Wissen, Nichtwissen und Wissenmüssen von natürlichen und juristischen Personen

Markus Vischer | Dario Galli*

Many statutory or contractual provisions' legal consequences depend on whether the addressee knew or should have known a fact. Thus, the question of what natural or legal persons know is of paramount importance. This paper defines the three key terms "knowledge", "lack of knowledge", and "knowledge that one should have had". Also, it examines under which conditions a third party's knowledge may be imputed to a provision's addressee.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Personen
1. Normadressat
2. Entscheidungsträger
3. Wissensträger
4. Gegenüber
III. Wissen
1. Von natürlichen Personen
2. Von juristischen Personen
IV. Nichtwissen
1. Von natürlichen Personen
2. Von juristischen Personen
V. Wissenmüssen
1. Von natürlichen Personen
2. Von juristischen Personen
VI. Wissenszurechnung bei natürlichen Personen
1. Begriff «Wissenszurechnung»
2. Vorliegen einer echten (offenen) Lücke
3. Konzepte zur Lückenfüllung
4. Stellungnahme
VII. Wissenszurechnung bei juristischen Personen
1. Begriff «Wissenszurechnung»
2. Vorliegen einer echten (offenen) Lücke
3. Konzepte zur Lückenfüllung
4. Stellungnahme
VIII. Regelaussagen zur Wissenszurechnung
1. Bei natürlichen Personen
2. Bei juristischen Personen

I. Einleitung

Der Eintritt einer gesetzlichen Rechtsfolge ist teilweise (ausdrücklich oder stillschweigend) von der Bewusstseinslage einer Person, also ihrem Wissen[1], abhängig.[2] Solche Gesetzesbestimmungen bezeichnet man als «Wissensnormen» *(normes de connaissance)*.[3] Das Wissen einer Person spielt etwa bei den Verjährungsvorschriften,[4] der Haftung für Rechts- und Sachmängel[5] oder bei Willensmängeln[6] eine Rolle.[7]

Auch Verträge können Wissensnormen enthalten, die teilweise als «Wissensklauseln» bezeichnet werden.[8] Als Wissensnorm gilt z.B. die in M&A-Verträgen enthaltene Definition von Verkäuferwissen (*seller's knowledge* oder *seller's best knowledge*).

Trotz der hohen Praxisrelevanz von Wissensnormen ist nach wie vor wenig erforscht, was «Wissen» bedeutet und unter welchen Voraussetzungen das Wissen eines Dritten jemandem zugerechnet werden

* Dr. iur. *Markus Vischer,* LL.M., und Dr. iur. *Dario Galli,* LL.M., sind Rechtsanwälte in Zürich.

1 Das Gesetz spricht manchmal nicht von «Wissen», sondern etwa von «Kennen» (z.B. Art. 26 Abs. 1 OR oder Art. 39 Abs. 1 OR).

2 *Maria Walter,* Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2003 = ASR Heft 690, Bern 2005, S. 16; *Han-Lin Chou,* Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Diss. Basel 2001 = BSzR Reihe A Band 59, Basel 2002, Rz. 1.

3 *Annick Fournier,* L'imputation de la connaissance, Diss. Freiburg 2021 = AISUF Band 424, Genf/Zürich/Basel 2021, Rz. 21.

4 Z.B. Art. 60 Abs. 1 OR oder Art. 67 Abs. 1 OR.

5 Z.B. Art. 192 Abs. 2 OR, Art. 200 Abs. 1 und 2 OR oder Art. 201 Abs. 3 OR.

6 Z.B. Art. 28 Abs. 1 OR.

7 *Walter* (Fn. 2), S. 16–24 mit weiteren Beispielen.

8 *Simon Meyer,* Vendor Due Diligence beim Unternehmensverkauf, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band 313, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 574.

kann.[9] Dieser Beitrag klärt Begrifflichkeiten (Kapitel II bis Kapitel V), stellt die Theorien zur Wissenszurechnung dar und würdigt sie kritisch (Kapitel VI und Kapitel VII) und fasst die wesentlichen Erkenntnisse zusammen (Kapitel VIII).

II. Personen

1. Normadressat

Unter dem «Normadressaten» wird nachstehend der Rechtsunterworfene verstanden, also jene Person, der die Wissensnorm Pflichten auferlegt.[10] Es kann sich um eine natürliche oder eine juristische Person oder Rechtsgemeinschaft handeln.[11]

Handelt der Normadressat selbst, spricht man von «Eigenhandeln». Handelt der Normadressat nicht selbst, sondern durch einen Dritten (=Dritthandeln), wird dem Normadressaten gegebenenfalls das Wissen dieses Dritten, also fremdes Wissen, zugerechnet.[12] Der Normadressat kann in dieser Konstellation auch als Zurechnungssubjekt bezeichnet werden.[13]

2. Entscheidungsträger

Der Entscheidungsträger ist jene natürliche Person, die für die Entscheidung kompetent und zuständig ist, um die Verwirklichung der Rechtsfolgen einer Wissensnorm zu verhindern.[14]

2.1 Natürliche Personen

Der Normadressat ist – vorbehaltlich von Vertretungskonstellationen – der Entscheidungsträger. In Vertretungskonstellationen ist der mit Vertretungsmacht ausgestattete Vertreter der Entscheidungsträger.[15]

2.2 Juristische Personen

Als Entscheidungsträger gilt jedes Exekutivorgan, d.h. alle formellen und materiellen Organe (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZGB).[16] Denn diese Organe verfügen über die Handlungsmacht, welche die Wissensnormen voraussetzen (vgl. Kapitel VI.3.2.3). Ob die formellen Organe über eine im Handelsregister eingetragene Zeichnungsberechtigung verfügen, ist unerheblich. Relevant ist einzig die interne, von den Wissensnormen vorausgesetzte Handlungsmacht, nicht aber die externe Vertretungsmacht. Aus dem gleichen Grund kann man auch faktischen Organen nicht die Eigenschaft als Entscheidungsträger absprechen, obwohl sie gemäss Bundesgericht die juristische Person rechtsgeschäftlich nicht binden können.[17] In Vertretungskonstellationen ist der mit Vertretungsmacht ausgestattete Vertreter der Entscheidungsträger.

3. Wissensträger

Als «Wissensträger» gilt jene natürliche Person, die einen bestimmten Fakt kennt. Das Wissen des Wissensträgers kann rechtserheblich sein oder nicht.

4. Gegenüber

Das «Gegenüber» ist jene Person (natürliche Person, juristische Person oder Rechtsgemeinschaft), die mit dem Normadressat interagiert, also zu ihm in einer irgendwie gearteten (z.B. vertraglichen oder ausservertraglichen) Beziehung steht (z.B. Gegenpartei, Schädiger, Geschädigter usw.).

9 In diesem Sinne betreffend Wissenszurechnung: *Hans Caspar von der Crone/Patricia Reichmuth,* Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018, S. 406–427, S. 410. Siehe zur Rechtslage in Deutschland, insbesondere im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, z.B. *Fred Wendt/Karsten Kreiling,* Wissenszurechnung bei M&A-Transaktionen, KSzW 2016, S. 67–72.

10 Im Allgemeinen: *Gion Giger,* Corporate Governance als neues Element im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 2003 = SSHW Band 224, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 51.

11 Unklar *Walter* (Fn. 2), S. 75 (Anm. 220), die aber auf S. 36 festhält, dass auch juristische Personen Normadressatinnen seien.

12 *Walter* (Fn. 2), S. 35–36.

13 *Walter* (Fn. 2), S. 35.

14 Vgl. *Walter* (Fn. 2), S. 93–100 und 158–167.

15 Gemäss *Walter* (Fn. 2), S. 99–100, gilt auch der Normadressat in Vertretungskonstellationen als Entscheidungsträger.

16 Im Allgemeinen zum funktionellen Organbegriff z.B. *Claire Huguenin/Christophe Reitze,* in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 54/55 N 13 und 15–16.

17 BGE 146 III 37 E. 6.2.2 S. 44 = Pra 2020, Nr. 36, S. 379.

III. Wissen

1. Von natürlichen Personen

1.1 Fehlen einer Legaldefinition

Das Privatrecht definiert nicht, was unter «Wissen» zu verstehen ist.[18] Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Wissensnormen unterschiedliche, also höhere oder tiefere, Anforderungen an das Wissen des Normadressaten stellen.[19]

Beispielsweise stellt das Bundesgericht hohe Anforderungen an die Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR (= hohe Wissensqualität).[20] Demgegenüber verlangt das Bundesgericht z.B. bei Art. 28 Abs. 1 OR lediglich, «dass der Täuschende entweder *weiss,* dass seine Information falsch ist […], oder dass er zwar *nicht sicher weiss,* dass es sich um eine Falschinformation handelt, jedoch damit rechnet, dass sie falsch sein könnte […]»[21] (= tiefe Wissensqualität).

1.2 Wissensqualität

Weil die Wissensqualität variieren[22] kann und die Wissensnormen unterschiedliche Wissensanforderungen festlegen, kann das Wissen nicht allgemeinverbindlich definiert werden.[23] Allerdings kann allgemein bestimmt werden, was unter «Wissen» zu verstehen ist. In welcher Qualität eine natürliche Person über das so definierte Wissen verfügen muss, ist für jede Wissensnorm gesondert zu untersuchen.

1.3 Begriff

Unter «Wissen» verstehen wir die «Gesamtheit der Kenntnisse, die jemand hat»[24]. Das Wissen ist demnach definitionsgemäss stets *Personenwissen.* Das Wissen einer natürlichen Person ist in viele Kenntnisse zerlegt, und die Summe aller Kenntnisse ergibt das Wissen einer natürlichen Person. So bedeutet «Kenntnis» gemäss Duden nämlich auch das «Kennen einer (Tat-)Sache, das Wissen von etwas»[25]. Oder anders gewendet: Die Kenntnis betrifft stets einen bestimmten Fakt[26] und ist deshalb eine Teilsumme des Wissens.

Kennt eine natürliche Person einen bestimmten Fakt nicht, ist zu prüfen, ob die Wissensnorm ein Wissenmüssen dieses Fakts voraussetzt. Keinesfalls darf aber der Begriff «Wissen» um die Kenntnis, über welche die natürliche Person unter bestimmten Voraussetzungen hätte verfügen können (Wissensmöglichkeit), erweitert werden. Andernfalls gäbe es keinen Anwendungsfall für das Wissenmüssen.[27]

Rechtsprechung und Lehre sprechen teilweise statt von «Kenntnis» von «positiver Kenntnis»[28], «konkreter Kenntnis»[29] oder «tatsächlicher Kenntnis»[30]. In M&A-Verträgen wird oftmals von «aktuellem Wissen» *(actual knowledge)* gesprochen. Mit solchen Wortschöpfungen wird versucht, die Anforderungen an den Kenntnisstand (bzw. die Wissensqualität) zu definieren. Allerdings handelt es sich hierbei um Pleonasmen, da die Kenntnis von einem Fakt immer positiv bzw. konkret, also vorhanden, ist. Solche Zusätze sind unnötig und sollten daher weggelassen werden.

18 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 39.

19 *Walter* (Fn. 2), S. 26 und 265 (Anm. 798).

20 BGer 4A_136/2012 vom 18.7.2012 E. 4.2.

21 BGer 4A_141/2017 vom 4.9.2017 E. 3.1.2, nicht publ. in: BGE 143 III 495 (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes hinzugefügt).

22 *Kurt Sieger,* Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung, Diss. Zürich 1978, S. 12.

23 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 26; a.M. *Fournier* (Fn. 3), Rz. 41 «on entend par connaissance effective la représentation que se fait un sujet de droit d'un fait qu'il tient pour certain» (Hervorhebungen durch die Autoren dieses Aufsatzes entfernt); *Andreas von Tuhr/Hans Peter,* Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 178, die Wissen von Vorstellungen, Vermutungen und Zweifeln abgrenzen.

24 *Duden,* zu «Wissen», abrufbar unter: <*https://www.duden.de/*> (zuletzt besucht am 14.6.2022).

25 *Duden,* zu «Kenntnis», abrufbar unter: <*https://www.duden.de/*> (zuletzt besucht am 14.6.2022).

26 Vgl. *von Tuhr/Peter* (Fn. 23), S. 178.

27 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 265.

28 BGE 132 III 753 E. 2.4 S. 757; *Heinrich Honsell,* in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 200 N 2.

29 BSK OR I-*Däppen* (Fn. 28), Art. 60 N 8.

30 BGE 111 II 55 E. 3a S. 57 = Pra 1985, Nr. 129, S. 375; *Franz Werro/Vincent Perritaz,* in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 60 N 17; *Sandro Abegglen,* Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil. Bern 2002, Bern 2004, S. 126, der aber auch von «präsentem Wissen» und «aktuellem Wissen» spricht.

1.4 Feststellung von Wissen

Das Wissen ist wie der Wille als innerer Vorgang im Gehirn keinem direkten, d.h. naturwissenschaftlichen, Nachweis zugänglich.[31] Daher dürfen Richter gemäss Bundesgericht aufgrund äusserer Umstände auf das Wissen schliessen, wenn die natürliche Person nicht zugibt, über die Kenntnis zu verfügen.[32] Ob eine natürliche Person einen Fakt kennt, ist daher ein *normativer Wertungsentscheid.*[33] Das Wissen ist mit anderen Worten kein strikt subjektives Tatbestandselement, sondern es wird gewissermassen teilweise objektiviert. Die Grenze dieser Objektivierung bildet das Charakteristikum von Wissen: Wissen bedeutet stets die Kenntnis eines Fakts und nicht die blosse Kenntnismöglichkeit (d.h. fiktive Kenntnis) eines Fakts (vgl. Kapitel III.1.3).[34]

1.5 Privates Wissen und dienstlich erlangtes Wissen

Wie der Wissensträger das von der Wissensnorm geforderte Wissen erlangt hat, ist irrelevant. Entscheidend ist einzig, dass das Wissen die Funktion von rechtserheblichem Wissen erfüllt und dem Entscheidungsträger die notwendige Handlungsmacht einräumt (vgl. Kapitel VI.3.2.3).[35]

Dieser Grundsatz gilt nicht nur beim Eigenhandeln, sondern auch beim Dritthandeln. Folglich ist jene Lehrmeinung abzulehnen, wonach private Kenntnisse nicht zugerechnet werden dürfen.[36] Denn das Wissen des Wissensträgers kann dem Normadressaten zugerechnet werden, wenn es mit dem direkt von der Wissensnorm erfassten Wissen vergleichbar ist.[37] Andernfalls würden das direkt erfasste Wissen (Eigenhandeln) und das zugerechnete Wissen (Dritthandeln) ungerechtfertigterweise ungleich behandelt.[38] Damit ist aber nicht gesagt, dass ausserdienstlich erlangtes (d.h. privates) Wissen (z.B. aufgrund der Tätigkeit als VR-Mitglied einer anderen Gesellschaft) stets zugerechnet wird. So können bspw. Geheimhaltungspflichten gegenüber Dritten eine Zurechnung verhindern.[39]

1.6 Speicherwissen

Neben dem Personenwissen (vgl. Kapitel III.1.3) soll gemäss einzelnen Autoren unter Umständen auch das «Speicherwissen» zum Wissen einer natürlichen Person gezählt werden. Als Speicherwissen gilt das Wissen, das eine natürliche Person in den Akten festgehalten oder sonst wie in ihrem Machtbereich gespeichert hat.[40] Als Speicherwissen kann auch das von künstlicher Intelligenz erweiterte oder geschaffene Wissen gelten.[41]

Diese Auffassung ist abzulehnen.[42] Es ist aus zwei Gründen unzulässig, den Begriff «Wissen» auf «Speicherwissen» auszudehnen. Erstens spricht das Verständnis von «Wissen», also die im Gehirn einer natürlichen Person «gespeicherten» Informationen, dagegen.[43] Zweitens werden damit die Begriffe «Wissen» und «Wissenmüssen» vermengt.[44] Ob einer natürlichen Person auch in ihrem Machtbereich gespeicherte Informationen zugerechnet werden, beschlägt die Frage, ob sie diese Informationen hätte kennen müssen.[45] Mit anderen Worten stellt sich in solchen Fällen

31 Vgl. BGer 4A_394/2021 vom 11.1.2022 E. 3.4.3 «Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt.»; BGE 133 IV 222 E. 5.5 S. 227; OGer ZH SB190523 vom 22.4.2021 E. II/7.4.3; OGer ZH SB190020 vom 10.12.2020 E. V./4.3; *Walter* (Fn. 2), S. 26.

32 Vgl. BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015 E. 2.2.2; BGer 4A_70/2011 vom 12.4.2011 E. 4.4.1.

33 *Abegglen* (Fn. 30), S. 127–128 und 130 *in initio.*

34 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 25–26 und 265.

35 *Walter* (Fn. 2), S. 155.

36 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 154; *Chou* (Fn. 2), Rz. 362 und 365; *Rolf Watter,* Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: Bruno Gehrig/Ivo Schwander (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 125–143, S. 136; *Sieger* (Fn. 22), S. 64–65; *Heinz Reichwein,* Wie weit ist der Aktiengesellschaft und andern juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog. Wissensvertretung)?, SJZ 1970, S. 1–8, S. 6 *in fine.*

37 *Walter* (Fn. 2), S. 154–155.

38 *Walter* (Fn. 2), S. 155.

39 *von der Crone/Reichmuth* (Fn. 9), S. 413; *Walter* (Fn. 2), S. 155 (Anm. 407); *Reichwein* (Fn. 36), S. 8; differenzierend *Fournier* (Fn. 3), Rz. 1304; siehe betreffend Geheimhaltungspflichten bei der Wissenszurechnung im Konzern z.B. *Abegglen* (Fn. 30), S. 295–296.

40 *Walter* (Fn. 2), S. 36 (Anm. 131); *Watter* (Fn. 36), S. 137 und 139.

41 Siehe auch *Fournier* (Fn. 3), Rz. 101–102.

42 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 36; *Abegglen* (Fn. 30), S. 128–129.

43 *Walter* (Fn. 2), S. 37.

44 Siehe zu dieser Problematik im Allgemeinen: *Walter* (Fn. 2), S. 265.

45 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 931.

die Frage, ob diese natürliche Person verpflichtet gewesen wäre, die Wissensspeicher abzufragen.[46]

1.7 Teilwissen

Die Kenntnis eines Fakts setzt sich in der Regel aus zwei Elementen zusammen: der Kenntnis von einem gemäss einer Wissensnorm rechtserheblichen Fakt (= verhaltensunabhängige Kenntnis) einerseits und dem Bewusstsein des Normadressaten, dass dieser ihm bekannte Fakt im Zusammenhang mit einem Verhalten, dem tatbestandsmässigen Verhalten, bedeutsam ist (= verhaltensbezogenes Bewusstsein), andererseits.[47]

Anders als beim Eigenhandeln kann beim Dritthandeln die verhaltensunabhängige Kenntnis und das verhaltensbezogene Bewusstsein auf mehrere natürliche Personen verteilt sein.[48] Solches Teilwissen erfüllt die Funktion rechtserheblichen Wissens nicht (vgl. Kapitel VI.3.2.3).[49]

Unzulässig ist auch die Addition von Teilwissen zu einem zurechenbaren Vollwissen. Es kann nämlich kein Entscheidungsträger die Entscheidung gegen die Verwirklichung der Rechtsfolgen der Wissensnorm fällen, da das Vollwissen nicht faktisch, sondern fiktiv ist.[50] Ergo gilt das Teilwissen nach richtiger Ansicht nicht als *Wissen,*[51] und zwar selbst dann nicht, wenn die natürliche Person (Entscheidungsträger) über die verhaltensunabhängige Kenntnis verfügt und das verhaltensbezogene Bewusstsein haben müsste.[52] Das Wissenmüssen des verhaltensbezogenen Bewusstseins kann aber dem Entscheidungsträger als Wissenmüssen zugerechnet werden, sofern die Wissensnorm das Wissenmüssen dem Wissen gleichstellt.[53]

1.8 Eigenwissen vs. Drittwissen

Das Wissen, über das der Normadressat direkt verfügt, wird als «Eigenwissen» bezeichnet. Solches Wissen wird von Wissensnormen direkt erfasst. Es kann sowohl beim Eigenhandeln als auch beim Dritthandeln bedeutsam sein.

Demgegenüber wird unter «Drittwissen» das dem Normadressaten zugerechnete Wissen verstanden, worüber eine andere natürliche Person verfügt. Solches Drittwissen wird bei natürlichen Personen nicht direkt von der Wissensnorm erfasst, sondern mithilfe eines Analogieschlusses zugerechnet.[54]

2. Von juristischen Personen

2.1 Notwendigkeit der Wissenszurechnung

Juristische Personen sind zwar wissensfähig.[55] Ob man juristischen Personen hingegen zugesteht, selbst, d.h. originär, Wissen zu besitzen, hängt davon ab, ob man der Realitäts- oder Fiktionstheorie folgt.[56] Unabhängig davon, ob juristische Personen über originäres Wissen (Realitätstheorie) oder derivatives Wissen (Fiktionstheorie) verfügen, muss stets das Wissen von natürlichen Personen, die ihrerseits über eine Psyche verfügen, zugerechnet werden.[57] Deshalb entspricht das Wissen gewisser natürlicher Personen jenem der juristischen Person.[58]

Eine allgemeine[59] gesetzliche Grundlage zur Bestimmung des Wissens von juristischen Personen fehlt in der Schweiz.[60] Es existieren verschiedene Theorien

46 *Abegglen* (Fn. 30), S. 129.
47 *Walter* (Fn. 2), S. 148–150 m.w.H.; siehe auch *Sieger* (Fn. 22), S. 12–13.
48 *Walter* (Fn. 2), S. 150–151.
49 *Walter* (Fn. 2), S. 151.
50 *Walter* (Fn. 2), S. 153.
51 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 151–152; *Watter* (Fn. 36), S. 138–139; *Rolf Watter,* Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985 = SSHW Band 81, Zürich 1985, Rz. 270; *Sieger* (Fn. 22), S. 65–66; *Reichwein* (Fn. 36), S. 7; a.M. *Abegglen* (Fn. 30), S. 217–221.
52 *Walter* (Fn. 2), S. 152; *Watter* (Fn. 36), S. 138–139; a.M. betreffend Organe: *Christina Kiss-Peter,* Guter Glaube und Verschulden bei mehrgliedrigen Organen, BJM 1990, S. 281–306, S. 294–295; *Watter* (Fn. 51), Rz. 272 lit. e.
53 *Walter* (Fn. 2), S. 152.
54 *Walter* (Fn. 2), S. 88–90 und 225–226.
55 *Chou* (Fn. 2), Rz. 133.
56 Gegen ein originäres Wissen sprechen sich folgende Autoren aus: *von der Crone/Reichmuth* (Fn. 9), S. 410 *in fine; Walter* (Fn. 2), S. 75 (Anm. 220); *Chou* (Fn. 2), Rz. 133–134.
57 Vgl. *von der Crone/Reichmuth* (Fn. 9), S. 410 *in fine.*
58 A.M. *Chou* (Fn. 2), Rz. 22, der diese Begriffsumschreibung (vgl. Kapitel III.1.3) für juristische Personen infolge Fehlens einer Psyche als inkompatibel erachtet und daher unter «Wissen eine *Summe von verarbeiteten und gespeicherten Sinneswahrnehmungen*» versteht (Rz. 26).
59 Vgl. aber Art. 55 Abs. 2 ZGB (siehe dazu *Walter* [Fn. 2], S. 222–223).
60 *Brigitte Hofstetter,* Das Compliance-Konzept zur Verhinderung von Interessenkonflikten innerhalb von Universal-

zur Wissenszurechnung, auf die im Kapitel VII eingegangen wird. Hervorzuheben ist jedoch bereits hier, dass die Antwort auf die Frage, ob eine juristische Person einen bestimmten Fakt kennt, stets auf einer rechtlichen Würdigung basiert.[61]

2.2 Wirkung der Wissenszurechnung

Aufgrund der notwendigen Wissenszurechnung könnte man fälschlicherweise den Schluss ziehen, dass juristische Personen nie über ein Eigenwissen verfügen, da stets das Wissen von natürlichen Personen, also Drittwissen, zugerechnet wird. Damit würde man behaupten, dass die Wissensnormen gar nie auf juristische Personen direkt, sondern nur mittels eines Analogieschlusses anwendbar wären (vgl. Kapitel III.1.8).

Diese Auffassung ist abzulehnen. Die Wirkung der Wissenszurechnung ist bei juristischen Personen in gewissen Konstellationen, d.h. je nachdem, wessen (Organ vs. bevollmächtigter Dritter) Wissen der juristischen Person zugrechnet wird, eine andere als bei natürlichen Personen. Richtigerweise gilt das von Entscheidungsträgern mit Organeigenschaft zugerechnete Wissen als Eigenwissen.[62] Zu diesem Ergebnis gelangt man entweder, indem man fingiert, dass die juristische Person selbst über die fraglichen Kenntnisse des Entscheidungsträgers verfügt, oder indem man der Realitätstheorie folgt (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB).[63]

Wird der juristischen Person hingegen das Wissen einer natürlichen Person ohne Organeigenschaft (d.h. eines bevollmächtigten Dritten) zugerechnet,[64] gilt solches Wissen – wie bei natürlichen Personen – als fremdes Wissen (Drittwissen), das auf dem Weg des Analogieschlusses zugerechnet wird (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB *e contrario*).[65]

IV. Nichtwissen

1. Von natürlichen Personen

Das Nichtwissen ist das Antonym zum Wissen. Das Nichtwissen lässt sich nur negativ definieren, und zwar als Summe aller Fakten, die eine natürliche Person nicht kennt.[66] Das Nichtwissen ist die Summe der Unkenntnis bestimmter Fakten.[67] Aus diesen Gründen ist auf die Wortschöpfung «negative Kenntnis» zu verzichten.

2. Von juristischen Personen

Das zum Wissen Ausgeführte (vgl. Kapitel III.2) gilt sinngemäss auch für das Nichtwissen. Ergo ist nur das Nichtwissen von natürlichen Personen, deren Wissen der juristischen Person zugerechnet wird (also von Entscheidungsträgern), relevant. Die Antwort auf die Frage, ob eine juristische Person einen bestimmten Fakt nicht kennt, basiert stets auf einer rechtlichen Würdigung.

V. Wissenmüssen

1. Von natürlichen Personen

1.1 Begriff

Das Wissenmüssen[68] entspricht der Summe der Unkenntnis bestimmter Fakten, die einer natürlichen Person aufgrund einer rechtlichen Wertung, also nicht aufgrund einer realen Bewusstseinslage, zugerechnet werden. Es handelt sich daher um eine rechtliche Fiktion, d.h. um *hypothetisches Wissen* des Entscheidungsträgers (bzw. Normadressaten),[69] wobei dieses Wissenmüssen häufig als Wissen im Gehirn

banken, AJP 2002, S. 27–39, S. 38 *in initio;* siehe auch *Walter* (Fn. 2), S. 223–227, wonach es keine gesetzliche Grundlage für die Theorie der absoluten Wissenszurechnung gebe.

61 Gl.M. *von der Crone/Reichmuth* (Fn. 9), S. 410 *in initio.*

62 Gl.M. *von der Crone/Reichmuth* (Fn. 9), S. 411; *Walter* (Fn. 2), S. 225–227 m.w.H. betreffend Organe.

63 *Walter* (Fn. 2), S. 225–227 m.w.H., spricht sich für eine Fiktion aus.

64 Es wird zu untersuchen sein, inwieweit das Wissen von natürlichen Personen, die zwar Teil der juristischen Person sind, aber über keine Organeigenschaft verfügen, überhaupt der juristischen Person zugerechnet werden kann (vgl. Kapitel VII).

65 *Walter* (Fn. 2), S. 226.

66 Vgl. *Duden,* zu «Nichtwissen», abrufbar unter: <*https://www.duden.de/*> (zuletzt besucht am 14.6.2022).

67 Vgl. *Duden,* zu «Unkenntnis», abrufbar unter: <*https://www.duden.de/*> (zuletzt besucht am 14.6.2022).

68 Das Gesetz verwendet oftmals auch andere Formulierungen (z.B. *Fournier* [Fn. 3], Rz. 48 mit Beispielen).

69 Vgl. *Fournier* (Fn. 3), Rz. 46.

einer anderen natürlichen Person existiert.[70] Allerdings wird das Wissenmüssen wegen einer Kenntnis eines bestimmten Fakts begründet, der eine Nachforschungspflicht ausgelöst hätte.[71] Das Wissenmüssen wird dem Entscheidungsträger (bzw. dem Normadressaten) stets qua Wissenszurechnung zugerechnet.

Zwar ist das Wissenmüssen eine rechtliche Fiktion, aber nicht eine Fiktion des Wissens bzw. eine Erweiterung desselben, sondern ein eigenständiger Begriff.[72] Dies schliesst aber nicht aus, dass etliche Gesetzesnormen das Wissenmüssen und das Wissen betreffend die Rechtsfolgen einander gleichstellen.[73]

1.2 Sinn und Zweck

Wissensnormen machen den Eintritt der Rechtsfolgen vom Wissen des Normadressaten abhängig. Das Wissen ist mit anderen Worten in gewissen Konstellationen mit rechtlichen Nachteilen verbunden. Oder anders gewendet: Das Nichtwissen schützt den Unwissenden, indem es die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen nicht eintreten lässt.[74] Das Wissen verleiht dem Entscheidungsträger somit die Macht, sich so zu verhalten, damit der objektive Tatbestand der Wissensnorm sich nicht verwirklicht.[75] Das Wissen eröffnet dem Entscheidungsträger also stets Handlungsmöglichkeiten.

Aufgrund der mit dem Wissen verbundenen Handlungsmöglichkeit können nach richtiger Ansicht mit dem Wissenmüssen nur Konstellationen abgedeckt werden, in denen der Normadressat sich zwar unaufmerksam verhielt *und* – hätte er die gebotene Aufmerksamkeit an den Tag gelegt[76] – die notwendige Kenntnis erlangt hätte, die ihm die Handlungsmöglichkeit eröffnet hätte, um die Verwirklichung des objektiven Tatbestands zu verhindern.[77] Es bedarf mithin eines hypothetischen Kausalzusammenhangs zwischen der Unaufmerksamkeit und dem Nichtwissen.[78] Ein anderes Verständnis des Begriffs «Wissenmüssen» ist dogmatisch unhaltbar, also die Annahme von Wissenmüssen, sobald sich der Entscheidungsträger unaufmerksam verhält, und zwar ohne konkrete Handlungsmöglichkeit.[79]

Das Wissenmüssen sanktioniert gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) die Unaufmerksamkeit des Entscheidungsträgers. Damit wird verhindert, dass der Entscheidungsträger (bzw. letztlich der Normadressat) seine Unaufmerksamkeit auf das Gegenüber überwälzen, den Eintritt nachteiliger Rechtsfolgen verhindern[80] und sich damit einen Rechtsvorteil verschaffen kann.[81]

2. Von juristischen Personen

Das zum Wissen Ausgeführte (vgl. Kapitel III.2) gilt sinngemäss auch für das Wissenmüssen. Ergo kann das Kennenmüssen eines Fakts immer nur die natürliche Person treffen, deren Wissen der juristischen Person zugerechnet wird (also von Entscheidungsträgern). Die Antwort auf die Frage, ob eine juristische Person einen bestimmten Fakt hätte kennen müssen, basiert stets auf einer rechtlichen Würdigung.

70 Das Wissenmüssen kann aber auch als Speicherwissen existieren, das eine natürliche Person hätte abfragen müssen (vgl. Kapitel VIII.1.2 und Kapitel VIII.2.2).

71 Vgl. *Walter* (Fn. 2), S. 28, die jedoch einen Verdachtsgrund voraussetzt.

72 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 58.

73 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 56.

74 *Walter* (Fn. 2), S. 62.

75 Vgl. *Walter* (Fn. 2), S. 62–63.

76 *Walter* (Fn. 2), S. 131, qualifiziert das Aufmerksamkeitsgebot beim Wissenmüssen als Gebot *sui generis* und lehnt eine Qualifikation als Pflicht oder Obliegenheit ab. Demgegenüber qualifiziert die Lehre zum Gutglaubensschutz das Aufmerksamkeitsgebot als Obliegenheit (z.B. BSK ZGB I-*Honsell* [Fn. 16], Art. 3 N 35; *Sibylle Hofer,* in: Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 3 ZGB N 113).

77 *Walter* (Fn. 2), S. 63 mit Hinweis auf die Ausführungen zum Gutglaubensschutz in BGE 100 II 8 E. 4b S. 16 bzw. von *Alfred Koller,* Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1984/85 = AISUF Band 70, 2. Aufl., Freiburg 1989, Rz. 159.

78 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 46; *Walter* (Fn. 2), S. 63–64.

79 A.M. betreffend Wissenmüssen im deutschen Recht: *Petra Buck,* Wissen und juristische Person, Habil. Tübingen 1999 = TübRA Band 89, Tübingen 2001, S. 44; a.M. betreffend Gutglaubensschutz: *Markus Müller-Chen,* Die Crux mit dem Eigentum an Kunst, AJP 2003, S. 1267–1279, S. 1271–1272.

80 *Walter* (Fn. 2), S. 63 mit Hinweis auf die Ausführungen zum Gutglaubensschutz von *Koller* (Fn. 77), Rz. 144.

81 Betreffend deutsches Recht: *Rita Wetzel,* Die Zurechnung des Verhaltens Dritter bei Eigentumsstörungstatbeständen, Tübingen 1971, S. 49.

VI. Wissenszurechnung bei natürlichen Personen

1. Begriff «Wissenszurechnung»

Wissenszurechnung bei natürlichen Personen bedeutet die Zurechnung von Wissen, über das eine natürliche Person verfügt (= Wissensträger), an eine andere natürliche Person (d.h. den Normadressaten).[82] Die Wissenszurechnung kann auch unter dem Titel «Wissenmüssen» erfolgen: Dabei wird das Wissen eines Wissensträgers dem Entscheidungsträger (und damit indirekt dem Normadressaten) zugerechnet.[83] Aufgrund der Wissenszurechnung wird der Entscheidungsträger (bzw. der Normadressat) rechtlich so behandelt, also ob er selbst über das betreffende Wissen verfügt hätte (bzw. verfügen würde).[84] Die Wissenszurechnung basiert somit stets auf einer rechtlichen Würdigung.

2. Vorliegen einer echten (offenen) Lücke

Das Privatrecht äussert sich nicht in allgemeiner Weise zur Wissenszurechnung.[85] Soweit eine Wissensnorm die Wissenszurechnung nicht ausdrücklich ausschliesst, fehlt es folglich an einer gesetzlichen Regelung.[86] Es liegt mit anderen Worten eine echte (offene) Lücke vor.[87] Diese Lücke ist *modo legislatoris* zu schliessen (Art. 1 Abs. 1 ZGB, Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB).[88/89]

3. Konzepte zur Lückenfüllung

3.1 Bundesgericht und Mehrheitsmeinung in der Lehre

Bei natürlichen Personen wird die Wissenszurechnung im Zusammenhang mit der bürgerlichen Stellvertretung diskutiert. Deshalb wird statt von «Wissenszurechnung» auch von «Wissensvertretung» *(représentation de la connaissance)* gesprochen.[90]

Gemäss Bundesgericht und Lehre muss sich der Vertretene das Wissen und das Wissenmüssen des *Vertreters* anrechnen lassen,[91] jedoch nur soweit die Vollmacht reicht.[92] Keine Wissenszurechnung erfolgt somit, wenn keine pflichtgemässe Vertretung (z.B. aufgrund eines Interessenkonflikts) vorliegt und dieser Umstand der Gegenpartei bekannt ist oder hätte bekannt sein müssen.[93] Auch das Wissen und das Wissenmüssen von Boten wird dem Vertretenen nicht zugerechnet.[94] Wird ein Vertretener durch mehrere Vertreter vertreten, soll gemäss gewissen Autoren das Wissen eines einzigen Vertreters genügen. So kann der Vertretene z.B. einen Vertrag nicht wegen Irrtums anfechten, wenn sich einer der Vertreter nicht geirrt hat.[95] Das Bundesgericht und die Lehre berücksichtigen aber auch das Wissen und das Wissenmüssen des *Vertretenen,* wobei lediglich hinsichtlich des Umfangs Meinungsverschiedenen existieren.[96]

82 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 36.

83 Gl.M. betreffend juristische Personen: *Watter* (Fn. 51), Rz. 270 und 272; a.M. *Walter* (Fn. 2), S. 36, der zufolge das Wissen dem Normadressaten direkt statt «via Umweg» über den Entscheidungsträger zuzurechnen ist.

84 Vgl. *Walter* (Fn. 2), S. 35.

85 BGer 4C.332/2005 vom 27.1.2006 E. 3.3 *in initio; Walter* (Fn. 2), S. 50, der zufolge sich das Gesetz nur auf dem Gebiet der Verschuldenszurechnung zur Wissenszurechnung äussert. *Abegglen* (Fn. 30), S. 114, erwähnt Art. 5 VVG und Art. 28 Abs. 2 OR als Wissensnormen, die sich ausdrücklich zur Wissenszurechnung äussern.

86 *Walter* (Fn. 2), S. 51.

87 *Abegglen* (Fn. 30), S. 115 *in fine.*

88 Im Allgemeinen zur Lückenfüllung: *Markus Vischer,* Schafft das neue Aktienrecht die Sachübernahmevorschriften wirklich ab?, SJZ 2022, S. 172–184, S. 176–177.

89 *Walter* (Fn. 2), S. 89, insbesondere S. 91–92 zur Frage, ob statt eines Analogieschlusses eine Sachverhaltsfiktion zulässig sei; *Abegglen* (Fn. 30), S. 111 und 116.

90 *Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid,* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1444.

91 BGer 4A_129/2021 vom 9.8.2021 E. 4.4.1.1; BGer 4A_562/2019 vom 10.7.2020 E. 4 Ingress; BGer 4A_141/2018 vom 4.9.2018 E. 5.2; BGE 140 III 86 E. 4.1 S. 91 = Pra 2014, Nr. 79, S. 558; BGer 4A_19/2013 vom 30.4.2013 E. 3.1.1 *in fine;* CR CO I-*Chappuis* (Fn. 30), Art. 32 N 21*; Jean-Philippe Klein,* Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 32 OR N 22–23; BSK OR I-*Watter* (Fn. 28), Art. 32 N 24.

92 BGer 4C.332/2005 vom 27.1.2006 E. 3.3; BGE 73 II 6 E. 5 S. 13–14; ZK-*Klein* (Fn. 91), Art. 32 OR N 25; *Roger Zäch/Adrian Künzler,* Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 32 OR N 134–135.

93 BGer 4C.332/2005 vom 27.1.2006 E. 3.3 *in fine.*

94 BGer 4A_303/2007 vom 29.11.2007 E. 3.4.3 *in fine.*

95 ZK-*Klein* (Fn. 91), Art. 32 OR N 22.

96 BGE 43 II 487 E. 2 S. 491; BSK OR I-*Watter* (Fn. 28), Art. 32 N 25; BK-*Zäch/Künzler* (Fn. 92), Art. 32 OR N 144; *Walter* (Fn. 2), S. 171–172; *Abegglen* (Fn. 30), S. 11–14.

3.2 Funktionstheorie von *Walter*

3.2.1 Allgemeines

Da die Wissenszurechnung den Anwendungsbereich einer Wissensnorm auf Sachverhalte ausdehnt, welche die Wissensnorm eigentlich nicht erfasse,[97] muss gemäss *Walter* das Leitmotiv bei der Lückenfüllung der Sinn und Zweck der jeweiligen Wissensnorm sein. Zu fragen sei demnach, in welchem tatbestandsmässigen Kontext das Wissen rechtserheblich (vgl. Kapitel VI.3.2.2) und welches die Funktion von rechtserheblichem Wissen (vgl. Kapitel VI.3.2.3) sei.[98]

3.2.2 Tatbestandsmässiger Kontext

Viele Wissensnormen erklären das Wissen, das Wissenmüssen oder das Nichtwissen in Verbindung mit einem bestimmten äusserlich wahrnehmbaren Verhalten (Tun[99] oder Unterlassen[100]) des Normadressaten für rechtserheblich (Verhaltenswissensnormen).[101] Relevant sei somit, ob der Normadressat im Zeitpunkt, in dem er das rechtserhebliche Verhalten an den Tag gelegt hat, den fraglichen Fakt gekannt hat oder hätte kennen müssen.[102] Nur so hätte er sich gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Wissensnorm entscheiden können.[103] Ergo sind gemäss *Walter* vergessenes Wissen, sofern dies nicht ein Wissenmüssen begründet, und nachträglich erlangtes Wissen belanglos.[104]

Eine Minderheit der Wissensnormen (z.B. Art. 201 Abs. 3 OR) qualifiziert *Walter* als Fristenwissensnormen. Gemäss solchen Normen löse das rechtserhebliche Wissen des Normadressaten – unabhängig von seinem Verhalten – im Moment der Kenntniserlangung eine Rechtsfolge bzw. eine Rechtsentwicklung aus (z.B. Beginn einer Verjährungsfrist).[105]

3.2.3 Funktion von Wissen

Wissensnormen bewerten laut *Walter* grossmehrheitlich ein Verhalten des Normadressaten.[106] Das Wissen erlaube dem Normadressaten aufgrund seiner rechtserheblichen Kenntnisse, den Eintritt der Rechtsfolge der Wissensnorm zu verhindern,[107] indem er sich gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Wissensnorm entscheide.[108] Das Wissen verleihe dem Wissenden somit Handlungsmacht. Diese Überlegungen gelten gemäss *Walter* auch für Normadressaten, die einen bestimmten rechtserheblichen Fakt hätten kennen müssen.[109]

3.2.4 Kein *per se*-Verbot der Wissenszurechnung

Wissensnormen gehen *Walter* zufolge von der Prämisse aus, dass der Normadressat den ganzen Tatbestand in eigener Person erfüllt und damit nur sein Wissen (Eigenwissen) relevant ist.[110] Andernfalls würde der unwissende Normadressat nicht geschützt (vgl. Kapitel VI.3.2.3).[111] Ein Verbot der Zurechnung fremden Wissens (Drittwissen) oder eigenen Wissens, weil der Normadressat den objektiven Tatbestand nicht in eigener Person erfülle,[112] enthielten sie aber nicht.[113] Es bedürfe jedoch einer besonderen Zurechnungsregel (z.B. Stellvertretungsrecht).[114]

Nur weil Wissensnormen die Wissenszurechnung nicht kategorisch ausschliessen, kann gemäss *Walter* aber im Umkehrschluss nicht davon ausgegangen werden, dass Wissen schrankenlos zugerechnet werden kann.[115] Das Rechtsgleichheitsgebot gebiete, Eigen- und Drittwissen dem Normadressaten zuzurechnen, sofern das zuzurechnende Wissen dem Wis-

97 *Walter* (Fn. 2), S. 51 und 74, wonach der Kreis der Personen erweitert wird, deren Wissen die den Normadressaten treffenden Rechtsfolgen der Wissensnorm auslösen kann.
98 *Walter* (Fn. 2), S. 51–52.
99 *Walter* (Fn. 2), S. 53–54, erwähnt z.B. Art. 933 ZGB oder Art. 200 OR.
100 *Walter* (Fn. 2), S. 54, erwähnt Art. 502 Abs. 3 OR als Beispiel und diskutiert auch den Sonderfall des Unterlassens (S. 54–55, insbesondere Anm. 177, und S. 144 [Anm. 381]).
101 *Walter* (Fn. 2), S. 52.
102 *Walter* (Fn. 2), S. 52–53 und 144.
103 *Walter* (Fn. 2), S. 144.
104 *Walter* (Fn. 2), S. 144–145.
105 *Walter* (Fn. 2), S. 55–58.
106 *Walter* (Fn. 2), S. 59.
107 *Walter* (Fn. 2), S. 60.
108 *Walter* (Fn. 2), S. 66–67, siehe auch S. 68 zu den Fristenwissensnormen.
109 *Walter* (Fn. 2), S. 66–67.
110 *Walter* (Fn. 2), S. 76–77; siehe auch *Watter* (Fn. 36), S. 130.
111 *Walter* (Fn. 2), S. 78.
112 Beispiel: Ein Käufer, der sich durch einen direkten Stellvertreter beim Kauf vertreten lässt, kennt den Mangel (*Walter* [Fn. 2], S. 85 und 88).
113 *Walter* (Fn. 2), S. 81, sofern das fremde Wissen dem Wissensträger mit dem Normadressaten vergleichbare Verhaltensmöglichkeiten eröffnet. Siehe aber S. 82–84, wonach gemäss *Walter* bei gewissen Wissensnormen kein fremdes Wissen zugerechnet werden darf (z.B. absolut höchstpersönliche Rechtsgeschäfte).
114 *Walter* (Fn. 2), S. 77.
115 Siehe *Walter* (Fn. 2), S. 84.

sensträger die Verhaltensmöglichkeit eröffne, sich gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Wissensnorm zu entscheiden.[116] Nur so könne dem Normzweck der Wissensnorm zum Durchbruch verholfen werden.[117]

3.2.5 Wissenszurechnung

Zur Zurechnung von Wissen: Wissen kann gemäss *Walter* dem Normadressaten nur dann zugerechnet werden, wenn es wie direkt erfasstes Wissen dem Wissensträger die Verhaltensmöglichkeit eröffnet, sich gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands zu wehren.[118] Ergo müsse der Wissensträger die fragliche Entscheidungsmöglichkeit unmittelbar sowie unbedingt besitzen und persönlich umsetzen können, er müsse also ein Entscheidungsträger sein.[119] Im Umkehrschluss sei das Wissen dem Normadressaten nicht zurechenbar, wenn es zwar die Entscheidungsmöglichkeit eröffne, aber der Wissensträger diese nicht besitze, und zwar selbst dann, wenn dieses Wissen unter gewissen Voraussetzungen zum Entscheidungsträger gelangen könnte.[120] Faktische Möglichkeiten eines Wissensträgers, sich gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands einer Wissensnorm zu entscheiden, vermögen keine Wissenszurechnung zu rechtfertigen.[121] Diese für Verhaltenswissensnormen geltenden Grundsätze sind laut *Walter* für Fristenwissensnormen zu modifizieren:[122] Vereinfacht gesagt dürfe dem Normadressaten nur das Wissen (und damit die Untätigkeit) von Wissensträgern zugerechnet werden, die das Erforderliche vorkehren könnten, um die Verwirkung der Rechtsposition zu verhindern, und hiefür zuständig seien.[123]

Zur Zurechnung von Nichtwissen: Der Normadressat gelte nur dann als unwissend, wenn er selbst und kein Wissensträger, dessen Wissen der Normadressat sich zurechnen lassen müsse, rechtserhebliches Wissen besitze und ihm deshalb deren Unkenntnis zugerechnet werde.[124] Falls nur einer von mehreren Entscheidungsträgern wissend sei, sei dieses Wissen dem Normadressaten zuzurechnen, sodass dieser als wissend gelte.[125]

Zur Zurechnung von Wissenmüssen: Dem Entscheidungsträger (und damit indirekt dem Normadressaten) werde nur das Wissenmüssen (d.h. das Nichtwissen) jener Wissensträger zugerechnet, deren Wissen er sich zurechnen lassen müsse. Der Kreis von Wissensträgern, deren Wissen und Wissenmüssen letztlich dem Normadressaten zugerechnet werde, sei somit identisch.[126] Indirekt sei allerdings auch das Wissen von anderen Wissensträgern innerhalb oder ausserhalb der gleichen Organisation bedeutsam, falls einer der Entscheidungsträger sich bei diesem Wissensträger hätte erkundigen müssen.[127] Ein Wissenmüssen werde nur zugerechnet, wenn niemand über Wissen verfügt habe.[128] Der Normadressat komme folglich nur dann in den Genuss der Rechtsfolge von Nichtwissen, wenn kein Entscheidungsträger wusste oder hätte wissen müssen.[129]

4. Stellungnahme

Die vom Bundesgericht und der Mehrheit der Lehre vertretene Auffassung sowie die von *Walter* postulierte Funktionstheorie unterscheiden sich nicht massgeblich. Vorzuziehen ist jedoch die Funktionstheorie, da sie gut begründet ist und für alle Wissensnormen die Werkzeuge zur Verfügung stellt, um einer natürlichen Person das Wissen oder Wissenmüssen einer anderen natürlichen Person zuzurechnen. Für die Funktionstheorie spricht auch, wie noch aufzuzeigen ist, dass sie teilweise auf die Wissenszurechnung bei juristischen Personen angewandt werden kann.

VII. Wissenszurechnung bei juristischen Personen

1. Begriff «Wissenszurechnung»

Wissenszurechnung bei juristischen Personen bedeutet die Zurechnung von Wissen, über das eine natürliche Person verfügt (= Wissensträger), an eine juristische Person (d.h. den Normadressaten).[130] Die

116 *Walter* (Fn. 2), S. 87–88 und 92.
117 Vgl. *Walter* (Fn. 2), S. 86.
118 *Walter* (Fn. 2), S. 92.
119 *Walter* (Fn. 2), S. 92.
120 *Walter* (Fn. 2), S. 92–93.
121 *Walter* (Fn. 2), S. 93–94.
122 *Walter* (Fn. 2), S. 100.
123 *Walter* (Fn. 2), S. 104–105.
124 *Walter* (Fn. 2), S. 119.
125 *Walter* (Fn. 2), S. 119–120 und Anm. 312.
126 *Walter* (Fn. 2), S. 133.
127 *Walter* (Fn. 2), S. 133.
128 *Walter* (Fn. 2), S. 132.
129 *Walter* (Fn. 2), S. 133.
130 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 36.

Wissenszurechnung kann auch unter dem Titel «Wissenmüssen» erfolgen: Dabei wird das Wissen eines Wissensträgers dem Entscheidungsträger (und damit indirekt dem Normadressaten) zugerechnet.[131] Aufgrund der Wissenszurechnung wird der Entscheidungsträger (und damit indirekt auch der Normadressat) rechtlich so behandelt, als ob er selbst über das betreffende Wissen verfügt hätte (bzw. verfügen würde).[132] Die Wissenszurechnung basiert somit stets auf einer rechtlichen Würdigung.

2. Vorliegen einer echten (offenen) Lücke

Das Privatrecht regelt weder die Wissenszurechnung bei natürlichen noch bei juristischen Personen in allgemeiner Weise (vgl. Kapitel VI.2). Die Rechtsprechung und die Lehre haben mehrere Konzepte entwickelt, mithilfe deren diese Lücke bei juristischen Personen gefüllt werden kann (vgl. Kapitel VII.3).

3. Konzepte zur Lückenfüllung

3.1 Theorie der absoluten Wissenszurechnung

Nach dieser Theorie (auch Theorie der absoluten Wissensvertretung genannt)[133] ist das Wissen eines Organs ohne Weiteres mit dem Wissen der juristischen Person gleichzusetzen. Das Organwissen wird mit anderen Worten schrankenlos zugerechnet.[134] Das Wissen von Personen, die keine Organstellung besitzen, wird im Umkehrschluss nicht zugerechnet.[135]

Entwickelt wurde diese Theorie von den Sachenrechtlern. Zu ihren Vertretern zählen z.B. *Reichel*[136], *Bader*[137] und *Leemann*[138]. Sie begründen die Theorie der absoluten Wissenszurechnung mit Analogieschlüssen zu Art. 54 ZGB und Art. 55 ZGB (insbesondere Art. 55 Abs. 2 ZGB) sowie der Handhabung der Passivvertretung bei der Kollektivvertretung.[139] Das Bundesgericht vertrat diese Theorie – abgesehen von gewissen Ausnahmen (vgl. Kapitel VII.3.2 und Kapitel VII.3.3) – bis ins Jahr 2001.[140]

3.2 Theorie der relativen Wissenszurechnung

Die Anhänger dieser Theorie (auch Theorie der relativen Wissensvertretung genannt)[141] befürworten die Theorie der absoluten Wissenszurechnung nur dem Grundsatz nach. Gemäss der Theorie der relativen Wissenszurechnung wird der juristischen Person vorwiegend das Wissen des ein Rechtsgeschäft abschliessenden Organs zugerechnet. Daneben wird der juristischen Person aber unter Umständen auch das Wissen nichthandelnder Organe, in der Regel mithilfe des Kriteriums der adäquat organisierten Gesellschaft, zugerechnet.[142]

Die Theorie der relativen Wissenszurechnung wird von der Mehrheit der Lehre zum Personen- und Sachenrecht vertreten.[143] Das Zürcher Handelsgericht

131 Gl.M. *Watter* (Fn. 51), Rz. 270 und 272; a.M. *Walter* (Fn. 2), S. 36, der zufolge das Wissen dem Normadressaten direkt statt «via Umweg» über den Entscheidungsträger zuzurechnen ist.

132 Vgl. *Walter* (Fn. 2), S. 35.

133 *Watter* (Fn. 36), S. 134; siehe auch *Fournier* (Fn. 3), Rz. 673.

134 Vgl. die bildliche Umschreibung dieser Theorie von *Hans Bader,* Ein Beitrag zur Frage des guten Glaubens bei juristischen Personen, SJZ 1920/21, S. 244–245, S. 245 *in initio* «Der böse Glaube eines einzigen Organes lässt sich mit einer ansteckenden Krankheit vergleichen, die sofort auch die juristische Person infiziert.»

135 *Watter* (Fn. 36), S. 134.

136 *Hans Reichel,* Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Wien 1915 (Separatdruck aus der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Carl Samuel Grünhut), S. 29–30.

137 Betreffend Ersitzung: *Bader* (Fn. 134), S. 245 (siehe aber S. 144, wo sich *Bader* betreffend Vertragsschluss der Theorie der relativen Wissenszurechnung anschliesst).

138 *Hans Leemann,* Berner Kommentar, Bern 1925, Art. 884 ZGB N 78.

139 Siehe dazu *Walter* (Fn. 2), S. 192–193 m.w.H.; *Reichel* (Fn. 136), S. 27 und 29.

140 BGer 4C.18/2001 vom 25.10.2001 E. 3b; BGE 124 III 418 E. 1b S. 420 = Pra 1999, Nr. 34, S. 209; BGE 104 II 190 E. 3b S. 197; BGE 89 II 239 E. 8 S. 251; BGer i.S. *Albert R. vs. Wolfensberger & Wiedmer AG* vom 17.2.1932 E. 4, in: ZR 1932, Nr. 136, S. 272; BGE 56 II 183 E. 2 S. 188; BGE 48 II 270 E. 2 S. 274; BGE 42 III 286 E. 7 S. 306; BGE 41 II 77 E. 3 S. 81. Siehe die Kommentierung gewisser dieser Urteile bei *Walter* (Fn. 2), S. 196–199.

141 *Watter* (Fn. 36), S. 134.

142 Zu alledem: *Walter* (Fn. 2), S. 193–196 m.w.H.

143 Z.B. *Emil W. Stark/Barbara Lindenmann,* Berner Kommentar, 4. Aufl., Bern 2016, Art. 933 ZGB N 78; *Dieter Zobl/Christoph Thurnherr,* Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 884 ZGB N 835; *Hans Michael Riemer,* Berner Kommentar, 3. Aufl., Bern 1993, Art. 54/55 ZGB N 47 und 49; *Watter* (Fn. 36), S. 136–139; *Kiss-Peter* (Fn. 52), S. 291–306; *Watter* (Fn. 51), Rz. 271–273; *Reichwein* (Fn. 36), S. 7–8; *Leo Stoffel,* Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1938, S. 153–173; *Karl Schultz,* Zur Frage des guten Glaubens bei juristischen Personen, SJZ 1920/21, S. 119–

schloss sich dieser Theorie 1920 an.[144] Auch das Bundesgericht befürwortete diese Theorie – bevor es sich der Organisationstheorie anschloss – in zwei im Jahr 2000 gefällten Urteilen.[145] Dabei bejahte das Bundesgericht unter dem Titel «Wissensaustausch» eine gegenseitige «Erkundigungs- und Mitteilungspflicht» der Organe, die das Rechtsgeschäft vorbereiten und die das Rechtsgeschäft abschliessen.[146] Auch das Wissen der Abschlussgehilfen ist laut Bundesgericht einzubeziehen, selbst wenn diese nicht Organpersonen sind, soweit deren Vorbereitungshandlungen den Geschäftswillen der handelnden Organe bzw. Vertreter beeinflussen.[147] 2015 scheint das Bundesgericht in einem Urteil wieder die Theorie der relativen Wissensvertretung vertreten zu haben.[148]

3.3 Organisationstheorie

3.3.1 Lehre

Einen neuen Ansatz, der letztlich auf der ordnungsgemässen Organisation der juristischen Person fusst, vertreten *Chou*[149] und *Abegglen*[150]. Beide lehnen die Theorie der absoluten Wissenszurechnung sowie die Theorie der relativen Wissenszurechnung ab und legen dar, unter welchen Gesichtspunkten nicht nur das Wissen von Organen zugerechnet werden kann, sondern generell «innerhalb» der juristischen Person. Das Wissen wird mit anderen Worten nach funktionalen Ansätzen zugerechnet. Dabei werden die Personen, deren Wissen zugerechnet wird, nicht direkt bestimmt, sondern lediglich indirekt: Es sind nämlich diejenigen Personen, deren Wissen bei ordnungsgemässer Organisation zum Entscheidungsträger gelangt wäre.[151]

3.3.2 Bundesgericht

Das Bundesgericht schloss sich der Organisationstheorie erstmals ausdrücklich 1983[152] und konsequent ab 2001 an.[153] Allerdings unterscheidet sich der ab 2001 vom Bundesgericht verwendete Textbaustein[154] von der 1983 verwendeten Formulierung[155] und er-

120, S. 120; betreffend Vertragsschluss: *Bader* (Fn. 134), S. 245 (siehe aber S. 245, wo sich *Bader* betreffend Ersitzung der Theorie der absoluten Wissenszurechnung anschliesst).

144 HGer ZH vom 1.4.1920, in: ZR 1921, Nr. 27, S. 51–52 (bestätigt durch das Bundesgericht [vgl. S. 56]); bestätigt in HGer ZH HG 190127 vom 20.7.2021 E. 4.5.3.4, in: ZR 2021, Nr. 52, S. 249.

145 BGer 4C.26/2000 vom 6.9.2000 E. 2c/aa; BGer 4C.335/1999 vom 25.8.2000 E. 5a (besprochen von *Walter* [Fn. 2], S. 198–199); offengelassen hingegen in BGE 112 II 503 E. 3b S. 505.

146 BGer 4C.26/2000 vom 6.9.2000 E. 2c/aa.

147 BGer 4C.26/2000 vom 6.9.2000 E. 2c/aa.

148 BGer 2C_1082/2013 und 2C_1083/2013 vom 14.1.2015 E. 6.2; so auch HGer SG HG.2013.56 vom 27.10.2015 E. III/2a, mit interessanten Ausführungen zum Ausschluss der Wissenszurechnung: «Eine Ausnahme ist jedoch zu machen, wenn ein Organ in Schädigungsabsicht deliktisch zum Nachteil der Gesellschaft handelt und es sein Handeln vor der Gesellschaft verbirgt. Das Wissen eines Organs darf einer juristischen Person nur dann entgegengehalten werden, wenn es ihr möglich wäre, auf der Grundlage dieses Wissens einen eigenen Willen zu bilden und dementsprechend im Gesellschaftsinteresse zu handeln.»

149 *Chou* (Fn. 2), Rz. 296–347, der sich von dem von der deutschen Rechtsprechung und Lehre entwickelten Prinzip der Wissensverantwortung leiten lässt.

150 *Abegglen* (Fn. 30), S. 157–227, der Wissen nach dem Leitmotiv der ordnungsgemässen Wissensorganisation zurechnet. Gemäss *Abegglen* trifft eine juristische Person die auf Art. 2 Abs. 1 ZGB gestützte Obliegenheit, über eine ordnungsgemässe Informationsorganisation zu verfügen. Diesen Ansatz konkretisiert *Abegglen* mithilfe von vier Kriterien, nach denen Wissen zugerechnet wird: (1) die wahrscheinliche Bedeutung der Information, (2) die Funktion des Wissensträgers, (3) die Steuerbarkeit bzw. Beherrschbarkeit des Informationsflusses und (4) den Vertrauenstatbestand, d.h. der erwartete Kommunikationsablauf (vgl. S. 181–225).

151 Siehe *Walter* (Fn. 2), S. 260.

152 BGE 109 II 338 E. 2b S. 341–343 (besprochen von *Walter* [Fn. 2], S. 237–239, und *Abegglen* [Fn. 30], S. 47–50).

153 BGer 5C.104/2001 vom 21.8.2001 E. 4c/bb; bestätigt z.B. in BGer 4A_35/2020 vom 15.5.2020 E. 3.2.1; BGer 4A_614/2016 vom 3.7.2016 E. 6.3.1; BGer 4A_112/2013 vom 20.8.2013 E. 2.4; BGer 9C_199/2008 vom 19.11.2008 E. 4.1; BGer 5C.43/2004 vom 9.8.2004 E. 7.1 «Ainsi, les faits dont la société mère a connaissance sont opposables à la société fille lorsque les deux entités juridiques disposent d'une banque de données électronique commune ou emploient les mêmes collaborateurs»; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts B 50/02 vom 1.12.2003 E. 3 Ingress.

154 BGer 5C.104/2001 vom 21.8.2001 E. 4c/bb «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.; […]).»

155 BGE 109 II 338 E. 2b S. 343 «Um so mehr durfte aber von ihr [d.h. der Klägerin] verlangt werden, für eine zweckmässige Information innerhalb ihrer Betriebe zu sorgen, damit solche Abkürzungen der für die Wahrung ihrer Firmenrechte zuständigen Abteilung gemeldet werden.»

laubt eine weitergehende Wissenszurechnung. Dies ist in der Lehre auf Kritik gestossen (vgl. Kapitel VII.3.4).

3.4 Modifizierte Organisationstheorie von *Fournier*

Fournier vertritt eine auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie auf das Gleichheitsgebot gestützte modifizierte Organisationstheorie.[156] Sie lehnt das vom Bundesgericht[157] seit 2001 angewandte Kriterium der objektiven Abrufbarkeit von Wissen in der Organisation *(critère de l'accessibilité)* als zu weitgehend ab.[158] Stattdessen befürwortet *Fournier* das in BGE 109 II 338 E. 2 S. 343 erwähnte Kriterium der ordnungsgemässen Organisation bzw. der «zweckmässigen Information» *(critère de la bonne organisation)*.[159]

Dabei rechnet *Fournier* das Wissen von mit der Sache befassten Personen *(la personne saisie de l'affaire)* der juristischen Person als Wissen zu.[160] Darunter versteht sie zeichnungsberechtigte formelle Organe und Vertreter, d.h. bürgerliche Stellvertreter (Art. 32 Abs. 1 OR), Prokuristen (Art. 458 Abs. 1 OR) und Handlungsbevollmächtigte (Art. 462 Abs. 1 OR).[161] Mithilfe des Kriteriums der ordnungsgemässen Organisation rechnet *Fournier* diesen die juristische Person vertretenden natürlichen Personen auch Wissen zu, über das diese Personen nicht verfügt haben, aber verfügt hätten, wenn sich die juristische Person zweckmässig organisiert hätte (Wissenmüssen). Als Wissenmüssen wird das Wissen von anderen Organen oder einfachen Mitarbeitern zugerechnet.[162]

Vereinfacht gesagt fusst die modifizierte Organisationstheorie einerseits auf der Theorie der relativen Wissenszurechnung, da nur das Wissen der effektiv die juristische Person vertretenden natürlichen Personen als Wissen der juristischen Person zugerechnet wird. Für die Frage der Zurechnung des Wissenmüssens greift *Fournier* andererseits auf die Organisationstheorie zurück, will aber entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mithilfe des Kriteriums der ordnungsgemässen Organisation viel weniger extensiv Wissen zurechnen. Unter dem Titel «Wissenmüssen» befürwortet *Fournier* die Wissenszusammenrechnung bzw. die Zurechnung von Teilwissen *(connaissances fragmentées)*.[163]

3.5 Funktionstheorie von *Walter*

Die für natürliche Personen aufgestellten Zurechnungsregeln (vgl. Kapitel VI.3.2.5) müssen gemäss *Walter* auch bei juristischen Personen gelten. Andernfalls würde das Gleichheitsgebot verletzt und die Funktion von Wissen missachtet.[164] Sowohl die Theorien der absoluten und relativen Wissenszurechnung als auch die Organisationstheorie verletzten jedoch das Gleichheitsgebot und missachteten die Funktion von Wissen. So werde nach diesen Theorien viel mehr Wissen zugerechnet als bei einer auf sich gestellten natürliche Person. Im Ergebnis könne sich die juristische Person gar nicht gegen den Eintritt der von der Wissensnorm vorgesehenen Rechtsfolge wehren.[165]

Das Wissen eines Wissensträgers (z.B. eines Organs) sei der juristischen Person daher nur dann zuzurechnen, wenn es die gleiche Funktion erfülle wie Wissen, das die jeweilige Wissensnorm bei natürlichen Personen direkt erfasse.[166] Es müsse dem Wissensträger die Möglichkeit eröffnen, sich gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Wissensnorm zu entscheiden, d.h. der Wissensträger müsse zugleich ein Entscheidungsträger sein, also Handlungsmacht besitzen.[167]

4. Stellungnahme

4.1 Theorie der absoluten Wissenszurechnung, Theorie der relativen Wissenszurechnung und Organisationstheorie

Diese drei Theorien überzeugen nicht, da sie das Rechtsgleichheitsgebot verletzen und die Funktion von rechtserheblichem Wissen missachten. Alle drei Theorien verletzen das Rechtsgleichheitsgebot, weil sie unterschiedliche Sachverhalte (natürliche Person vs. juristische Person) gleich behandeln wollen und dadurch juristischen Personen extensiv (Teil-)Wissen zurechnen. Damit behandeln sie arbeitsteilig organi-

156 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 955–957 und 1330–1339.
157 Vgl. Fn. 153.
158 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 781–808.
159 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 809–960.
160 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 863.
161 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 870 und 882.
162 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 956.
163 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 952 und 960.
164 *Walter* (Fn. 2), S. 207–208 und 224–225.
165 *Walter* (Fn. 2), S. 225 und 239.
166 *Walter* (Fn. 2), S. 224.
167 *Walter* (Fn. 2), S. 224–225.

sierte Normadressaten ungleich schlechter als solche, die es nicht sind (in der Regel natürliche Personen). Denn juristischen Personen wird auch Wissen zugerechnet, obwohl sich unter Umständen niemand gegen die Verwirklichung der Rechtsfolgen der Wissensnorm entscheiden kann. Damit wird zugleich die Funktion von rechtserheblichem Wissen missachtet.

Für die Organisationstheorie spricht auch nicht das oftmals vorgebrachte Argument, wonach wer einer arbeitsteiligen Organisation gegenüberstehe, nicht schlechter gestellt sein dürfe, als wenn er es nur mit einer einzigen natürlichen Person zu tun hätte.[168] Diese Aussage leuchtet nur auf den ersten Blick ein. Bei genauerer Betrachtung ist das Argument aber nicht stichhaltig. Es besteht – wie *Walter* zu Recht hervorhebt – die «Gefahr sachlich ungerechtfertigter Gefühlsentscheide»[169], wenn man die Wissenszurechnung nicht von der Stellung des Normadressaten (Stichwort: Handlungsmacht) abhängig macht, sondern von jener des Gegenübers.[170]

Nach richtiger Ansicht müssen natürliche Personen und juristische Personen aufgrund des Gleichbehandlungsgebots bei der Wissenszurechnung gleich behandelt werden. Die Vertreter der Organisationstheorie wenden das Gleichheitsgebot falsch an, nämlich aus Sicht des Gegenübers statt aus Sicht des Normadressaten.[171] Ergo darf man ein Gegenüber nicht so behandeln, als stünde es einer natürlichen Person gegenüber, mit der Folge, dass die juristische Person über grosse Teile des Wissens in ihrer Organisation verfügt. Denn nicht sämtliches in der Organisation verfügbare Wissen erfüllt die gleiche Funktion wie Wissen, über das eine einzelne natürliche Person verfügt, sondern nur jenes, das den Entscheidungsträgern erlaubt, einen Entscheid gegen die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Wissensnorm zu fällen.[172]

Für die von *Abegglen* vertretene Organisationstheorie spricht jedoch, dass sie ein auf Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) gestütztes offenes, flexibles und damit bewegliches System zur Wissenszurechnung vorsieht und damit in abgewandelter Form ein taugliches Werkzeug liefert, um im Einzelfall Wissenmüssen zuzurechnen.[173]

4.2 Modifizierte Organisationstheorie von *Fournier*

Der von der modifizierten Organisationstheorie verfolgte Ansatz ist richtig. So soll nach dieser Theorie nur das Wissen der die juristische Person effektiv vertretenden, d.h. mit der Sache befassten Organe oder Stellvertreter berücksichtigt werden.

Abzulehnen ist jedoch das Erfordernis einer Zeichnungsberechtigung für formelle Organe und der Ausschluss der faktischen Organe. Denn genau besehen ist die Vertretungsmacht unerheblich. Es geht nur um die interne Handlungsmacht, über die auch formelle Organe ohne Zeichnungsberechtigung und faktische Organe verfügen können.

4.3 Funktionstheorie von *Walter*

Die Funktionstheorie verdient grossmehrheitlich Zustimmung, insbesondere überzeugt, dass *Walter* die Funktion von Wissen gebührend berücksichtigt. Künstlich und deshalb abzulehnen ist jedoch die Unterscheidung zwischen Fristenwissensnormen und Verhaltenswissensnormen.

Nach richtiger Ansicht geht es bei Wissensnormen letztlich immer um ein Verhalten. Es mag zwar zutreffen, dass bei Fristenwissensnormen die Kenntnis eines Fakts, und zwar ohne ein Verhalten des Normadressaten vorauszusetzen, den Fristenlauf auslöst. Allerdings interessieren aus Sicht des Normadressaten stets die Möglichkeiten, um die *Verwirkung* der Rechtsposition zu verhindern, was stets ein Verhalten voraussetzt. Eine Ausnahme ist immerhin für den Spezialfall der Ersitzung zu machen, da in diesem Fall tatsächlich lediglich die Untätigkeit des Normadressaten während eines bestimmten Zeitraums unter der Voraussetzung der Gutgläubigkeit zum *Erwerb* einer Rechtsposition führt.

168 Siehe *Abegglen* (Fn. 30), S. 117; *Watter* (Fn. 36), S. 132.
169 *Walter* (Fn. 2), S. 113.
170 *Walter* (Fn. 2), S. 111–112.
171 Gl.M. *Walter* (Fn. 2), S. 112, 136, 239–244 und 246–252, jeweils m.w.H.
172 *Walter* (Fn. 2), S. 112.
173 *Abegglen* (Fn. 30), S. 227.

VIII. Regelaussagen zur Wissenszurechnung

1. Bei natürlichen Personen

Aufgrund der dargelegten Ausführungen können folgende Regelaussagen zur Wissenszurechnung bei natürlichen Personen getroffen werden, wobei im Einzelfall stets die *ratio legis* der Wissensnorm berücksichtigt werden muss.

1.1 Wissen

Das Wissen einer natürlichen Person (Wissensträger) darf einer anderen natürlichen Person (Normadressat) unter dem Titel «Wissen» nur in engen Grenzen zugerechnet werden. Vorausgesetzt ist zweierlei: *Erstens* werden dem Normadressaten nur jene Kenntnisse des Wissensträgers zugerechnet, die das Tatbestandselement «Wissen» der jeweiligen Wissensnorm erfüllen. *Zweitens* muss der Wissensträger über Handlungsmacht verfügen und somit als Entscheidungsträger gelten. Der Wissensträger muss mit anderen Worten die Verwirklichung des objektiven Tatbestands einer Wissensnorm unmittelbar, unbedingt und persönlich verhindern können, wobei faktische Verhaltensmöglichkeiten unzureichend sind.

1.2 Wissenmüssen

Das Wissen einer natürlichen Person (Wissensträger) wird einer anderen natürlichen Person (Entscheidungsträger und damit in Vertretungskonstellationen indirekt dem Normadressaten) unter dem Titel «Wissenmüssen» ebenfalls nur in engen Grenzen zugerechnet.

Das Kennenmüssen eines bestimmten Fakts ist zu bejahen, wenn der Entscheidungsträger diesen Fakt deshalb nicht kennt, weil er die nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) gebotene Aufmerksamkeit missachtete.[174] Die Verletzung des Aufmerksamkeitsgebots begründet mit anderen Worten ein Wissenmüssen.[175]

Das Mass der gebotenen Aufmerksamkeit bestimmt sich – anders als bei der normativen Wertung beim Wissen – rein objektiv.[176] Festzulegen ist daher der Grad an Aufmerksamkeit, den ein redlicher Dritter in der konkreten Situation an den Tag gelegt hätte. Dieser Aufmerksamkeitsgrad kann nicht für alle Wissensnormen allgemeingültig festgelegt werden, sondern muss typisierend *modo legislatoris* für jede Wissensnorm definiert werden (Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB).[177]

Ob der Normadressat den objektiv geforderten Grad an Aufmerksamkeit an den Tag gelegt hat, ist eine Ermessensfrage (vgl. Art. 4 ZGB).[178] Zu fragen ist – wie bei der verwandten Frage, ob eine Partei die andere Partei im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR arglistig getäuscht hat[179] oder ob den Verkäufer bzw. den Käufer eine Untersuchungs- und Aufklärungspflicht betreffend den Kaufgegenstand trifft[180] –, ob sich der Entscheidungsträger angesichts der Umstände des Einzelfalls *sozialadäquat* verhalten hat. Bei der Beantwortung dieser Frage soll der Richter entscheiden, ob den Entscheidungsträger eine Nachforschungspflicht getroffen hat und falls ja, wie weit diese im Einzelfall geht.

Die Nachforschungspflicht wird unabhängig vom Vorliegen konkreter Verdachtsmomente ausgelöst.[181] Entscheidend ist einzig, ob es im Einzelfall sozialadäquat gewesen wäre, Nachforschungen anzustellen. Ergo muss der Entscheidungsträger nicht überall

174 Vgl. im Allgemeinen: BGer 4C_130/2006 vom 8.5.2007 E. 4.1.

175 *Walter* (Fn. 2), S. 129 *in initio.*

176 *Fournier* (Fn. 3), Rz. 52, *Walter* (Fn. 2), S. 27–28, und *Abegglen* (Fn. 30), S. 129 *in initio,* die sich alle aber auf Art. 3 Abs. 2 ZGB stützen. Siehe zum objektiven Massstab beim Gutglaubensschutz: BGE 131 III 418 E. 2.3.2 S. 422 = Pra 2006, Nr. 42, S. 312; BGE 113 II 397 E. 2b S. 399 und BGE 79 II 59 E. 2 S. 64.

177 Im Allgemeinen betreffend Typenbildung: *Vischer* (Fn. 88), S. 176–177; gl.M. betreffend Typenbildung im Geltungsbereich von Art. 3 Abs. 2 ZGB z.B. BSK ZGB I-*Honsell* (Fn. 16), Art. 3 N 39 und *Koller* (Fn. 77), Rz. 148.

178 Betreffend Gutglaubensschutz: BGE 131 III 418 E. 2.3.2 S. 421 = Pra 2006, Nr. 42, S. 312.

179 *Markus Vischer/Dario Galli,* Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222–229, S. 225–226; *Markus Vischer/Dario Galli,* BGer 4A_141/2017: Opfermitverantwortung bei der zivilrechtlichen absichtlichen Täuschung, AJP 2017, S. 1393–1404, S. 1404.

180 *Markus Vischer,* Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, S. 129–140, S. 135–136; *Markus Vischer,* Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, S. 229–236, S. 232 und 234–236.

181 A.M. *Walter* (Fn. 2), S. 28 *in initio* und 271; a.M. betreffend deutsches Recht: *Buck* (Fn. 79), S. 45; a.M. betreffend Gutglaubensschutz: BGE 139 III 305 E. 3.2.2 S. 308; BGE 113 II 397 E. 2b S. 400 m.w.N.

nach Informationen suchen, sondern nur jene natürlichen Personen befragen oder jenes Speicherwissen abfragen, bei denen bzw. wo er Informationen vermutet (bzw. vermuten müsste).

2. Bei juristischen Personen

Aufgrund der dargelegten Ausführungen können folgende Regelaussagen zur Wissenszurechnung bei juristischen Personen für die Aktiv- und Passivvertretung getroffen werden, wobei im Einzelfall stets die *ratio legis* der Wissensnorm berücksichtigt werden muss.

2.1 Wissen

Der juristischen Person wird das Wissen nach den gleichen Regeln zugerechnet wie natürlichen Personen (vgl. Kapitel VI.3.2.5). Die Wissenszurechnung erfolgt bei juristischen Personen demnach ebenfalls nur in engen Grenzen. So werden dem Normadressaten nur jene Kenntnisse einer natürlichen Person (Wissensträger) unter dem Titel «Wissen» zugerechnet, die das Tatbestandselement «Wissen» der fraglichen Wissensnorm erfüllen.

Folglich wird der juristischen Person nur das Wissen von Entscheidungsträgern zugerechnet. Dabei gilt der Grundsatz, dass das Wissen eines einzelnen Entscheidungsträgers als Wissen der juristischen Person gilt («Ein faules Ei verdirbt den ganzen Brei.»[182]).

Als Entscheidungsträger gelten (i) formelle Organe (mit oder ohne Zeichnungsberechtigung), (ii) faktische Organe und (iii) vertretungsberechtigte Dritte.[183] Dabei wird jedoch nur das Wissen *von mit der Sache befassten* (z.B. Vertragsschluss) Entscheidungsträgern zugerechnet.[184] Für den Fall, dass die juristische Person aufgrund der Kenntnis von einem Fakt etwas gegen den Verlust ihrer Rechtsposition unternehmen muss (z.B. Verjährungsbeginn), wird das Wissen eines jeden Entscheidungsträgers zugerechnet, der fristauslösende Kenntnis besitzt, da kein Entscheidungsträger «mit der Sache befasst ist».

Das Wissen von natürlichen Personen (z.B. Hilfspersonen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR), die eine Entscheidung oder ein Rechtsgeschäft bloss vorbereiten, indem sie den Entscheidungsträgern die Entscheidungsgrundlagen beschaffen oder diese beraten, wird dem Normadressaten nicht zugerechnet.[185] Das gilt selbst dann, wenn es sich um Organe handelt. Denn das Wissen solcher Personen erfüllt nicht die Funktion von rechtserheblichem Wissen.

2.2 Wissenmüssen

Das Wissen einer natürlichen Person (Wissensträger) wird einer anderen natürlichen Person (Entscheidungsträger) und damit indirekt auch dem Normadressaten (juristische Person) unter dem Titel «Wissenmüssen» nur in engen Grenzen zugerechnet. Dabei ist es jedoch zulässig, das auf verschiedene Wissensträger verteilte Wissen («Wissensbausteine»)[186] zu einem einheitlichen Wissen zusammenzusetzen, d.h., es darf Teilwissen zugerechnet werden.[187]

Ob ein Entscheidungsträger einen Fakt hätte kennen müssen, wird nach dem gleichen Prinzip wie bei natürlichen Personen ermittelt. Zu prüfen ist, ob der Entscheidungsträger die nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) objektiv gebotene Aufmerksamkeit missachtete, was ein Wissenmüssen begründet. Der Aufmerksamkeitsgrad muss typisierend *modo legislatoris* für jede Wissensnorm festgelegt werden (Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB).[188] Zu fragen ist, ob sich der Entscheidungsträger sozialadäquat verhalten hat (vgl. Kapitel VIII.1.2). Bei der Beantwortung dieser Frage soll der Richter entscheiden, ob den Entscheidungsträger eine Nachforschungspflicht

[182] *Dominique Jakob,* in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018, Art. 55 N 8; siehe auch BGE 124 III 418 E. 1b S. 420 = Pra 1999, Nr. 34, S. 209; *Watter* (Fn. 51), Rz. 271.

[183] Im Ergebnis teilweise gl.M. HGer ZH HG 190127 vom 20.7.2021 E. 4.5.3.4, in: ZR 2021, Nr. 52, S. 250, wonach es auf die Zeichnungsberechtigung nicht ankomme; *von der Crone/Reichmuth* (Fn. 9), S. 412 und 414 m.w.N; *Watter* (Fn. 51), Rz. 271; a.M. *Fournier* (Fn. 3), Rz. 870.

[184] Gl.M. *Fournier* (Fn. 3), Rz. 870; *Watter* (Fn. 51), Rz. 272 lit. d; vgl. auch BGer 4C.26/2000 vom 6.9.2000 E. 2c/aa, wo das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Wissenszurechnung von «mit dem Rechtsgeschäft befasste Organperson» spricht.

[185] Gl.M. *Fournier* (Fn. 3), Rz. 1344–1345. Das Wissen solcher Personen wird aber allenfalls unter dem Titel «Wissenmüssen» zugerechnet (vgl. *Vischer,* SJZ 2000 [Fn. 180], S. 232).

[186] Siehe zu diesem Begriff: *Wendt/Kreiling* (Fn. 9), S. 69.

[187] Gl.M. *Fournier* (Fn. 3), Rz. 952 und 960.

[188] Im Allgemeinen zur Entscheidfindung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB und Art. 4 ZGB: *Vischer* (Fn. 88), S. 177.

getroffen hat und falls ja, wie weit diese im Einzelfall geht.

Wie bei natürlichen Personen wird die Nachforschungspflicht unabhängig vom Vorliegen konkreter Verdachtsmomente ausgelöst. Entscheidend ist einzig, ob es im Einzelfall sozialadäquat gewesen wäre, Nachforschungen anzustellen. Ergo muss der Entscheidungsträger nicht überall nach Informationen suchen, sondern nur jene natürlichen Personen befragen oder jenes Speicherwissen abfragen, bei denen bzw. wo er Informationen vermutet (bzw. vermuten müsste).

Damit der Entscheidungsträger seine allfällige Nachforschungspflicht erfüllen kann, kann (bzw. sollte) er bereits im Vorfeld organisatorische Massnahmen ergreifen.[189] Ob er seine untechnisch verstandenen Organisationspflichten erfüllt hat, kann mithilfe des Kriteriums der ordnungsgemässen Organisation beantwortet werden.[190] Im Zentrum stehen dabei zwei Massnahmen:

– *Mitteilungspflicht*. Der Entscheidungsträger kann den ihm unterstellten natürlichen Personen in gewissen Situationen eine Mitteilungspflicht auferlegen, die gleichsam das Korrelat zur Nachforschungspflicht ist. Ohne eine solche Mitteilungspflicht müssen die Wissensträger nicht von sich aus ihr Wissen dem Entscheidungsträger mitteilen. Eine solche Pflicht würde die Wissensträger bei Fehlen einer rechtlichen Grundlage nur treffen, wenn der Entscheidungsträger sie befragt.
– *Datenmanagement*. Der Entscheidungsträger sollte relevante Informationen verfügbar halten. Dabei ist er nicht nur für sein eigenes Gedächtnis zuständig, sondern auch für jenes der ihm unterstellten Organisation.[191]

[189] Das Gebot triff den Entscheidungsträger und nicht den Normadressaten. Siehe aber *Walter* (Fn. 2), S. 273–274, zur Frage, ob das Wissenmüssen (sog. «unechtes Wissenmüssen») auch von der Verletzung der «Organisationspflichten» durch den Normadressaten abhängen soll.

[190] Siehe dazu *Abegglen* (Fn. 30), S. 227; *Walter* (Fn. 2), S. 269.

[191] *Walter* (Fn. 2), S. 272–273.