reparaturabteilung der Garage zugerechnet; das Gericht erkannte deshalb auf absichtliche Täuschung der Garage.

¹² Vgl. ROLF WATTER, Chinese Walls bei Universalbanken? SJZ 1991, 109 ff., 111.

schen dem kommerziellen Geschäft und dem Wertpapierhandel (vgl. Beispiel VIII, N. 7), der die Gesetzgeber in den USA und in Japan veranlasst hat, dieses Geschäft auf verschiedene Banktypen aufzuteilen.¹³

¹³ Schliesslich stellen sich im Bankensektor insofern Spezialprobleme, als die Vorschriften über das Bankgeheimnis (Art. 47 BkG) und das Verbot des Insiderhandels (Art. 161 StGB) den *Informationsfluss behindern*,¹⁴ somit die Bank auch bei bester Organisation des Wissensaustausches zum Teil daran gehindert ist, ihr Wissen voll einzusetzen.

II. Das Wissen der Gesellschaft in Literatur und Praxis

1. Allgemeines zum Wissen bei komplexen Organisationsformen

¹⁴ Die Diskussion des 19. Jahrhunderts über die Organ- und Fiktionstheorie vorerst beiseitelassend,¹⁵ kann zunächst festgehalten werden, dass alle *komplexeren Organisationsformen* – juristische Person wie Personengesellschaften¹⁶ – im Rechtsverkehr *stets durch natürliche Personen handeln*.

Ausnahmen bestätigen nur die Regel: wo der Kunde die Bank im Rahmen einer «Homebanking» Beziehung instruiert, und dabei lediglich ab seinem PC mit dem Computer der Bank kommuniziert, handelt er zwar nur mit einer Maschine, die aber von Menschen bewusst so eingerichtet ist, dass sie an Stelle eines Angestellten der Bank Aufträge entgegennehmen kann.

¹³ In den USA der Glass-Steagall Act des Jahres 1933, in Japan wurde diese Trennung 1992 nun gelockert, indem Banken erlaubt wird, durch Tochtergesellschaften Wertpapierhandel zu betreiben. Das Finanzministerium hat allerdings Regeln erlassen, die die Geschäftsbeziehungen zwischen Mutter und Tochter beschränken.

¹⁴ Vgl. für das Bankgeheimnis WATTER (Fn. 12), 116; für den Insiderbereich PETER BÖCKLI, Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates, Zürich 1989 (= SSHWR Bd. 120), 119f., 140. Der Insidertatbestand beschränkt insbesondere auch den Informationsaustausch zwischen dem Bankenvvertreter im Verwaltungsrat eines Unternehmens und der Bank.

¹⁵ In dieser Diskussion um das Wesen der juristischen Person und deren Auftreten im Rechtsverkehr stand auf der einen Seite die *Fiktionstheorie*, welche nur den Menschen als Träger von Rechten und Pflichten anerkennt und die juristische Person als eine zu juristischen Zwecken angenommene Fiktion betrachtet, vgl. CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. II, Berlin 1840, 236ff. Demgegenüber betrachtete die *Organtheorie* die juristische Person als eine wirkliche, volle Person, welche im Gegensatz zur juristischen Person aber zusammengesetzt sei, sich allerdings «in ihrer unsinnlichen Einheit nur durch Organe betätigen könne, was aber unmittelbar, gleich einer Hand in einem Körper geschehe», OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1885, 470; vgl. ferner GEORG BESELER, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843 und die N. 26 nachfolgend.

¹⁶ 21 Banken sind gegenwärtig als Personengesellschaften organisiert.

15 Von dieser Überlegung ausgehend, muss das *Wissen von juristischen Personen*¹⁷ und *Personengesellschaften als Wissen der für diese Einheit auftretenden und/oder handelnden Personen* definiert werden, wobei allenfalls untergeordnetere Chargen (Hilfspersonen im Gegensatz zu Organen und Gesellschaftern) in einem Betrieb nicht zu berücksichtigen sind und weiter – wenigstens theoretisch – ein «privates» Wissen von einem «geschäftlichen» geschieden werden kann. Insofern können die aufgeführten Probleme unter dem Stichwort der «Wissenszurechnung»¹⁸ behandelt werden.

16 Weiter ist festzuhalten, dass «Wissen» heutzutage immer weniger in den Köpfen von Menschen, sondern immer mehr auf *Datenträgern* aller Art «aufbewahrt» wird. Zwar wurde auch dieses Wissen einmal von Menschen innerhalb oder ausserhalb der Organisation erarbeitet und aufgezeichnet: falls das Wissen dieser Personen aber überhaupt je zugerechnet werden konnte, kann es sein, dass diese Personen im fraglichen Zeitpunkt keine Beziehungen mehr zur Gesellschaft haben. Eine Theorie des Wissens der AG muss somit einerseits das Wissen von Personen einbeziehen, die für die AG tätig sind, andererseits Wissen, dass in früherer Zeit erworben wurde und im Herrschaftsbereich der Gesellschaft weiter aufbewahrt wird.

2. Parameter einer Theorie des Wissens von Gesellschaften

17 Aus der Sicht des Rechtsverkehrs ist zunächst zu fordern, dass die *Gesellschaft aus ihrer arbeitsteiligen Organisation keine Vorteile zieht*, ihre Teilnahme am Rechtsverkehr aber auch nicht unbillig erschwert werden darf.¹⁹ Anders gesagt darf der Dritte nicht schon allein deswegen schlechter gestellt werden, weil er mit einer Gesellschaft, statt mit einer natürlichen Person, bzw. einem Einzelunternehmer, kontrahiert.²⁰

18 Weiter muss gelten, dass Gesellschaften mit einem *ausgeklügelten System interner Informationsverarbeitung nicht schlechter* gestellt sein dürfen als Organisationen, bei denen das Wissen eines Mitarbeiters kaum je an andere weitergegeben wird.

¹⁷ Vgl. allgemein: RAIMUND WALTERMANN, Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, AcP 1992, 181 ff.; CHRISTINA KISS-PETER, Guter Glaube und Verschulden bei mehrgliedrigen Organen, BJM 1990, 281 ff.; WATTER (Fn. 2), N. 267 ff.; KURT SIEGER, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts, Diss. ZH 1979 (= SSHWR Bd. 33).

¹⁸ WALTERMANN (Fn. 17), 184; WATTER (Fn. 2), N. 271f.

¹⁹ Berner Kommentar-STARK, N. 77a zu ZGB 933; vgl. auch CANARIS, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. München 1988, N. 106, 499, 800 f., 810. HEINZ RECHWEIN, Wie weit ist der Aktiengesellschaft und anderen juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen?, SJZ 1970, 1, 4, fürchtet einen «seuchenähnlichen» Zustand, da sich ein Wissenmüssen wie ein Bazillus innerhalb der juristischen Person und darüber hinaus ausbreite.

²⁰ BGHZ 109, 327, 332 = NJW 1990, 975.

19 *Verkehrsschutzüberlegungen* werden sodann zu beachten sein, dies vor allem dann, wenn der gegenwärtige Vertragspartner sich schon früher gegenüber der Gesellschaft äusserte; in diesem Zusammenhang sind Fragen der *Passivvertretung* von solchen der *Wissensvertretung* zu unterscheiden:²¹ so können Verkehrsschutzüberlegungen es verlangen, dass Erklärungen eines Dritten an eine Gesellschaft in aller Regel als erfolgt gelten, auch wenn sie an den Unzuständigen erfolgen. Es ist aber nicht zwingend, den Empfang von Willenserklärungen (der zwar zu Wissen führt) Fragen des Wissens in jeder Beziehung (beispielsweise für anschliessende Rechtsbeziehungen mit Vierten) gleichzusetzen.²²

20 Einzubeziehen ist in die Überlegung die Problematik, ob ein «*Teilwissen*», das bei verschiedenen Personen innerhalb einer Organisation vorhanden sein kann, zu einem Gesamtwissen integriert werden darf.²³

21 Im Blick auf Banken ist zu beachten, dass *Schranken der Informationsweitergabe aus öffentlichem Recht* (vgl. N. 13) auch privatrechtliche Konsequenzen haben müssen, mithin einer Bank nicht vorgeworfen werden kann, sie habe Insiderwissen nicht zugunsten eines Kunden ausgenützt.

22 Endlich wird auch zu fordern sein, dass eine bloss *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.

23 Um all diese Ziele unter einen Hut zu bringen, dürfte es sinnvoll sein, das Wissen einer Gesellschaft nicht generell festzulegen, sondern für die jeweils in Frage stehende Problematik nach einer *differenzierten Lösung* zu suchen und namentlich zu beachten, ob die betreffende Vorschrift an einen Willen, ein positives Wissen, ein Kennenmüssen anknüpft oder einen Sorgfaltsstandard definiert.²⁴

3. Übersicht über das geltende Recht

a. Gesetzliche Grundlage

24 Vorab ist festzuhalten, dass im Schweizer Recht²⁵ eine explizite *gesetzliche Grundlage* für die Bestimmung des Wissens von Gesellschaften

²¹ Zum Unterschied WATTER (Fn. 2), N. 252.

²² So aber diejenige deutsche Lehre, die Fragen des Wissens in Analogie zu § 28 Abs. 2 BGB (oder § 78 Abs. 2 AktG) behandelt, wonach es genügt, wenn Willenserklärungen einem Vorstandsmitglied gegenüber abgegeben werden.

²³ Vgl. hierzu KISS-PETER (Fn. 17), 298 f.; WATTER (Fn. 2), N. 270; SIEGER (Fn. 17), 65f. Der BGH spricht in 109, 327, 332 = NJW 1990, 975 von einer «mosaikartigen» Zurechnung.

²⁴ Ähnlich WALTERMANN (Fn. 17), 185f., 191ff. und im Ergebnis auch BGE 109 II 338, 342.

²⁵ Wie auch im deutschen Recht, wo allenfalls aus §§ 28 und 166 BGB Anhaltspunkte folgen.

fehlt.²⁶ Abzustellen ist damit auf Lehre und Rechtsprechung (vgl. Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB).

25 Wo allerdings das Gesetz Rechtsfolgen an ein *Kennenmüssen* knüpft, kann eine sachgerechte Lösung aus dem Gesetz so hergeleitet werden, dass man der *Gesellschaft die mangelnde Organisation, bzw. den mangelnden internen Informationsfluss* als Unsorgfalt (Art. 3 Abs. 2 ZGB), bzw. als Verschulden auslegt.²⁷

b. Die Theorie der absoluten Wissensvertretung

26 Die Theorie der *absoluten Wissensvertretung* setzt das Wissen der Organe mit dem Wissen der juristischen Person²⁸ gleich, definiert also das Wissen der Gesellschaft als Summe von «Einzelwissen» der Organe. Tendenziell gilt damit, dass je grösser eine AG ist, sie umso mehr weiss, da sie ja mehr Organe haben wird.²⁹ Diese meist auf die Organtheorie³⁰ abgestützte Lehre ist in Deutschland nach wie vor die herrschende.³¹ Auch nach neuester Rechtsprechung³² ist Wissen auch nur eines vertretungsberechtigten Organs Wissen der juristischen Person, unabhängig davon, ob das Organ am betreffenden Rechtsgeschäft mitwirkte, ja überhaupt darum wusste. Irrelevant ist auch, ob die fraglichen Kenntnisse privat erworben wurden, und ob das betreffende Organ in der Zwischenzeit aus dem Unternehmen ausgeschieden ist.

c. Die Theorie der relativen Wissensvertretung

27 Die teilweise auf die Fiktionstheorie³³ abgestützte *Vertretertheorie* geht demgegenüber vom Wissen des am konkreten Rechtsgeschäft beteiligten Vertreters aus und «addiert» zu diesem die Kenntnis oder das *Kennenmüssen* weiterer Organe und Hilfspersonen der Gesellschaft, soweit diese am Geschäft beteiligt waren, oder wenigstens Kenntnis von der Handlung hatten.

²⁶ Ein Minimalstandard ergibt sich allenfalls aus den Art. 28 Abs. 2 und 29 Abs. 2 OR, wo Täuschung und Drohung durch Dritte geregelt werden: Die juristische Person muss sich zumindest das anrechnen lassen, was sich ein Vertragspartner an Wissen und Handeln Dritter anrechnen lassen muss.

²⁷ Ähnlich WALTERMANN (Fn. 17), 208 ff.

²⁸ Obwohl dies in der Lehre nie erwähnt wird, müssen die Aussagen mutatis mutandis auch für Personengesellschaften gelten.

²⁹ WATTER (Fn. 2), N. 270; REICHWEIN (Fn. 19), 2 ff.

³⁰ Vgl. Fn. 15 und WALTERMANN (Fn. 17), 219.

³¹ Vgl. BGH 109, 327 = NJW 1990, 975; BGH in BB 1990, 1222 f.; PALANDT-HEINRICHS, Bürgerliches Gesetzbuch, 51. Aufl., München 1992, § 28 N. 2; vgl. auch WATTER (Fn. 2), N. 268 mit Nachweisen.

³² BGHZ 109, 327, 331 = NJW 1990, 975. Vgl. auch WALTERMANN (Fn. 17), 216 f.

³³ Vgl. Fn. 15 vorstehend, ferner SIEGER (Fn. 17), 42ff., 76ff., 125. und N. 30 nachfolgend.

d. Schweizer Lehre und Rechtsprechung

28 Die *ältere Lehre*³⁴ und *Rechtsprechung*³⁵ basieren auf der Lehre der absoluten Wissensvertretung, integrieren also das Wissen der (vertretungsberechtigten) Organe für die Bestimmung des Wissens der Gesellschaft. Teilweise wird diese Lehre insoweit relativiert, als das Wissen derjenigen Organe, die erwiesenermassen um das Geschäft nicht wussten, nicht zugerechnet wird.³⁶

29 Letztmals hat sich das Bundesgericht in BGE 109 II 338, 342 zum Wissen einer Gesellschaft geäußert (vgl. Beispiel VI, N. 5) und dabei einer auf den Einzelfall bezogenen Betrachtungsweise das Wort geredet, soweit Mitarbeiter betroffen sind.³⁷ Eine Kenntnis «qualifizierter Mitarbeiter» über angebliche Markenverletzungen eines Konkurrenten wurden der Gesellschaft nach diesen Grundsätzen zugerechnet, unter anderem mit dem Argument, das Unternehmen hätte dafür besorgt sein müssen, dass Informationen über solche Verletzungen an die zuständigen Immaterialgüterrechtsspezialisten weitergeleitet würden.³⁸

30 Die *neuere Lehre* stellt eher auf die Vertretertheorie ab, beachtet damit primär die an einem Rechtsgeschäft beteiligten Personen, wenn sie das Wissen einer Gesellschaft untersucht.³⁹ Teilweise wird dabei auch das Wissen derjenigen eingerechnet, die das Geschäft vorbereiteten,⁴⁰ vom Geschäft wussten⁴¹ (oder davon hätten wissen müssen⁴²), sich aber bewusst oder unbewusst daraus heraushalten.

4. Kritik

31 Die in Deutschland herrschende *Lehre der absoluten Wissensvertretung* geht einerseits, in der generellen Zurechnung von Organwissen, zu weit

³⁴ Vgl. die Zusammenstellung bei SIEGER (Fn. 17), 40 f. und speziell Fn. 28 daselbst.

³⁵ BGE 56 II 188; BGE in ZR 31, 276. In BGE 89 II 239, 251 rechnete das Bundesgericht einer Bank das Wissen ihres kollektivzeichnungsberechtigten Vizedirektors zu, der zwar nicht direkt am fraglichen Geschäft beteiligt war, dieses aber indirekt veranlasste.

³⁶ Zürcher Kommentar-EGGER, N. 17 zu ZGB 54/55; vgl. auch KISS-PETER (Fn. 17), 292 ff.

³⁷ «Ob und inwieweit das Wissen einzelner Mitarbeiter, die im Rahmen ihrer Aufgaben Kenntnis von möglichen oder tatsächlichen Rechtsverletzungen erhalten, der juristischen Person selber anzurechnen ist, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab. Dabei ist namentlich die konkrete Interessenlage der Parteien zu berücksichtigen.»

³⁸ Was für Mitarbeiter gilt, muss umso mehr für Organe gelten, vgl. auch 343 daselbst.

³⁹ Berner Kommentar-ZOBL, N. 835 zu ZGB 884; Berner Kommentar-STARK, N. 78 zu ZGB 933; REICHWEIN (Fn. 19), 1 ff.; vgl. ferner die folgenden Fn. und WATTER (Fn. 2), N. 271 ff.

⁴⁰ SIEGER (Fn. 17), 99 ff.; ähnlich – wenn auch auf der Theorie der absoluten Wissensvertretung fussend – KISS-PETER (Fn. 17), 289 ff.

⁴¹ SIEGER (Fn. 17), 101 f.

⁴² KISS-PETER (Fn. 17), 295 f.; WATTER (Fn. 2), N. 272e.

und erschwert das Auftreten von Grossorganisationen im Wirtschaftsleben zu stark. Auf der anderen Seite greift diese Lehre insoweit *zu kurz*, als sie das Wissen von Mitarbeitern in einem Betrieb zu wenig beachtet.⁴³

Unterstellt man nämlich in den Beispielfällen jeweils, Y habe Organstellung, wäre die Bank in keinem der zehn Sachverhalte zu schützen, da sie durch das Wissen von Y stets bösgläubig ist und man ihr auch eine Schädigungsabsicht wird unterstellen müssen.

32 Auch die *Vertretertheorie* hat dort gravierende *Mängel*, wo sie nur die an einem konkreten Geschäft beteiligten Personen betrachtet: bei dieser Lehre wird der Einzelunternehmer gegenüber der Grossgesellschaft zu stark benachteiligt, steht ihm doch die «Einrede der Arbeitsteilung» nicht offen. Auch bestraft diese Lehre in ihrer engen Form diejenigen Gesellschaften, die über einen ausgebauten internen Informationsfluss verfügen (vgl. N. 18).

Wiederum ist an den Beispielfällen erkennbar, dass allein dadurch, dass die Bank arbeitsteilig organisiert ist, es vom Ergebnis her nicht vertretbar ist, dass sie sich das Wissen des an der konkreten Transaktion nicht beteiligten Y nie wird zurechnen lassen müssen.

33 Die gängigen Theorien beachten im weiteren die Verkehrsschutzüberlegungen (N. 19 vorstehend) und die allenfalls nötige Differenzierung nach der in Frage stehenden Norm (N. 23) nur ungenügend; letzterer Umstand bewirkt auch, dass öffentlich-rechtliche Schranken des Informationsflusses (N. 13) nicht in Rechnung gestellt werden. Schliesslich wird selten beachtet, dass Informationen immer häufiger aufbewahrt werden.

III. Eigener Ansatz und Lösung der Beispielfälle

1. Allgemeines

34 Unter Berücksichtigung der Kritik wird in der Folge versucht, für die verschiedenen Fallgruppen, wo Wissens und Willen einer Gesellschaft relevant sind, Lösungen vorzuschlagen.

35 Dabei wird nicht zwischen einem *geschäftlichen und einem privaten Wissen* unterschieden, da diese Unterscheidung auch beim Einzelunternehmer nicht existiert und es keine Rechtfertigung gibt, der Gesellschaft zusätzliche Verteidigungsmittel einzuräumen.⁴⁴

2. Sachverhalte, die an ein Kennenmüssen anknüpfen

36 Gelten muss bei diesen Sachverhalten, dass der Gesellschaft neben dem Wissen des *handelnden Organs* – oder demjenigen des nach aussen

⁴³ Anzumerken ist, dass die deutsche Rechtsprechung sehr oft das Wissen von Mitarbeitern zurechnet, ohne sich die Frage zu stellen, ob es sich um Organe oder Mitarbeiter handelt, vgl. den Fall in Fn. 11 und das Beispiel III (N. 3).

⁴⁴ Ebenso REICHWEIN (Fn. 19), 7.

auf tretenden Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten⁴⁵ – das *Wissen folgender Personen* zuzurechnen ist:⁴⁶

- das Wissen des *genehmigenden Organs*⁴⁷ (bzw. des – dies ist im folgenden stets mitverstanden – Gesellschafters in der Personengesellschaft);
- das Wissen des Organs, das *um das fragliche Geschäft weiss*⁴⁸ oder das vom Abschluss *wissen müsste*, wäre die Gesellschaft adäquat organisiert;⁴⁹ zu beachten ist, dass im Rahmen des materiellen Organbegriffes hier auch das Wissen von *Organen der Muttergesellschaft* in Betracht fallen kann (vgl. N. 22);
- das *Wissen von Hilfspersonen*, die das fragliche Geschäft vorbereitet haben oder um dieses Geschäft wissen.⁵⁰

Nach diesen Grundsätzen sind die Beispiele II – IV (N. 2 ff.) zu untersuchen: ausschlaggebend ist, ob Y (a) Organ ist und vom Geschäft zumindest wissen musste, oder ob (b) Y Hilfsperson ist und vom Geschäft wusste. Im Beispiel II ist ein Wissen eher unwahrscheinlich. Im Beispiel III ist zu beachten, dass die Bank Kredite zentral zu überwachen hat, womit die beiden Filialleiter um das Geschäft des anderen wissen müssten. Zumindest ein Wissenmüssen wird im Beispiel IV gegeben sein.

37 In der Gesellschaft – beispielsweise auf Datenträgern – *gespeichertes Wissen* wird dann zugerechnet, wenn es von Organen oder Hilfspersonen gespeichert wurde,⁵¹ deren Wissen der Gesellschaft zugerechnet wird, denn es kann nicht darauf ankommen, ob sich diese Personen auf ihr eigenes Gedächtnis oder auf Datenspeicherung verlassen. Zuzurechnen ist m.E. weiter das von funktionellen Vorgängern dieser Personen abgespeicherte Wissen, da die blossе Tatsache, dass innerhalb einer Gesellschaft ein Stellenwechsel stattfindet, die Rechtsposition des Dritten nicht tangieren kann.⁵²

Anzumerken ist, dass Dritte kaum je fähig sein werden, der Gesellschaft «gespeichertes Wissen» nachzuweisen, ja solches nicht einmal substantiiert werden behaupten können, ausser sie wären selbst bei der Vermittlung dieses Wissens beteiligt gewesen: dann gelten aber die Überlegungen von N. 38 nachfolgend.

⁴⁵ Vgl. hierzu WATTER (Fn. 2), N. 262 und 266; zur Wissenszurechnung beim Stellvertreter generell OR-WATTER, N. 24 zu OR 32.

⁴⁶ WATTER (Fn. 2), N. 272; ähnlich SIEGER (Fn. 17), 85 ff.

⁴⁷ Zum Organbegriff neuestens BGE 117 II 570, 572: gemeint ist hier der «externe Begriff» im Sinne dieses Entscheides.

⁴⁸ Unter diese Gruppe fällt auch das am Geschäft mitwirkende Organ.

⁴⁹ In diese Kategorie fallen natürlich auch diejenigen Fälle, in denen das Organ bewusst oder unbewusst die Augen vor dem Geschäft verschliesst.

⁵⁰ Dieser Miteinbezug rechtfertigt sich damit, dass auch von Hilfspersonen in einer Bank verlangt werden kann, 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.

⁵¹ Bzw. diese Personen eine Speicherung veranlasst haben.

⁵² Vorausgesetzt ist natürlich, dass der Nachfolger Zugang zur Datenbank hat. Ähnlich BGH 109, 327 = NJW 1990, 975 über das aktenmässig festgehaltene Wissen.

38 Darüber hinaus ist aus *Verkehrsschutzüberlegungen* ein Wissen der Bank zu unterstellen, wo der (gutgläubige) Vertragspartner sich gegenüber einem Mitarbeiter in einem früheren Zeitpunkt geäußert hat und diese Erklärung der Bank nach den Grundsätzen der *Passivvertretung*, bzw. der *Lehre vom Zugang von Willenserklärungen* als bekannt gilt; es kann nämlich nicht angehen, dass der Dritte zu überprüfen hat, ob der Empfänger eine Erklärung intern weitergeleitet hat, wenn er das nächste Mal mit der Bank kontrahiert. Analoges gilt, wenn der Dritte ein Wissen eines Mitarbeiters kennt: auch hier kann er sich auf eine interne Verbreitung verlassen. Aus den nämlichen Verkehrsschutzüberlegungen muss schliesslich (irgendwo und irgendwie) *gespeichertes Wissen* der Gesellschaft stets dann zugerechnet werden, wenn es vom Dritten, mit dem die Gesellschaft nun kontrahiert, stammt. Vorbehalten ist natürlich ein Rechtsmissbrauch des Dritten.

Nach dieser Verkehrsschutzüberlegung ist das Beispiel I (N. 2) zu lösen: die Bank hat sich intern so zu organisieren, dass die Anzeige betreffend nicht zu akzeptierenden Bürgschaften intern an die Stellen weitergegeben wird, die solche Erklärungen entgegennehmen könnten.

39 Die Rechtfertigung der Zurechnung von Wissen von Personen, die am Geschäft nicht direkt beteiligt sind, liegt darin, dass der interne Informationsfluss in diesen Fällen nicht so «läuft», bzw. nicht so organisiert ist, wie es sein sollte. Gesetzestechnisch lässt sich dies als (je nach anzuwendender Norm) als *Unsorgfalt* (Art. 3 Abs. 2 ZGB) oder *Verschulden* der Gesellschaft auslegen.

40 Da die Rechtfertigung der Zurechnung in der mangelnden Organisation liegt, ist es auch gerechtfertigt, *Teilwissen* (N. 20 vorstehend) zu addieren, da es nicht denkbar ist, dass die Gesellschaft ihre Fehler damit entschuldigen kann, dass ihre Informationsflüsse nur zu Teilwissen führen.⁵³

3. Sachverhalte, die an eine Kenntnis anknüpfen

41 Wo es um Kenntnis der Bank geht, ist m.E. darauf abzustellen, ob die *wissende Person* (Organ oder Hilfsperson) von sich aus hätte agieren können, bzw. ob man von ihr billigerweise eine Information der zuständigen

⁵³ A.M. REICHWEIN (Fn. 19), 7 f.

(bzw. handelnden) Instanz erwarten darf.⁵⁴ Letzteres ist namentlich dort nicht der Fall, wo andere Abteilungen «präventiv» zu orientieren wären.⁵⁵

42 Da Unsorgfalt der Gesellschaft in diesem Bereich nicht schadet, werden hier verschiedene *Teilwissen* (N. 20 vorstehend) nicht integriert; auch ein *Wissenmüssen* um ein Geschäft ist nicht relevant. Auf Datenträgern gespeichertes Wissen ist dort zu berücksichtigen, wo die zuständige Stelle die Information selber aufgezeichnet hat.⁵⁶

Nach diesem Grundsatz sind die Beispiele V und VI (N. 5) zu lösen: In beiden Fällen kann die «wissende» Person die Situation selber korrigieren (auch wenn sie nicht direkt in ihren Zuständigkeitsbereich fällt). Anders verhält es sich bei Beispiel VII (vgl. unten) und Beispiel III (N. 3), falls dort Kenntnis erforderlich wäre, da eine präventive Orientierung nicht verlangt wird.

4. Sachverhalte, bei denen das Wissen den Sorgfaltsmassstab mitbestimmt

43 Wo es um das Wissen der Gesellschaft als Vertragspartnerin geht, ist zunächst nach dem *Vertragsinhalt* zu fragen,⁵⁷ beispielsweise danach, ob der Vertragspartner in guten Treuen annehmen durfte, dass die Bank Kenntnisse aus ihrer Kreditabteilung zugunsten ihrer Anlagekunden einsetzt. Dabei ist natürlich zu unterstellen, dass der Bankkunde nicht annehmen darf, die Bank breche zu seinen Gunsten Vorschriften, an die sie gebunden ist. Wo keine vertragliche Einschränkung erkennbar ist, gelten die gleichen Grund-

⁵⁴ Anders hier die deutsche Rechtsprechung zu § 852 BGB für den Verjährungsbeginn für deliktische Regressansprüche des Fiskus (BGH, NJW 1986, 2315 f.), wo festgehalten wird, der Fiskus müsse sich die Kenntnisse eines in einer anderen Abteilung tätigen Bediensteten auch nicht mit der Begründung anrechnen lassen, der Kenntniserlangende sei zur Unterrichtung der zuständigen Abteilung verpflichtet gewesen. Auf der anderen Seite geht BGH 109, 327 = NJW 1990, 975 weiter als die hier vertretene Ansicht, da dort das Wissen eines ausgeschiedenen Organs – sogar für die Frage einer absichtlichen Täuschung – «mosaikartig» zugerechnet wird. Wie hier BGH BB 1990, 1222 (vgl. Fn. 4).

⁵⁵ Vgl. auch das Beispiel bei REICHWEIN (Fn. 19), 5: Der abwesende Verwaltungsrat weiss von einem Mangel der zu kaufenden Sache, die an der Sitzung Anwesenden kennen den Mangel nicht. Im Zusammenhang mit Art. 200 OR findet keine Anrechnung statt. Wäre es in diesem Fall um ein Kenenmüssen gegangen, wäre nach der adäquaten Organisation zu fragen gewesen: diese hätte vielleicht das Versenden von Einladungen mit Traktandenliste und Entscheidungsgrundlagen verlangt, was zu einem Kennenmüssen der Gesellschaft geführt hätte, da der Abwesende vom Geschäft hätte wissen müssen.

⁵⁶ Ein Einbezug weiterer Personen erscheint nicht gerechtfertigt, da dann einer Gesellschaft im Effekt ein Wissenmüssen vorgeworfen würde. Andererseits ist es nicht gerechtfertigt, denjenigen, der Wissen aufzeichnet, gegenüber dem zu bevorzugen, der es dank ausgezeichnetem Gedächtnis «im Kopf behält», weshalb Aufzeichnung durch den Zuständigen aktueller Kenntnis gleichzusetzen ist.

⁵⁷ Dies gilt auch für die Auslegungen der Erklärungen der am Vertragsschluss Beteiligten: nach den Verkehrsschutzüberlegungen von N. 38 darf der Vertragspartner etwa ein Wissen um früher kommunizierte Sachverhalte voraussetzen.

sätze wie bei den Sachverhalten, die an ein Kennenmüssen (bzw. hier dann ein Verschulden) anknüpfen (N. 36).

Nach diesen Grundsätzen kann zunächst im Beispiel VIII (N. 7) der Anspruch des Investors A3 abgewiesen werden: er kann in guten Treuen nicht erwarten, dass die Bank Insiderwissen zu seinen Gunsten ausnützt, bzw. allenfalls das Bankgeheimnis der Z bricht.

Beim Investor A1 wird es auf dessen konkrete Anfrage ankommen: Fragte er generell nach einem zu empfehlenden Titel, ist seine Situation mit derjenigen von A2, dem Vermögensverwaltungskunden, identisch. Fragte er spezifisch, ob Z Titel empfehlenswert seien, nähert sich seine Position derjenigen von A3.

Für den Vermögensverwaltungskunden A2 ist eine generelle Antwort nicht möglich, da die Antwort vom Einzelfall – unter anderem auch der Werbung der Bank⁵⁸ – abhängt; es wird deshalb im folgenden eine vertragliche Regelung empfohlen (vgl. N. 53 nachfolgend).

5. Sachverhalte um Wissen und Willensmängel

44 Bei der Frage, wann sich die Gesellschaft auf einen Willensmangel berufen kann, ist – wie stets – darauf zu achten, dass der Einzelunternehmer gegenüber der Gesellschaft nicht benachteiligt wird. Ist der Unternehmer Opfer eines Irrtums, so kann er sich auf seinen Willensmangel berufen, wird aber bei einem Kennenmüssen des wahren Sachverhaltes schadenersatzpflichtig (Art. 26 OR); letzteres gilt nicht bei absichtlicher Täuschung durch den Vertragspartner.⁵⁹ Kenntnis der wahren Sachlage schliesst natürlich eine Berufung auf jeden Willensmangel aus.

45 Zu untersuchen ist daher zunächst, ob der Gesellschaft nach den in N. 41 ff. aufgestellten Grundsätzen *Kenntnis* der wahren Sachlage vorgeworfen werden kann. Wird dies verneint, ist eine Anfechtung möglich, bei Irrtumssachverhalten ist aber zusätzlich nach den Grundsätzen beim Kennenmüssen zu untersuchen, ob der Gesellschaft Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Beispiel VII (N. 6) löst sich damit folgendermassen: Der Bank kann keine Kenntnis vorgeworfen werden, womit sich A grundsätzlich auf seinen Willensmangel berufen kann. In concreto ist eine Schadenersatzpflicht von A wegen des Verschuldens von C nicht zu untersuchen. Würde C selber schuldlos handeln, wäre zu untersuchen, ob der Bank nach den Grundsätzen des Kennenmüssens ein Vorwurf zu machen ist. Ein solcher würde zu Schadenersatzansprüchen des C gegen A und des A gegen die Bank führen.

6. Sachverhalte, die einen Willen voraussetzen

46 Wo es schliesslich um einen bestimmten Willen geht, also beispielsweise um Arglist der Bank, muss zunächst untersucht werden, ob der

⁵⁸ Es soll Banken geben, die Vermögensverwaltungskunden damit zu gewinnen suchen, dass sie auf ihre engen Verbindungen zu kotierten Unternehmen hinweisen.

⁵⁹ Vgl. OR-SCHWENZER, N. 2 zu OR 26 und N. 20 zu OR 28.

Bank *Kenntnis* des wahren Sachverhaltes vorgeworfen werden kann (N. 41), ferner, ob dem Handelnden Organ oder der Hilfsperson die von der Norm verlangte *Absicht*, bzw. *Willen* vorgeworfen werden kann.⁶⁰ Genügend ist es auch, wenn ein bewusst nicht einschreitendes Organ (oder eine Hilfsperson) diesen Willen hat. Anders gesagt wird der Bank der Wille der um das Geschäft wissenden Organe und Hilfspersonen zugerechnet.

Nach dieser Regel sind die Beispiele IX und X (N. 8) zu lösen: Falls im Beispiel IX Y von der Entgegennahme des Wechsels weiss und den Vorteil der Bank will, handelt die Bank bewusst zum Nachteil des Schuldners. Falls Y im Beispiel X vom Abschluss neuer Verträge mit Kunden weiss (was anzunehmen ist), täuscht die Bank ihren Vertragspartner A.

7. Bedeutung des Bankgeheimnisses, des Insidertatbestandes, des Geschäftsgeheimnisses Dritter, des Privatwissens und von Chinese Walls

47 Die durch das *Bankgeheimnis* und den *Insidertatbestand* aufgebauten *Informationshürden* (vgl. N. 13) betreffen primär den Fragenkomplex des Wissens der Bank im Rahmen der Vertragsabwicklung und wurden schon erläutert (vgl. N. 43). Wo das Wissen von einer adäquaten Organisation abhängt (vgl. N. 36), sind öffentlich-rechtliche Schranken des Informationsflusses natürlich zu berücksichtigen.

48 Zu solchen Schranken gehört auch das *Geschäftsgeheimnis Dritter*, falls Bankenvertreter Einsitz in den Verwaltungsrat von Drittunternehmen nehmen.⁶¹ Dagegen ist nach der hier vertretenen Meinung das *Privatwissen* nicht von einem *geschäftlichen Wissen* abtrennbar (N. 35).

49 Die Bedeutung von *Chinese Walls* für die Wissenszurechnung wurde schon andernorts behandelt; auf jene Ausführungen, die sich primär nicht auf den gegenwärtigen, sondern auf den wünschbaren Rechtszustand beziehen, kann hier verwiesen werden.⁶²

8. Zusammenfassung

- 50 Die hier vertretene *Lösung strebt es an* (vgl. N. 17–23),
– Gesellschaften und Einzelunternehmern in diesem Bereich wenigstens annähernd gleich zu behandeln;

⁶⁰ Ebenso BGE 89 II 239, 252, wo die Zurechnung für Organe (nicht aber für Hilfspersonen) mit Art. 718 Abs. 3 aOR (heute Art. 722 OR) begründet wird. M.E. hat sich die Gesellschaft nach den gleichen Überlegungen aber auch das Handeln ihrer Hilfspersonen anrechnen zu lassen, in vertraglichen Verhältnissen gestützt auf Art. 101 OR. Weitergehend BGH 109, 327 = NJW 1990, 975, der auch das «mosaikartige» Zusammenrechnen von Wissen (in concreto das Wissen eines ausgeschiedenen Bürgermeisters) zur Annahme einer absichtlichen Täuschung genügen lässt.

⁶¹ Ebenso CANARIS (Fn. 19), N. 499. Vgl. auch das Beispiel bei REICHWEIN (Fn. 19), 6.

⁶² WATTER (Fn. 12), 117.

- eine schlechte interne Organisation nicht zu bevorzugen;
- den Verkehrsschutz zu berücksichtigen;
- öffentlich-rechtliche Schranken der Informationsweitergabe und die Problematik des Teilwissens zu beachten;
- die Aufbewahrung auf Datenträger einzubeziehen;
- gewisse konzernrechtliche Überlegungen nicht ausser acht zu lassen.

51 Es wurde versucht, diese *Ziele zu verwirklichen*, indem für die Zurechnung von Wissen an die Gesellschaft verschiedene Wissens- und Willenssachverhalte unterschieden werden (N. 36–46):

- Wo Rechtsfolgen an ein *Kennenmüssen* anknüpfen, wird die (aktuelle oder gespeicherte) Kenntnis einer Reihe von Personen den für die Gesellschaft tatsächlich Handelnden zugerechnet, weil der nicht stattfindende Informationsaustausch letztendlich ein Organisationsmangel, bzw. eine Sorgfaltspflichtverletzung, darstellt. Teilwissen werden integriert. Aus Verkehrsschutzüberlegungen wird die Zurechnung dort noch ausgedehnt, wo relevante Informationen vom Vertragspartner stammen.
- Wo Normen *Kenntnis* voraussetzen, wird auf die Einwirkungsmöglichkeit des Wissenden abgestellt. Teilwissen werden nicht integriert, ein Wissenmüssen wird nicht berücksichtigt.
- Wo das *Wissen den Sorgfaltsmassstab* mitbestimmt, wird das Wissen derjenigen Stellen berücksichtigt, die nach Vertragsauslegung für die korrekte Erfüllung beizuziehen sind; öffentlich-rechtliche Schranken des Informationsflusses werden im Rahmen der Vertragsauslegung beachtet.
- Wo Sachverhalte einen *Willen* voraussetzen, wird nur der Willen desjenigen der Bank zugerechnet, der um den Abschluss des fraglichen Geschäftes weiss.

52 Die hier vertretene Ansicht geht damit *weniger weit als die deutsche Rechtsprechung* und Lehre (vgl. N. 26), aber weiter als die von der hiesigen Lehre teilweise vertretene Ansicht (vgl. N. 30); die wenigen auffindbaren schweizerischen Gerichtsentscheide wären nach dem hier vorgestellten Ansatz im Ergebnis nicht anders zu beurteilen gewesen.

IV. Schlussfolgerungen für die Vertragspraxis?

53 Vertragliche Regeln über das anrechenbare Wissen einer Gesellschaft sind primär im Bereich des Wissens als Massstab für die Sorgfaltspflicht denkbar (vgl. das Beispiel VIII und N. 43). Folgende zwei *Zitate aus einem amerikanischen Vermögensverwaltungsvertrag* sollen belegen, dass dort schon versucht wird, das Risiko umfassender Wissenszurechnung vertraglich zu begrenzen:

ÜBER DAS WISSEN UND DEN WILLEN EINER BANK

«The Bank shall have no obligation to seek to obtain any material non-public («inside») information about any issuer of securities, nor purchase or sell, or recommend for purchase or sale, for the Account the securities of any issuer on the basis of any inside information as may come into its possession.»

«...as a result, there may be periods when the Bank will not initiate or recommend certain types of transactions in certain securities of companies for which the Bank and/or its affiliates are performing investment banking services and the Client will not be advised of such fact.»

54 In N. 43 wurde – mit Vorbehalten – für das hiesige Recht eine diesen Textstellen analoge Rechtslage aus Vertragsauslegung gewonnen; sollen die mit jeder Auslegung verbundenen Risiken ausgeschaltet werden, empfiehlt es sich, solche Klauseln in Vermögensverwaltungsverträge einzubauen.