



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation
„Die Wissenszurechnung im österreichischen
Zivilrecht“

Verfasserin

Mag. iur. Eva Baumgartner

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien im Jänner 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt
Betreuer

A 083 101
Rechtswissenschaften
ao. Univ. Prof. Dr. Alexander Reidinger

I. Inhaltsverzeichnis

I. INHALTSVERZEICHNIS	II
II. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
III. EINLEITUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
A. Begriffsbestimmungen	4
1. Wissensnorm und Wissenszurechnungsnorm	4
2. Wissenszurechnung	4
3. Wissenszusammenrechnung	4
4. Zurechnungssubjekt/Zurechnungsobjekt	5
5. Verhandlungsgelhilfe	5
6. Lobbyist	5
7. Machthaber und Repräsentant	6
8. Vermittlungs- und Abschlussagent im Versicherungsrecht	7
9. Versicherungsmakler	7
10. Pseudomakler und Quasiagent	8
IV. FALLBEISPIELE	9
A. WEB - Immag:.....	9
B. Aufsichtsrat und Bankvorstand	10
C. Eurocheques.....	12
D. Der Lobbyist	13
V. PROBLEMSTELLUNG	15
A. Zurechnungsgegenstand „Wissen“	15
1. Positives Wissen	18
2. Fahrlässige Unkenntnis/Wissen-Müssen	21
3. Aktenwissen	26
4. Vergessen – Wie lange gewusst wird	28
5. „Privates“ und „dienstliches“ Wissen	32
6. Wissenszusammenrechnung	34
a) Sonderfall: Arglisttatbestände	36
(1) Eigene Ansicht	40
B. Zurechnung.....	42
1. Zurechnungsobjekt – Wem wird zugerechnet	42
2. Zurechnungssubjekt – wessen Wissen	43

VI. WISSENSZURECHNUNGSNORMEN UND ZURECHNUNGSTATBESTÄNDE IM ÖSTERREICHISCHEN RECHT .. 44

A. Wissenszurechnung kraft Gesetzes.....	44
1. Versicherungsvertragsrecht	45
a) Hilfspersonen auf der Seite des Versicherers	49
b) Hilfspersonen auf der Seite des Versicherten	51
(1) Die Interessenlage bei mehrseitiger Treuhand	55
(2) Interessenlage beim Makler und Lösungsvorschlag	56
c) Pseudomakler und Quasiagent	59
d) Zusammenfassung	60
2. § 337 ABGB	61
a) Der Begriff des Machthabers und Repräsentanten.....	62
(1) Bei der deliktischen Zurechnung	62
(2) Das Erfordernis der Zuständigkeit des Machthabers für die Wissenszurechnung ..	66
(3) Die „Gemeinde“ als juristische Person des Privatrechts – Wertungsübergang und Kritik	67
(4) Eigene Ansicht	69
3. Exkurs: § 166 BGB	73
B. Allgemeine Zurechnungsgrundlagen im ABGB.....	77
1. Wissenszurechnung durch rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht	77
a) Wissen des Vertreters	77
b) Wissen des Vertretenen und Wissenszusammenrechnung.....	79
c) Wissen von mehreren bevollmächtigten Vertretern.....	83
(1) Wissenszusammenrechnung bei Gesamtvertretung	85
(2) Wissenszusammenrechnung bei Einzelvertretung	87
d) Zwischenergebnis	87
e) Wissenszurechnung durch Anscheinsvollmacht	88
2. Die Wissenszurechnung beim Verhandlungsgehilfen	91
a) Österreichische Judikatur zum Begriff	93
b) Sachverhalt WEB:	94
c) Anspruchsgrundlagen	96
d) Entscheidungen des OGH.....	99
e) Zu den Einwendungen gegen die Bank aus der wirtschaftlichen Einheit	100
f) Relevanz des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit für die Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen?.....	104
g) Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen und der Lösungsansatz von <i>Iro</i> hinsichtlich der Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel.....	105
h) Zwischenergebnis: Zurechnung des Anlageberaters als Verhandlungsgehilfe der Bank	114
i) Alternativlösung: Die Beteiligungsgesellschaft als (direkte)Verhandlungsgehilfin der Bank	116
j) Zusammenfassung	118
3. Die Wissenszurechnung des Erfüllungsgehilfen	119
a) Charakterisierung des § 1313a ABGB.....	119
b) Wissenszurechnung von Gehilfen auf Grund von § 1313a ABGB.....	123
c) Eigene Ansicht.....	124
d) (Verschuldens-) Maßstab bei der Zurechnung nach §§ 1313a, 1315 ABGB und Übertragung auf andere Wissenszurechnungsfälle?.....	127
e) Wer ist Erfüllungsgehilfe?.....	133
4. Wissenszurechnung des Boten und Unterscheidung zum Empfangsvertreter	133
5. Die Wissenszurechnung des Lobbyisten	137
a) Anlassfall: „Eurofighter“ – Sachverhalt	138
b) Lobbyistenvertrag	140
(1) Inhalt und Charakter des Lobbyistenvertrages.....	140
(2) Stellungnahme im Gutachten	141

c) Eigene Ansicht.....	143
6. Die Wissenszurechnung beim Wissensvertreter.....	145
a) Kritik.....	148
b) Eigene Ansicht.....	149
7. Wissenszurechnung bei gesetzlicher Vertretung.....	151
8. Wissenszurechnung im Verbandsorganismus sowie im Konzern.....	153
a) Verbandsorganismus.....	153
b) Wissenszurechnung im Konzern.....	154

VII. WISSENSNORMEN 159

A. Wissensnormen im ABGB 160

1. Der Zugang von Willenserklärungen und die Wissenszurechnung - § 862 a ABGB.....	160
a) Zur Unterscheidung zwischen Empfangsboten und Empfangsvertretern.....	161
b) Unterschiedliche Bindungswirkung des Angebotes bei Zugang an den Oblaten durch den Empfangsvertreter bzw den Empfangsboten.....	164
c) Unrichtige Übermittlung und vorsätzliche Entstellung einer Erklärung und Kritik an der herrschenden Lehre und Rsp.....	165
d) Lösungsvorschlag hinsichtlich der Zurechnung von vorsätzlichem Verhalten der Boten.....	168
e) Exkurs: Zurechnung von Boten und Vertretern nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht.....	170
f) Zusammenfassung.....	172
2. Irrtumsrecht.....	174
a) Irrtum.....	174
b) Offenbar-auffallen-Müssen.....	176
c) List § 870 ABGB.....	177
3. Zession.....	179
a) Sonderfall Sicherungszession.....	180
4. Redlichkeit im Sachenrecht.....	181
a) Besitz.....	181
b) Ersitzung.....	185
c) Gutgläubiger Eigentumserwerb gem § 367 ABGB.....	186
5. Redlichkeit im Bereicherungsrecht.....	187
6. Verjährung von Schadenersatzansprüchen.....	189

B. Wissen als rechtsgeschäftliche oder vorvertragliche Pflicht..... 191

1. Aufklärungspflichten.....	191
2. Sonderfall: Aufklärungspflichten versus Verschwiegenheitspflichten und Wissenszurechnung.....	192
a) Aufklärungspflicht bei Vertretung durch Organe bzw Machthaber, insb bei Pflichtenkollision mit der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes.....	192
b) Aufklärungspflichten wegen Wissens eines Gehilfen, der kein Machthaber bzw Organ der juristischen Person ist.....	197
c) Ergebnis.....	198

C. Wissensnormen außerhalb des ABGB, insb KO und Anfo 200

VIII. ZUSAMMENFASSUNG DER IM LAUFE DER UNTERSUCHUNG GEWONNENEN ERGEBNISSE 205

A. Wissenszurechnung des Versicherungsmaklers 205

B. Zur Wissenszurechnung des Machthabers/Repräsentanten 206

C. Wissenszusammenrechnung bei rechtsgeschäftlichen Vertretern 208

D.	Arglistige Gehilfen und Wissenszusammenrechnung	209
E.	Zur Wissenszurechnung bei Anscheinsbevollmächtigten	210
F.	Zur Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen, insb des Anlageberaters.....	210
G.	Zur Wissenszurechnung beim Erfüllungsgehilfen	213
H.	Wissenszurechnung des Lobbyisten	214
I.	Wissenszurechnung des Wissensvertreters	214
J.	Wissenszurechnung des Boten	215
K.	Verbandsorganismus	216
L.	Zum Konzern.....	216
M.	Zurechnungsumfang von privat bzw dienstlich erlangtem Wissen	218
N.	Konflikt aus der Geheimhaltungsverpflichtung des Mitgliedes eines Aufsichtsrates und Wissenszurechnung zum Arbeitgeber.....	220
O.	Exkurs: Zur Wissenszurechnung in Deutschland nach § 166 BGB.....	222
IX.	LITERATURVERZEICHNIS.....	I
X.	RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT	X
XI.	ANHANG	XV
A.	Curriculum Vitae	XV
B.	Abstract.....	XVI

II. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abg	Abgeordneter
Abs	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
aF	alte Fassung
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz (im Speziellen: Aktiengesetz 1965, BGBl 1965/98)
allg	allgemein
Amtl	amtlich
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
Art	Artikel
AußStrG	Außerstreitgesetz
Bd	Band
begr	begründet
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Blg	Beilage
BMJ	Bundesministerium für Justiz
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
Ca	cirka
Ders/dies	derselbe/dieselbe(n)
dh	das heißt
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
DRGBI	Deutsches Reichsgesetzblatt
dt	deutsch
E	Entscheidung
EB	erläuternde Bemerkungen
ebd	ebenda
EBRV	erläuternde Bemerkungen zur
Regierungsvorlage	

Einl	Einleitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristenzeitung
EVO	Einführungsverordnung
f	folgend
ff	fortfolgend
FN	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Gutachten
gF	geltende Fassung
GBI	Gesetzblatt
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ	Der Gesellschafter
GesRZ	Der Gesellschafter – Sonderheft
GIU	„Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes“, hrsg von <i>Glaser</i> und <i>Unger</i> , fortgeführt von <i>Walther</i> (1853-1897)
GIUNF	„Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes“, Neue Folge; begonnen von <i>Glaser/Unger</i> , fortgeführt von <i>Pfaff</i> , <i>Schey</i> , <i>Krupsky</i> , <i>Schrutka von Rechtenstamm</i> und <i>Stepan</i> (1898 bis 1915)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBI 1906/58
GP	Gesetzgebungsperiode
GZ	Geschäftszahl Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hrsg	herausgegeben
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht
iVm	in Verbindung mit
idR	in der Regel
iwS	im weiteren Sinn
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
JAB	Bericht des Justizausschusses

Jud	Judikatur
JBl	Juristische Blätter
JW	(deutsche) Juristische Wochenschrift
JZ	(deutsche) Juristenzeitung
k. k.	kaiserlich-königlich
KO	Konkursordnung
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera (Buchstabe)
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MinE	Ministerialentwurf
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJW	(deutsche) Neue juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
oA	ohne Angabe
ö	österreichisch
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
öst	österreichisch
oV	ohne Verfasserangabe
Pkt	Punkt
RdA	Das Recht der Arbeit (Österreich)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen (1880-1944)
Rn	Randnummer
Rz	Randzahl
RL	Richtlinie
RV	Regierungsvorlage
S	Seite
s	siehe
sog	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StGBI	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
SZ	„Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen“, veröffentlicht von seinen Mitgliedern (1919-1938, 1946ff)

Tz	Textzahl
ua uU	und andere unter Umständen
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz 1958 (Bundesgesetz vom 2. Dezember 1958 über den Versicherungsvertrag. BGBl. Nr. 2/1959)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftliche Blätter (Beilage zu JBl)
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
z	zu/zum
zT	zum Teil
zB	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit	zitiert

III. Einleitung und Gang der Untersuchung

Das Thema dieser Arbeit, die Wissenszurechnung im österreichischen Privatrecht, ist äußerst spannend: Es handelt sich um die Zurechnung eines in der Rechtsordnung und in der Wirklichkeit vielfach vorhandenen Phänomens - des Wissens, also eines Bewusstseinszustandes des Menschen, der nur schwer greifbar ist.

Das ABGB sagt zur Zurechnung von Wissen wenig aus. Zentrale Wissenszurechnungsnorm ist § 337 ABGB, der den Besitz der Gemeinde nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurteilt. Eindeutig handelt es sich bei § 337 ABGB um keine allgemeine Wissenszurechnungsnorm; mit ihr befasste sich in der österreichische Literatur bisher vorwiegend *Iro* in seiner Habilitationsschrift zum Besitzerwerb durch Gehilfen,¹ wobei dort die Frage der Zurechnung der Redlichkeit oder Unredlichkeit von Gehilfen im Vordergrund steht. *Iro* behandelte außerdem das Problem der Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel² sowie Fragestellungen der handlungsunabhängigen Wissenszurechnung im Bankenbereich.³

Der erste Teil dieser Arbeit wird sich mit der Erfassung des Begriffes Wissen, also dem Zurechnungsgegenstand, auseinandersetzen. Es werden verschiedene Abstufungen des Wissens im menschlichen Bewusstseinsgefüge erörtert, sowie eine für eine juristische Betrachtung notwendige Abgrenzung dieser „Wissensstufen“ versucht. Die deutsche Literatur zur Materie dient hier weitgehend als Referenz, da dort die Bearbeitung der Thematik breiter gestreut und die Ideen zur Definition zum Begriff Wissen häufiger sind.

¹ Insb zur Zurechnung von Redlichkeit und Unredlichkeit durch Gehilfen. Siehe Besitzerwerb durch Gehilfen 107f.

² Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 470 und 510.

³ Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3 und 112.

Im zweiten Teil der Dissertation werden die möglichen Zurechnungsgrundlagen im österreichischen Privatrecht untersucht. Hier erfolgt eine nähere Betrachtung des Versicherungsvertragsrechtes, das zum Teil genaue Zurechnungsnormen enthält. Ein wesentliches, immer wiederkehrendes Problem ist die Frage nach der Zurechnung von „privatem“ und „dienstlichem“ Wissen, die in vielen Fällen von der Zuständigkeit bzw dem Aufgabenbereich des Gehilfen abhängig gemacht wird. Ich habe versucht, zu den bestehenden Zurechnungsgrundsätzen weitere hinzuzufügen, und teilweise auch einen neuen Zugang zu schaffen, um den Umfang des zuzurechnenden Wissens sachgerecht zu bestimmen.

Der dritte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit den Wissensnormen im ABGB. Dabei handelt es sich um jene Bestimmungen, die Wissen bzw fahrlässiges Nichtwissen als Tatbestandselement beinhalten. Anhand der bestehenden Judikatur und Literatur werden die Normen charakterisiert und ein Maßstab der Intensität der Zurechnung anhand des Normzweckes entwickelt. Es konnte in diesem Teil nicht auf alle denkbaren Fälle eingegangen werden – ich habe dennoch versucht, Normen aus verschiedenen Stadien der privatautonomen Beziehung zwischen zwei oder mehreren Parteien einander gegenüber zu stellen, um das Erfordernis des Normzweckes herauszuarbeiten, das bei der Prüfung einer Zurechnung nie außer Acht gelassen werden darf.

Die Durchsicht und das Studium der deutschen Literatur und Lehre zum Thema Wissenszurechnung waren sehr aufschlussreich, für die Erarbeitung der Zurechnungsgrundsätze jedoch nicht immer ergiebig, zumal in Deutschland, insb betreffend die Wissenszurechnung im wahrsten Sinne des Wortes „andere Gesetze“ herrschen. Ich habe mich bemüht, bei der Erarbeitung der Zurechnungsgrundsätze die Eigenart des österreichischen Zivilgesetzbuches zu wahren und eine Lösung, die der Systematik des ABGB entspricht, zu finden.

Die Problematik des „Organisationsverschuldens“ und der daraus resultierenden Wissenszurechnung beschäftigte mich im Laufe der Arbeit immer wieder, dennoch habe ich es unterlassen, auf die technischen Aspekte

der Umsetzung einer „Organisationspflicht“ des Geschäftsherrn einzugehen. Der Begriff des Organisationsverschuldens ist in Verbindung mit der Wissenszurechnung vor allem in der deutschen Literatur stark vertreten. Aus dem Organisationsverschulden resultiert aber keine Zurechnung im technischen Sinne, sondern ein Maßstab des Wissen-Müssens des Geschäftsherrn. Das bedeutet, dass der Geschäftsherr auf Grund der Verletzung einer Organisationspflicht als wissend betrachtet wird. Den genauen Grad einer solchen Organisationspflicht zu determinieren war jedoch hier nicht meine Aufgabe, ich verweise diesbezüglich auf die deutsche Literatur zum Thema.⁴

Die Erarbeitung von Wissenszurechnungsgrundsätzen außerhalb des ABGB hätte den Rahmen gesprengt – etwa im Bereich des Arbeitsrechtes oder des Unternehmensrechtes wären sicherlich interessante Problematiken zu lösen gewesen. Ich habe mich insofern nur auf bestimmte Randgebiete des Zivilrechts (etwa das Versicherungsvertragsrecht) konzentriert, als ich versucht habe, allgemein anwendbare Grundsätze für die Wissenszurechnung herauszuarbeiten.

⁴ Etwa *Buck*, Wissen und juristische Person 393ff.

A. Begriffsbestimmungen

1. Wissensnorm und Wissenszurechnungsnorm

Die Bezeichnungen „Wissensnorm“ und „Wissenszurechnungsnorm“ haben folgende unterschiedliche Bedeutung: Der Begriff „Wissensnorm“ wird in dieser Arbeit für eine gesetzliche Bestimmung, die als Tatbestandselement entweder Wissen, fahrlässiges Nichtwissen oder etwa Redlichkeit (die ja auch eine Form von Wissen bzw Nichtwissen darstellt) beinhaltet, verwendet.

Der Begriff „Wissenszurechnungsnorm“ hingegen bezeichnet ein Gesetz, das über die Zurechnung der Kenntnis selbst Aussage trifft. Naturgemäß gibt es daher viel mehr Wissensnormen als Wissenszurechnungsnormen. Die Begriffe „Wissen“ und „Kenntnis“ werden in der Arbeit als Synonyme verwendet.

2. Wissenszurechnung

Als „Wissenszurechnung“ wird jener Vorgang bezeichnet, der bewirkt, dass das Wissen einer (oder mehrerer) Person(en) einer anderen Person zugerechnet wird. Das bedeutet im Ergebnis, dass bei einer Person, die in Wirklichkeit über die relevante Information gar nicht verfügt, deren Vorliegen fingiert wird. Umgekehrt kann via Wissenszurechnung natürlich auch fahrlässiges Nichtwissen zugerechnet werden, was bedeutet, dass auch diejenige Person, die hätte wissen *sollen*, in Wirklichkeit auch nicht *wusste*. Hier handelt es sich also um die Zurechnung von *insgesamt* fingiertem Wissen.

3. Wissenszusammenrechnung

Die Wissenszusammenrechnung ist die Addition von Teilwissen, das bei unterschiedlichen Personen vorhanden ist, und für sich allein genommen nicht relevant ist, aber addiert für den Geschäftsherrn Relevanz besitzt. Wissen mehrere Personen (beispielsweise Vertreter) über Umstände Bescheid, die aber aus ihrem Erkenntnishorizont gesehen keine Rolle spielen, da sie beispielsweise nicht über das bevorstehende Rechtsgeschäft, für das die

Kenntnisse relevant sind, informiert sind, so ist fraglich, ob und unter welchen Bedingungen in einem solchen Fall der Geschäftsherr trotzdem als wissend betrachtet werden kann.

4. Zurechnungssubjekt/Zurechnungsobjekt

In der Terminologie der Literatur zum Thema wird häufig von „Zurechnungssubjekt“ sowie von „Zurechnungsobjekt“ gesprochen. Mit „Zurechnungssubjekt“ ist jene Person gemeint, deren Wissen zugerechnet wird, und mit „Zurechnungsobjekt“ jene Person, der das relevante Wissen zugerechnet wird. Ich habe jedoch im Zuge der Arbeit lieber die Begriffe „Gehilfe“, „Vertreter“, „Geschäftsherr“ usw. verwendet, um das ohnehin schon abstrakte Thema nicht auch noch *sprachlich* zu verkomplizieren und dem Leser die Möglichkeit zu geben, sich die entsprechenden Fallkonstellationen besser vorstellen zu können.

5. Verhandlungsgehilfe

In Zusammenhang mit dem unten sogleich⁵ dargestellten Sachverhalt zum WEB – IMMAG Skandal ist die Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen ein zentrales Thema dieser Arbeit. Der Verhandlungsgehilfe ist eine Hilfsperson, die im Allgemeinen über keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt, aber den Geschäftsherrn bei der Vertragsanbahnung bzw bei den Vertragsverhandlungen faktisch vertritt. Nach hM genügt für die Haftung nach § 1313a ABGB auch ein vorvertragliches Rechtsverhältnis – insbesondere im Bereich des Vertragsanbahnung und der Vertragsverhandlungen; hier wird die Haftung auf den typischerweise in dieser Phase tätig werdenden Verhandlungsgehilfen erstreckt⁶.

6. Lobbyist

Im Zuge der öffentlichen Debatte zur Zurechnung eines Lobbyisten an seinen Auftraggeber⁷ wurde in der gegenständlichen Arbeit insbesondere die

⁵ IV.A und genauer VI.B.2.

⁶ *Harrer* in Schwimann³, § 1313a Rz 10 mwN. Zum Vorliegen einer „Verhandlungsvollmacht“ siehe unten VI.B.2.

⁷ Siehe dazu sogleich IV.D.

Wissenszurechnung des Lobbyisten untersucht. Unter den Begriff „Lobbyisten“ fallen Beauftragte einer Interessensgruppe, deren Funktion darin besteht, Daten und Informationen zu beschaffen und zu bewerten, um damit eine Hilfestellung im Strategiefindungsprozess des (potenziellen) Kunden zu erwirken. Ziel einer solchen Tätigkeit ist letztendlich die Herbeiführung eines Vertragsabschlusses – wie ähnlich diese Tätigkeit der eines Verhandlungsgehilfen, gemessen an der zeitlichen und faktischen Involvierung im Zuge eines Geschäftsabschlusses, ist, zeigt ein Vergleich der beiden Definitionen. Zur unterschiedlichen Behandlung bei Zurechnungsfragen wird hier auf die Ausführungen weiter unten⁸ verwiesen.

7. Machthaber und Repräsentant

Die einzige Wissenszurechnungsnorm im ABGB (§ 337) spricht von der Zurechnung der Redlichkeit der im Namen der Gemeinde handelnden Machthaber. Die hL⁹ ist sich bei der Definition zum Begriff „Machthaber“ nicht einig, ob die Machthaberschaft an eine rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis nach außen gebunden ist (bspw an eine „Zeichnungsberechtigung“). Jedenfalls als Machthaber werden all jene Personen bezeichnet, die in verantwortlicher, leitender und überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, wobei nach *Ostheim*¹⁰ die Grenzen dieses Personenkreises in der jeweiligen konkreten Situation zu finden seien und der Beurteilung des Einzelfalles überlassen werden müssten.¹¹

In Anknüpfung an den Begriff des Machthabers, in Zusammenhang mit der deliktischen Haftung der juristischen Person wurde von der österreichischen

⁸ VI.B.5

⁹ Zu den unterschiedlichen Literaturmeinungen siehe unten VI.A.2.a).

¹⁰ Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, Gschnitzer-GedS, 331.

¹¹ Die bei *Klicka* in Schwimann³, § 337 Rz 1 zu findende Definition, dass Machthaber alle Personen seien, die in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, die man der juristischen Person vor dem Hintergrund des sorgfältigen und verantwortungsbewussten Einzelunternehmers unmittelbar zurechnen könne, ist insofern unzutreffend, als sie sich an der „Zurechenbarkeit“ der ausgeübten Tätigkeit orientiert. Bei der Bestimmung des Begriffes „Machthaberschaft“ ist vielmehr eine faktische Beurteilung maßgeblich.

Rechtswissenschaft der Begriff des Repräsentanten entwickelt.¹² Eine juristische Person haftet nicht nur für ihre verfassungsgemäß vorgesehenen Organe, sondern auch für Personen mit gehobenem Wirkungskreis, die als Repräsentanten auftreten oder eine leitende Stellung mit selbstständigem Wirkungskreis innehaben. Als zusätzliche Eigenschaft zum Machthaber verfügt also der Repräsentant über einen selbständigen Wirkungskreis und tritt insbesondere für die jeweilige Gesellschaft auf. Zur Wissenszurechnung des Repräsentanten weiter unten Kapitel VI.A.2.

8. Vermittlungs- und Abschlussagent im Versicherungsrecht

Vermittlungs- und Abschlussvertreter (-agenten) gelten als Hilfspersonen auf der Seite des Versicherers. Die Vermittlungsvertreter verfügen in der Regel über keine Vollmacht, sie sind aber befugt, Anträge auf Abschluss, Änderung oder Verlängerung entgegenzunehmen, so auch Kündigungs- und Rücktrittserklärungen. Sie haben hinsichtlich dieser Art von Erklärungen eine Empfangsvollmacht. Daher geht eine Erklärung des Versicherungsnehmers dem Versicherer auch schon dann zu, wenn sie dem Vermittlungsvertreter (als Empfangsvertreter) gegenüber abgegeben wurde. Der Abschlussagent hingegen verfügt über Vertretungsmacht, er kann Verträge nicht nur vorbereiten, sondern im Namen des Versicherers auch abschließen.¹³

9. Versicherungsmakler

Im Gegensatz zu Vermittlungs- und Abschlussvertretern gelten Versicherungsmakler als Hilfspersonen des Versicherten, da sie als selbstständige Kaufleute Versicherungsverträge vermitteln, und ihre Aufgabe darüber hinaus in der Wahrung und Verfolgung der Interessen des Versicherten besteht.¹⁴ Der Versicherungsmakler besitzt allerdings nicht von Gesetzes wegen eine Vollmacht, sondern diese muss gesondert vom Versicherten erteilt

¹² Siehe Nachweise bei *Harrer* in *Schwimann*³, § 1315 Rz 19; insb *F. Bydlinski*, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft, in: *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft, 57.

¹³ *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 97.

¹⁴ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³, 106.

werden. Obwohl der Versicherungsmakler die Interessen des Versicherten zu wahren hat, erhält er seine Provisionen ausschließlich vom Versicherer.

10. Pseudomakler und Quasiagent

Der "Quasiagent" ist eine Person, die mit nach den Umständen anzunehmender Billigung des Versicherers als Versicherungsagent auftritt. Dieser Personenkreis soll vor allem Versicherungsmakler erfassen, die im Umgang mit dem Kunden - aus welchen Gründen immer – ein Naheverhältnis zum Versicherer suggerieren. Der "Pseudomakler" hingegen ist ein Vermittler, der sich dem Kunden gegenüber zwar als unabhängiger Makler gebärdet, tatsächlich aber einem bestimmten Versicherer so nahe steht, dass er vorwiegend am Verkauf der Produkte dieses Versicherers interessiert ist.¹⁵

¹⁵ Siehe zur Entstehungsgeschichte und der Auseinandersetzung mit Zurechnungsfragen unten III.A.10.

IV. Fallbeispiele

A. WEB - Immag:

Jener Sachverhalt, der mich auf die Idee brachte, eine Dissertation zum Thema der „Wissenszurechnung“ zu verfassen, betrifft den WEB-Immag Skandal in den achtziger Jahren in Salzburg. Zahlreiche Anleger investierten damals in sog „Hausanteilsscheine“, die sich als wertlose Beteiligungen entpuppten, und verloren dadurch große Summen. Die Entscheidungen des OGH zu dem Thema beschäftigten lange Zeit die Lehre, wobei die vertretenen Meinungen durchwegs kontroversiell waren. Der Aspekt der Wissenszurechnung war zwar kein primär diskutiertes Thema – was zweifellos auch daran lag, dass in den Prozessvorbringen der Parteienvertreter an die *Wissenszurechnung* als Zugang für eine Lösung nicht gedacht wurde.¹⁶ Folgender Grundsachverhalt beschäftigte die Gerichte:

Der private Investor **I** erwirbt eine (stille) Beteiligung an der (bereits insolventen) Gesellschaft **A**. Die Bank **B** ist an der Kreditvergabe für die Finanzierung der Beteiligungskäufe interessiert und beschließt nach Kontaktaufnahme mit der Gesellschaft **A**, dass sie die Beteiligungskäufe finanziert, soweit sich private Investoren mit entsprechender Bonität präsentieren. Der Verkauf der Beteiligungen (genannt: Hausanteilsscheine) wird von der **IV-AG**, einem Tochterunternehmen jenes Konzerns („Bautreuhand-IMMO“), dem auch die Gesellschaft **A** angehört,¹⁷ organisiert. Der Vertreter **V** der **IV-AG**, der mit dem Vertrieb befasst ist, legt auch sämtliche Formulare der Bank **B** vor und füllt das Kreditantragsformular

¹⁶ Wie weiter unten genauer dargestellt wird, wurde als Rechtsgrundlage für die prozessgegenständlichen Ansprüche hauptsächlich der *Einwendungsdurchgriff* gem § 18 KSchG diskutiert. Siehe unter VI.B.2.d).

¹⁷ Es gab auch eine Sachverhaltsvariante, bei der die IV-AG eine 100%-ige Tochter der A-GmbH war. Im Ergebnis führte dies zu keinem Unterschied, zumal die wirtschaftliche Zuordnung (zur „Bautreuhand-IMMO“) in jedem Fall gleich zu beurteilen war.

gemeinsam mit dem Investor **I** aus. **V** sichert dem Investor **I** zu, dass das Geschäft risikolos sei, nicht aber, dass **I** nie persönlich haften müsse.

Beachtlich ist, dass die Bank zur Finanzierung der Beteiligung regelmäßig außerordentlich „billige“ Kredite vergibt und die Kreditkonditionen in Form von „Zensurrichtlinien“ so ausgestaltet, dass die Einkommensuntergrenzen für die Kreditgewährung so niedrig angesetzt werden, dass praktisch jeder Interessent sie erfüllen kann. Die Bank tritt beim Vertrieb der Kredite nicht selbst in Erscheinung, sondern erhält die ausgefüllten Kreditformulare vom Vertreter **V** weitergeleitet. **I** erwirbt eine solche Beteiligung, der Kredit der Bank **B** ist besonders günstig. Im selben Jahr wird über das Vermögen der Gesellschaft **A** der Konkurs eröffnet. Die Bank **B** stellt den Kredit bei **I** fällig.

Diejenige Rechtsfrage, die in Hinblick auf diesen Sachverhalt im Vordergrund stehen wird, betrifft die Wissenszurechnung des **V** an die Bank **B**. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: In der einen Variante wusste **V**, dass er Beteiligungen einer insolventen Gesellschaft verkaufte, und in der anderen Variante wusste er es nicht. In diesem Fall fungierte er sozusagen als „unwissendes Werkzeug“ der IV-AG, bzw der A GmbH.

Rechnete man nun der Bank **B** das Wissen des **V** zu, so müsste sie sich eventuell eine Anfechtung des Kreditvertrages durch **I** gefallen lassen, oder sähe sich möglicherweise Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung der Aufklärungspflicht ausgesetzt. Wie *wenig* dieser Lösungsansatz in der Judikatur zu dem Fall diskutiert wurde, wird weiter unten¹⁸ genauer erläutert.

B. Aufsichtsrat und Bankvorstand

Das nächste Fallbeispiel, das die Relevanz der Wissenszurechnung in plastischer Weise aufzeigt, wird ua von *Koziol* in einem Aufsatz, der sich mit Pflichten- und Interessenskollisionen von Bankmitarbeitern, die gleichzeitig

¹⁸ Siehe VI.B.2.d).

Aufsichtsratsmitglieder sind,¹⁹ auseinandersetzt, besprochen. Es geht um folgenden Sachverhalt:

Der Mitarbeiter der Bank übt ein Aufsichtsratsmandat in einer Aktiengesellschaft (im Folgenden: AG) aus, die eine Aktienemission plant. Die AG hat, da sie eine Aktienemission plant, Interesse an der Übernahme der Emission durch die Bank zu möglichst günstigen Bedingungen, wohingegen die Bank bestrebt ist, nicht an einer Emission mitzuwirken, wenn die Situation des Unternehmens so problematisch ist, dass ein Absatz der Wertpapiere überhaupt nicht oder sehr schwer möglich erscheint.

Wenn die Bank den Absatz der Aktien des maroden Unternehmens betreibt, setzt sie sich zunächst dem Verdacht, Insidergeschäfte zu tätigen, aus. Wenn nun jener Mitarbeiter der Bank, der gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied der maroden AG ist, einen Anleger über den An- und Verkauf von Aktien des Unternehmens berät, ist naturgemäß im Schadensfall die Verletzung der Aufklärungspflicht der Bank Grundlage für einen eventuellen Schadenersatzanspruch des Anlegers gegen die Bank.

Der Bejahung der Verletzung der Aufklärungspflicht geht die Frage nach der Zurechnung des Wissens des Bankmitarbeiters, der das Aufsichtsratsmandat des Unternehmens ausübt, voraus. Der Fall ist mit zwei Sachverhaltsvarianten zu diskutieren: Zum einen die Wissenszurechnung des Mitarbeiters, der neben seiner Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied der AG *auch* vertretungsbefugtes, satzungsmäßiges Organ der Bank ist, und zum anderen die Wissenszurechnung des Bankmitarbeiters, der als *bloßer Angestellter* eine Funktion ohne besondere Vertretungsbefugnis für die Bank ausübt. *Koziol*²⁰ hat das Problem nur in Hinblick auf die erste Sachverhaltsvariante erörtert. Da es sich hier der Anspruchsgrundlage nach um ein Problem des Schadenersatzes wegen

¹⁹ Pflichtenkollisionen im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, FS Frotz 351.

²⁰ FS Frotz 356.

Verletzung der Aufklärungspflicht handelt, wird die rechtliche Beurteilung unten in Kapitel VII.B.2 besprochen.

C. Eurocheques

Der dritte hier eingangs festgehaltene Sachverhalt²¹ zeigt das Wissenszurechnungsproblem unter jenem Aspekt, unter dem es vor allem in der deutschen Literatur diskutiert wird – nämlich im Lichte eines Organisationsverschuldens, das Grundlage der Wissenszurechnung sein soll:

Der Bekl hatte *ec*-Schecks (*Eurocheques*) in seinem Wagen verstaut. Die Schecks wurden gestohlen und in weiterer Folge bei italienischen Banken eingelöst. Der Bekl sandte, zumal die kontoführende Bank, bei der die Schecks zur Verrechnung gelangten, keine „internationale Diebstahlsmeldung“²² für notwendig hielt, an ca. 250 italienische Banken Faxmitteilungen über den Scheckdiebstahl. Außerdem übermittelte der Bekl auch an die Geschäftsleitung der einlösenden Bank am Hauptsitz ein solches Fax, wodurch diese unredlich²³ wurde.

Da die *ec*-Garantie²⁴ nur *gutgläubige* Schecknehmer begünstigen kann, stellt sich die Frage, ob nun diejenige Bank, die den Scheck (bzw die Schecks) zur Einlösung übernommen hat, als redlich betrachtet werden kann, wenn die Geschäftsleitung (an einem anderen Sitz) unredlich war. In diesem Fall geht es um eine vertikale Wissenszurechnung, die hierarchisch gesehen von *oben nach unten*, also von Geschäftsleitungsebene zur „einlösenden“ Filiale, verläuft.

²¹ OGH 29.11.1995, 3Ob 569/95 in *ecolex* 1996, 359 (mit Anm *Wilhelm*) = HS 26.324 = ÖBA 1996, 734

²² Dass eine solche Meldung nicht von Nöten sei, bestätigte auch der OGH 23.11.1995, 2 Ob 580/94 in ÖBA 1996/549 = WBI 1996, 209 = HS 26.409.

²³ Wenn man davon ausgeht, dass sie von der Information Kenntnis nehmen konnte.

²⁴ Hierbei handelt es sich um eine Garantie, die bewirkt, dass auch ein Inhaber eines gefälschten Schecks Zahlung erhält, soweit der Scheck formal richtig ausgestellt ist. Damit wird sozusagen von der Bank eine Garantie für die Echtheit der Schecks, zusätzlich zur Anweisungsannahme, gegeben. Dies hat den Zweck, die Ungültigkeit einer Scheckanweisung nicht *immer* zu Lasten des Scheckinhabers gehen zu lassen, da sonst eine Gleichstellung mit Bargeld unmöglich wäre. Siehe genauer *Avancini* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I Rz 7/62ff.

In der folgenden Untersuchung wird sich zeigen, dass in den meisten Fällen Sachverhalte behandelt werden, die eine Wissenszurechnung von *unten nach oben*, also von mehr oder weniger *entfernten* Gehilfen an den Geschäftsherrn betreffen. Der Fokus der Arbeit liegt darin, zu ergründen, wie dieses Verhältnis beschaffen sein soll, um zurechnungsbegründend zu wirken. Auf die Wissenszurechnung innerhalb eines Konzerns mit mehr oder weniger selbstständigen Handlungseinheiten kann hier nicht in allen Details eingegangen werden. Dennoch soll zumindest am Rande²⁵ auf das eben dargestellte Problem der Wissenszurechnung innerhalb eines Verbandsorganismus, im konkreten Fall die Bank, eingegangen werden.

D. Der Lobbyist

Der letzte, politisch sehr brisante Sachverhalt, den ich einleitend kurz referieren möchte, betrifft die Wissenszurechnung des Lobbyisten an seinen Geschäftsherrn (Geschäftsherr ist hier derjenige, in dessen Interesse der Lobbyist handelt). Hier geht es um jene Schmiergeldzahlungen, die ein österreichischer Rüstungslobbyist getätigt haben soll, um den Vertragsabschluss über den Kauf von 18 Kampfflugzeugen des Typs „Eurofighter“ zwischen der EF-GmbH und der Republik Österreich herbeizuführen. Da der gegenständliche Kaufvertrag eine Klausel beinhaltete, die einen Vertragsausstieg im Falle, dass solche Zahlungen *unredlicherweise*²⁶ erfolgen sollten, ermöglichte, wurde die Frage nach der Zurechnung des Lobbyisten an die EF-GmbH besonders wesentlich. Ganz speziell geht es hier um die Zurechnung der *Unredlichkeit* des Lobbyisten, die, wenn der Lobbyistenvertrag als solcher eine genügende Zurechnungsgrundlage schaffen würde, wohl allein zu einem solchen Ausstiegsszenario führen könnte. Zu diesem Zweck habe ich weiter unten²⁷ versucht, den Lobbyistenvertrag zu

²⁵ Kapitel VI.B.8.

²⁶ Das bedeutet hier: mit der Absicht, den Vertragsabschluss herbeizuführen und durch die Zahlungen die Ausschreibung und das Vergabeverfahren zu unterlaufen.

²⁷ Kapitel VI.B.5.

charakterisieren und eine entsprechende Zurechnungsgrundlage daraus abzuleiten.

Diese vier Beispielfälle sollten eingangs einen kleinen Überblick über die Relevanz und das Interesse der Sachverhalte schaffen sowie die Problematik veranschaulichen. Eine zutreffende Begründung bzw die Lösung der Fälle unter Miteinbeziehung der Wissenszurechnung hätte wohl in jedem dieser Fälle ein anderes Lösungsergebnis herbeigeführt.

V. Problemstellung

A. Zurechnungsgegenstand „Wissen“

Das Wissen als Zurechnungsgegenstand bedarf einer Abgrenzung, einerseits vom Verhalten und Handeln der Personen, die Gegenstand der meisten gesetzlichen Normen sind, sowie andererseits von der Zurechnung selbst. Die Definition und der Umfang des Wissensbegriffes determinieren die Notwendigkeit der Zurechnung. Der Zusammenhang zwischen dem Umfang des Wissensbegriffes und der Zurechnung wird weiter unten näher ausgeführt.

Die Tauglichkeit des Wissens als Zurechnungsgegenstand ist mittlerweile unbestritten, obwohl die Rechtsordnung nur sehr wenig dazu aussagt. Die einzige im ABGB vorhandene Wissenszurechnungsnorm ist § 337 Satz 1 ABGB, der die Redlichkeit des Besitzes der Gemeinde nach der Redlichkeit bzw Unredlichkeit der in ihrem Namen handelnden Machthaber beurteilt. Ist also ein Machthaber in Hinblick auf einen Besitzgegenstand der Gemeinde unredlich, so wird die Gemeinde als unredliche Besitzerin betrachtet. Obwohl sich im ABGB zahlreiche Normen finden, die Wissen bzw Kenntnis, oder auch fahrlässige Unkenntnis als Tatbestandselement beinhalten, hat sich der Gesetzgeber gegen eine allgemeine Zurechnungsnorm entschieden.

Anders im deutschen Recht, wo sich im Rahmen der Gesetzesberatungen zu § 166 BGB²⁸ einige Gutachter gegen die Schaffung dieser Norm aussprachen, da der Einfluss, den das Wissen des Vertreters einerseits und des Vertretenen andererseits auf den Abschluss eines Rechtsgeschäftes üben könnten, sich als zu verschiedenartig gestalten würde, als dass man eine allgemeine Regel dazu aufstellen könnte. Da man jedoch die Sicherheit der Rechtsprechung als gefährdet ansah, wenn man den Richter bei

²⁸ Kapitel VI.A.3.

Wissenszurechnungsfragen ohne jede Bestimmung ließe, entschied man sich für die Einführung des § 166 BGB.²⁹

Der Entschluss, eine Wissenszurechnungsnorm ins Gesetz aufzunehmen, ist rückblickend sicherlich positiv zu bewerten, da eine solche Norm jedenfalls Ausgangspunkt für derartige Überlegungen und Analogien sein kann, auch wenn sie naturgemäß nicht alle Sachverhalte und mit der Wissenszurechnung entstehenden Problematiken abdecken kann. Die rege Diskussion um die Wissenszurechnung vor allem im deutschen Recht und der daher auf wissenschaftlicher Ebene wesentlich ausführlichere Umgang mit dem Thema ist der Beweis hierfür. Aus diesem Grund schweift auch im Laufe der Arbeit der Blick immer wieder zur deutschen Literatur und Judikatur zum Thema.

In Hinblick auf die Unterscheidung zwischen Wissen und Handeln ist zu bemerken, dass eine reine Abgrenzung gedanklich meist schwer fällt, wie auch aus der Arbeit von *Hans Oldenburg*³⁰ ersichtlich ist, da *Oldenburg* grundsätzlich Wissen und Handeln als Einheit sieht, also das Wissen gewissermaßen als Begleiterscheinung der Handlung einordnet. Dies prägt auch seinen Ansatz für die Zurechnung des Wissens. Er gesteht wohl zu, dass es Fälle, ja sogar Rechtsnormen gibt, die bloßem Wissen um einen Umstand Rechtsfolgen zubilligen, aber auch in diesen Fällen gehe dem Wissen meist eine Handlung voraus.³¹ Hier wird deutlich, dass die gedankliche Abkoppelung von Handeln und Wissen gewisse Schwierigkeiten bereitet, die allerdings in Zeiten der Aufteilung von Arbeit und vielschichtigen Organisationsstrukturen, wo Handeln und Wissen regelmäßig auseinander fallen, nötig erscheint.

Es ist denkbar, dass diese Schwierigkeit der Trennung zwischen Handeln und Wissen aus einer Zeit herrührt, in der die Vertreterschaft nicht in dem Maße genützt wurde, wie zur heutigen Zeit. Das ABGB kennt den Bevollmächtigungsvertrag, befasst sich aber nicht im Detail mit der

²⁹ *Buck*, Wissen und juristische Person 19 mit Verweis auf *Mugdan I* 740.

³⁰ *Die Wissenszurechnung* (1934).

³¹ *Oldenburg*, *Die Wissenszurechnung* 2.

Problematik einer Separation von Handeln und Wissen. Im römischen Recht gab es die Vertretung durch Sklaven, die aber in rechtlicher Hinsicht keinen Zurechnungstatbestand im heutigen Sinne darstellt, da durch die sachenrechtliche Zuordnung des Sklaven zum Geschäftsherrn der (vom Sklaven) gebildete Wille bzw sein Wissen unmittelbar als jenes des *dominus* betrachtet wurde.³² Um den Stand der Vertreterschaft zu illustrieren, sei hier ein Zitat von Friedrich Nietzsche angeführt, das vielleicht näher bringt, warum wenig an die Trennung zwischen Wissen und Handlung gedacht wurde:

*"Heute, in der Zeit, wo der Staat einen unsinnig dicken Bauch hat, gibt es in allen Feldern und Fächern, außer den eigentlichen Arbeitern, noch 'Vertreter', z.B. außer den Gelehrten noch Literaten, außer den leidenden Volks-Schichten noch schwätzende prahlerische Tunichtgute, welche jenes Leiden 'vertreten' - gar nicht zu reden von den Politikern von Berufs wegen, welche sich wohl befinden und Notstände vor einem Parlament mit starken Lungen 'vertreten'. Unser modernes Leben ist äußerst kostspielig durch die Menge Zwischenpersonen; in einer antiken Stadt dagegen, und im Nachklang daran noch in mancher Stadt Spaniens und Italiens, trat man selber auf und hätte nichts auf einen solchen modernen Vertreter und Zwischenhändler gegeben - es sei denn einen Tritt."*³³

Weiters ist die Abgrenzung zwischen den Begriffen „Zurechnung“ und „Wissen“ gedanklich zu vollziehen. Dass der Zurechnungsbegriff mit dem Umfang des Wissensbegriffes in Beziehung steht, zeigt sich daran, dass, um so breiter der Wissensbegriff ausgelegt wird, desto weniger eine Zurechnung stattfindet: Geht man beispielsweise in einem Unternehmen von einem Wissensbegriff aus, der auch alle Informationen, die auf Datenträgern gespeichert sind, umfasst, so wird sich das Problem einer Zurechnung weniger stellen als die Frage nach einem Organisationsverschulden, bzw einer Speicherobliegenheit beispielsweise des Geschäftsführers. Betrachtet man als Wissen jedoch nur die tatsächliche Information, über die eine Person (also das Zurechnungssubjekt) verfügt, so ist die Frage der Zurechnung im Falle eines dementsprechenden Tatbestandes immanent.

³² Benke/Meissel, Übungsbuch zum römischen Sachenrecht⁷, 51ff.

³³ F. Nietzsche, Der Wille zur Macht, 347.

Außerdem determiniert der Umfang des Begriffes „Wissen“, ob eine Person als „wissend“ betrachtet wird - nämlich in dem Sinne, als es auf die Frage ankommt, ob die relevante Information zum Beispiel im physischen oder virtuellen Verfügungsbereich des Angestellten war, dessen Wissen zugerechnet werden soll. Die Frage könnte zum Beispiel grob formuliert lauten: Ist die Festplatte jenes Angestellten, auf dessen Wissen es ankommt, und auf der relevante Informationen gespeichert sind, auch als sein „Wissen“ zu betrachten oder kommt es nur auf die in seinem Gedächtnis tatsächlich vorhandenen Informationen an?

In den folgenden Kapiteln soll also der Inhalt, also das, was Wissen bedeutet und umfasst, dargestellt werden. Zweifellos variiert der Wissensbegriff je nach der Anforderung der Norm – etwa Gutgläubigkeit, fahrlässiges Nichtwissen oder etwa Vorsatz. Es scheint einfacher, eine einheitlichere Zurechnungslösung zu finden, als eine inhaltliche Entsprechung des Wissensbegriffes. Trotzdem ist eine solche vonnöten, da sonst ein wesentliches Element, nämlich die Ausführung des Zurechnungsgegenstandes fehlen würde.

Daher wird zunächst versucht, eine Abgrenzung zwischen den einzelnen „Wissenszuständen“ zu erarbeiten, die den Zugang zu einer sinnvollen Zurechnungslösung für die unterschiedlichen Wissensnormen erleichtern soll.

1. Positives Wissen

Zur Frage, was unter „Positivem Wissen“ zu verstehen ist, gibt uns das Gesetz keine Auskunft. Unter einer Wissenserklärung ist eine Äußerung von Tatsachen zu verstehen, dies ohne den Willen, eine Rechtsfolge herbeizuführen.³⁴ Da in der deutschen Rechtsordnung mit § 166 BGB eine Wissenszurechnungsnorm vorhanden ist, ist der Begriff des Wissens im deutschen Schrifttum verschiedentlich definiert worden:³⁵ Kenntnis sei das Wissen von Tatsachen (einer Rechtslage); sie sei die Übereinstimmung der subjektiven Vorstellung mit dem objektiv Gegebenen; sie sei die Entsprechung

³⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 99.

³⁵ *Buck*, Wissen und juristische Person 47.

des Erkennens mit dem Erkannten; sie sei eine durch äußere Ereignisse (Sinneseindrücke) oder durch geistige Vorgänge (Schlussfolgerungen) hergestellte, der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung von einer Tatsache; sie sei eine innere, nach außen hin nicht erkennbare Tatsache.

In der österreichische Literatur ist *Wolff*³⁶ wohl der Einzige, der sich mit der Frage, was Wissen bedeutet, näher auseinandergesetzt hat: Er untergliedert den Begriff „Erkenntnis“ in drei Komponenten: Die Erkenntnis des Wahrgenommenen ohne seine Zuordnung zur Außenwelt (das sog Wahrnehmungswissen), das Erfassen, das bereits eine Einordnung des Wahrgenommenen voraussetzt, sowie das individuell bestimmte Wissen (das Erkennen selbst), bei dem sich das Wissen auf ein Einzelwesen erstreckt. Nur wenn all diese Komponenten vorliegen, so liegt nach *Wolff*³⁷ die sog Fallkenntnis, wie er es nennt, „ontologisches Wissen“, vor.

Wie man aus dieser Definition erkennen kann, setzt sich das Wissen einerseits aus einer Wahrnehmung des Menschen, und andererseits aus einer gewissen intellektuellen Regung, also einer Zu- oder Einordnung zusammen.

Grundsätzlich ist eine bloße Wahrnehmung meines Erachtens noch nicht als zurechenbares Wissen zu betrachten. Man nimmt Dinge wahr, die man nicht einordnet, da man sie nicht als bedeutungsvoll erachtet. Es gehört also zur Wahrnehmung auch eine Einordnung der Wahrnehmung, die im Inneren des Wahrnehmenden, also naturgemäß beeinflusst durch seinen persönlichen Kenntnisstand, stattfindet.

Die zentrale Frage bei der Definition von positivem Wissen ist, inwieweit ein objektiver Maßstab, im Sinne eines „Wissens-Müssens“ angelegt werden kann. Da es sich bei Wissen um eine innere Tatsache handelt, ist es schwierig, sie nach außen hin erkennbar zu machen. Ob man nun annimmt, dass das Wissen um einen Umstand vorliegt, wenn ein verständiger Mensch dieser Bewusstseinslage den Umstand für sehr wahrscheinlich halten würde, hat

³⁶ *Wolff*, Verbotenes Verhalten 28f.

³⁷ *Wolff*, Verbotenes Verhalten 29.

entscheidende Konsequenzen für die Zurechnung selbst. Geht man nämlich von einem „Durchschnittsmenschen“ aus, objektiviert man den Maßstab des positiven Wissens und bewegt sich in Richtung einer Verpflichtung zur Wissenserlangung bzw eines „Wissen-Müssens“.

Diese Einstufung des Wissensbegriffes wird jedoch nicht ganz vermeidbar sein, da man, wenn man nur das tatsächlich vorhandene Wissen einer Person als geeignet für die Zurechnung betrachtet, auch ein Nichtwissen aufgrund von Nichtwissenwollen, nicht zurechnen dürfte. Damit könnte sich jedoch eine Person, indem sie sich absichtlich der Wissenserlangung verschließt, der Zurechnung unzugänglich machen, was in rechtspolitischer Hinsicht nicht zu billigen ist. Die Qualifikation, was nun tatsächlich als positives Wissen zu betrachten ist, richtet sich letztendlich auch nach der jeweiligen Wissensnorm. In manchen Fällen könnte ein dringender Verdacht, oder ein Zweifel reichen (wie etwa bei § 367 ABGB), in anderen Fällen sollte nur die sichere Kenntnis um einen Tatbestand zurechnungsfähiges Wissen begründen. Etwa bei der Zession, bei der der Schuldner Gewissheit³⁸ über den Übernehmer der Forderung haben muss, kommt das Privileg des § 1395 S 2 ABGB (Zahlung an den Altgläubiger) auch dem fahrlässigen Schuldner zugute, dem die Übernahme der Forderung nicht bekannt gemacht wurde. Es kommt also in diesem Fall nicht auf ein Kennen-Müssen oder auch Kennen-Können des Schuldners an,³⁹ sondern das Wissenserfordernis ist höher als beispielsweise bei der Gutgläubigkeit nach § 367 ABGB, wonach dem Erwerber bereits bei leichter Fahrlässigkeit der gutgläubige Eigentumserwerb verwehrt bleibt.⁴⁰

Nur, wer gem § 326 ABGB den Veräußerer aus wahrscheinlichen Gründen für den Eigentümer halten kann, ist redlich. Nach § 326 ABGB ist, wer *„weiß oder aus den Umständen vermuten muss, dass die in seinem Besitz befindliche Sache einem anderen zugehört“*, unredlich. Hier statuiert das Gesetz also eine Art Wissensverpflichtung. Die Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Judikatur über den Grad der Fahrlässigkeit bei der Redlichkeit im Sachenrecht

³⁸ Wolff in Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI², 314.

³⁹ Wolff in Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI², 313.

⁴⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 332.

und ihre Bedeutung für die Wissenszurechnung sollen weiter unten im dazugehörigen Kapitel diskutiert werden.

Der „Grad des Wissens“ wird also nicht unwesentlich von der Wissensnorm und ihrer Einordnung in der Rechtsordnung determiniert. Zu klären wird insb sein, welches Wissen bei den von der Judikatur und Lehre geprägten Konstellationen und Rechtsinstituten, bei denen Wissen Tatbestandselement ist, zugerechnet werden soll.

2. Fahrlässige Unkenntnis/Wissen-Müssen

Der Begriff der Fahrlässigkeit kommt aus § 1294 ABGB, der von schuldbarer Unwissenheit spricht. Der Begriff ist insofern zu eng gefasst, als die Fahrlässigkeit sich im Verkennen der Tatsache, dass eine Handlung den schädigenden Erfolg herbeiführt, verwirklicht, oder vor allem die Schädlichkeit einer Handlung selbst verkannt wird. Der Begriff entstammt dem Schadenersatzrecht, es sei hier angemerkt, dass ein Wissen-Müssen aber auch zu nicht schadenersatzrechtlichen Konsequenzen führen kann, wie etwa bei der Voraussetzung des Offenbar-auffallen-Müssens beim Irrtum gem § 871 ABGB.

Bei der Zurechnung von fahrlässiger Unkenntnis wird derjenige, der fahrlässig nicht erkannte, so behandelt, als hätte er gewusst. Es wird also fiktives Wissen zugerechnet. Eine grundsätzliche Frage, die sich im Zusammenhang mit der Zurechnung von fahrlässiger Unkenntnis stellt, ist, mit welchem Maßstab die Fahrlässigkeit sowie der Umfang dessen, was gewusst hätte werden sollen, zu beurteilen ist. Nach österreichischem Recht wird bei der Fahrlässigkeit grundsätzlich auf der Ebene des Täters zunächst die subjektive Fähigkeit, bei gehöriger Willensanspannung die Gefährlichkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlung zu erkennen, geprüft. Insofern besteht der Grundsatz der subjektiven Beurteilung, aus dem resultiert, dass einem Täter, der über die individuellen Fähigkeiten, den Schädigungsgehalt der Handlung zu erkennen, verfügt, der Vorwurf eines Willensmangels gemacht werden und somit Verschulden

festgestellt werden kann.⁴¹ In der deutschen Rechtswissenschaft wird hingegen auch in Hinblick auf die Fähigkeit des Täters ein objektiver Maßstab betreffend seine Fähigkeiten, die Gefährlichkeit oder Rechtswidrigkeit seiner Handlung zu erkennen, angelegt. Dies führt naturgemäß zu einer, wie *Koziol*⁴² es ausdrückt, Haftung durch einen objektiv zu bemessenden Verstandesmangel.

Die fahrlässige Unkenntnis, das heißt also genauer gesagt: der Umfang des Wissens, das fahrlässig nicht erlangt/erkannt wurde und daher Zurechnungsgegenstand ist, könnte im Sinne der schadenersatzrechtlichen Theorie der Fahrlässigkeit im Deliktsbereich auch von der subjektiven Fähigkeit des Handelnden/Wissenden, der es verabsäumt hat, sich die relevante Information zu verschaffen oder zu erkennen, abhängen. Die These wird noch zu überprüfen sein.

Die Prüfung des Umfangs der fahrlässigen Unkenntnis muss in zwei Stufen erfolgen, weshalb es notwendig ist, die Begriffe „objektiver“ und „subjektiver Maßstab“ zu definieren:

Bei der Feststellung des subjektiven Maßstabes kommt es darauf an, ob der Gehilfe auf Grund seiner individuellen Fähigkeiten die Information erkennen bzw das Wissen erlangen konnte. Dieser Ansatz liegt grundsätzlich dem Schadenersatzrecht zu Grunde, bei dem das Verschulden von den subjektiven Fähigkeiten des Schädigers abhängig gemacht wird.

Bei der Feststellung des objektiven Maßstabes stellt sich dahingegen die Frage, ob ein „ordentlicher“ Gehilfe in dieser Position die Information erkennen bzw das Wissen erlangen konnte. Bei der Sachverständigenhaftung (§ 1299 ABGB) orientiert man sich regelmäßig an einem solchen „objektivierten“ Maßstab. Man legt hier einer Person, die über bestimmte Kenntnisse (etwa durch eine besondere Ausbildung oder Erfahrung) verfügt, Verschulden zur Last, auch wenn die Person *subjektiv* kein Verschulden trifft.

⁴¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³, Rz 5/35.

⁴² Haftpflichtrecht I³, Rz 5/36.

Der Umfang des zuzurechnenden Nichtwissens ist in vielen Fällen von der Beziehung zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen, sowie von der Beziehung des Geschäftsherrn zum Vertragspartner, abhängig. Beispielsweise geht man bei der Zurechnung von schädigenden Handlungen eines Gehilfen im Rahmen einer Vertragserfüllung, welcher der Geschäftsherr nachkommen muss, immer vom Maßstab, also der (subjektiven) Perspektive des Geschäftsherrn aus. Man fragt also, ob eine bestimmte Handlung als schuldhaft zu qualifizieren gewesen wäre, wenn der Geschäftsherr sie vorgenommen hätte. Dies ergibt sich daraus, dass der Gehilfe gegenüber dem Vertragspartner nicht die gleichen Pflichten zu erfüllen hat, wie der Geschäftsherr.

Eine ähnliche Fragestellung ergibt sich beim Versuch, den *Umfang des Erkennen-Müssens* zu determinieren. Hier wird es in den meisten Fällen zunächst darauf ankommen, ob eine vertragliche Sonderbeziehung vorliegt oder nicht. Im Falle einer Sonderbeziehung stellt der Vertragspartner idR auf jene Fähigkeiten ab, die von den Gehilfen üblicherweise erwartet werden können.⁴³ Wenn nun aufgrund der betreffenden Eigenschaften eines Gehilfen dieser Standard nicht erreicht wurde, so geht dies zu Lasten des Geschäftsherrn. Daher ist in einem solchen Fall auch zu fragen, ob der Geschäftsherr in der betreffenden Situation den relevanten Umstand erkannt hätte. Wenn dies zu bejahen ist, dann ist eine Wissenszurechnung in den meisten Fällen wohl zu befürworten. In allen anderen Fällen ist wohl auf die subjektiven Fähigkeiten des Gehilfen abzustellen – dies entspricht auch der gängigen Wertung des Schadenersatzrechtes.

Diese Problematik ergibt sich bei der Zurechnung positiven Wissens naturgemäß nicht, da das Wissen eben vorhanden ist. Der Wissensbegriff, der dieser Arbeit zu Grunde gelegt wurde, impliziert die Zu- und Einordnung der wahrgenommenen Information im weitesten Sinne.

Ob nun ein Verschulden für die Zurechnung einer bekannten, aber nicht als relevant *erkannten* Information erforderlich ist, hängt von der jeweiligen Wissensnorm ab. Im Versicherungsvertragsgesetz (§ 16 VVG) ist

⁴³ So auch *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 229.

beispielsweise ein Verschulden des Versicherten oder seines Gehilfen, der eine relevante Information über einen gefahrenerhöhenden Umstand nicht angezeigt hat, erforderlich, um dem Versicherer den Rücktritt vom Versicherungsvertrag zu gewähren.⁴⁴ Das bedeutet, wenn der Versicherte über einen Umstand Bescheid wusste, der für den Versicherer bei Abschluss des Versicherungsvertrages bedeutend war, und über diesen nicht aufgeklärt hat, so ist dies nur relevant, wenn dem Versicherten Verschulden nachgewiesen werden kann.

In einem anderen Fall wurde das Wissen eines Referatsleiters über einen Schadenseintritt der Gebietskörperschaft zugerechnet, obwohl dieser die Relevanz dieser Information nicht erkannte und auf Grund seiner Tätigkeit auch nicht erkennen musste, also in diesem Fall kein Verschulden des Referatsleiters erforderlich war, um die Wissenszurechnung zu bejahen.⁴⁵

Die angeführten Beispiele zeigen, dass ein pauschal anwendbarer Lösungsansatz schwer zu finden ist. Die Antwort auf die Frage, welcher Horizont des Erkennen-Müssens maßgeblich ist, liegt in vielen Fällen in der einzelnen Wissensnorm, beziehungsweise in der einzelnen Fallkonstellation verborgen. Im Zuge der Arbeit wird auf die einzelnen Beispiele immer wieder eingegangen und es werden die entsprechenden Argumente gegeneinander abgewogen.

In Zusammenhang mit der Feststellung eines Sorgfaltsverstoßes hinsichtlich der Wissenserlangung stellt sich vor allem im rechtsgeschäftlichen Bereich oft die Frage, ob eine Nachforschungspflicht bestanden hat und verletzt wurde. Man kann wohl nicht von einer „generellen Nachforschungspflicht“ bei allen Rechtsgeschäften ausgehen, da dies zu einer ausgesprochen überspannten Vorsichtigkeit bei Vertragsschluss führen, und daher den Geschäftsverkehr zum Erliegen bringen würde. In diesem Sinne argumentiert auch *Iro*⁴⁶

⁴⁴ Kapitel VI.A.1.

⁴⁵ SZ 60/204.

⁴⁶ JBl 1982, 476.

hinsichtlich der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Vertragsparteien. Bei bestimmten Vertragstypen ist eine besondere Nachforschungspflicht gegeben; im Versicherungsrecht muss der Versicherer beispielsweise alle ihm zur Verfügung stehenden Informationen über den Versicherten abrufen⁴⁷ bzw. überprüfen und kann sich, wenn er diese Recherche unterlassen hat, nicht darauf berufen, den relevanten Umstand nicht gekannt zu haben.

In allen anderen Fällen wird man prüfen müssen, ob ein konkreter Anlass bestanden hat, einer Nachforschungspflicht nachzukommen. Hier stellt sich wieder die Frage nach der Erkennbarkeit der Notwendigkeit einer solchen Recherche. Im rechtsgeschäftlichen Bereich wird man wiederum zu dieser Beurteilung als Grundlage die Formel des „objektiven Maßstabes“ des Gehilfen heranziehen können: Wenn also von einem „ordentlichen Gehilfen“ erwartet werden konnte, dass er auf Grund eines besonderen Anlasses eine Recherche macht oder bestimmte Nachforschungen betreibt, und er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, so wird man dem Geschäftsherrn diese Pflichtverletzung anlasten und ihn als „wissend“ betrachten.

So wird die Erkennbarkeit des Vorliegens der Nachforschungspflicht auch in Deutschland gehandhabt, wie *Buck*⁴⁸ schildert – dennoch dürfen die Anforderungen an einen Gehilfen, der etwas hätte wissen müssen, nicht überspannt werden, da es sich bei der Nachforschungspflicht um eine Obliegenheit handelt.

⁴⁷ Siehe sogleich unter V.A.3.

⁴⁸ *Buck*, Wissen und juristische Person 66f.

3. Aktenwissen

Inwieweit muss das Wissen in den Köpfen der Menschen vorhanden sein und wann kann man auch Wissen zurechnen, dass in den Akten oder Computern des Unternehmens bzw eines Mitarbeiters „gelagert“ ist? Kann eine natürliche oder juristische Person als wissend betrachtet werden, wenn eine Information nicht im Gedächtnis eines Mitarbeiters, sondern im Netzwerk oder Aktenlager gespeichert ist?

Diese Fragestellung beschäftigte bislang die Literatur nur im Zusammenhang mit § 16 Abs 3 VVG. Diese Bestimmung schließt einen Rücktritt vom Versicherungsvertrag durch den Versicherer wegen eines erheblichen Umstandes iSd § 16 VVG⁴⁹ aus, wenn der Versicherer den nicht angezeigten Umstand kannte, oder die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unterblieb. *Schauer*⁵⁰ beschränkt sich darauf, festzustellen, dass dem Versicherer fahrlässige Unkenntnis nicht schadet und ihn auch keine Nachforschungspflichten treffen. Die Tatsachen, die der Versicherer kenne, seien jenen Tatsachen gleichgestellt, die offenkundig seien,⁵¹ wie beispielsweise die besonderen klimatischen Umstände bei Abschluss einer Hagelversicherung.

*Hofmann*⁵², auf den von *Schauer* an eben genannter Stelle verwiesen wird, räumt jedoch ein, der Versicherer als „wissend“ zu behandeln ist, wenn ein Versicherungsnehmer auf Informationen, die in einer anderen (mit dem Versicherer im Rahmen eines Konzerns verbundenen) Gesellschaft aufgrund eines früheren Versicherungsverhältnisses vorhanden sind, verweist. Unterlässt

⁴⁹ Als erheblich wird in § 16 Abs 1 VVG ein Umstand bezeichnet, der geeignet ist, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, Einfluss auszuüben.

⁵⁰ Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 112.

⁵¹ Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 112 mit Verweis auf *Hofmann*, Privatversicherungsrecht³, 85.

⁵² Privatversicherungsrecht³, 85.

es der Versicherer bei Vertragsabschluss, diese Daten abzufragen,⁵³ ist in diesem Fall dieses „Aktenwissen“ der Versicherungsgesellschaft als ihr positives Wissen zu betrachten.

Bei der „Zurechnung“ von Aktenwissen handelt es sich aber genau genommen nicht um eine *Zurechnungsfrage* im technischen Sinne, da sich das Aktenwissen verselbstständigt und von einer natürlichen Person (dem Zurechnungssubjekt) abkoppelt. *Voit*⁵⁴ vertritt im Anschluss an den BGH⁵⁵, dass aktenmäßig festgehaltene Informationen abgerufen werden müssen, soweit zu einer solchen Abfrage Anlass besteht und dass eine solche Maßnahme angesichts der elektronischen Datenverarbeitung nicht als unzumutbar betrachtet werden kann, soweit es sich um eine routinemäßige Abfrage bei Vertragsschluss handelt.

Insofern erweist sich die Feststellung *Schauers*,⁵⁶ dass den Versicherer keine Nachforschungspflichten treffen, soweit sie sich auf das dem Versicherer bekannte Wissen beziehen, als nicht ganz zutreffend, da den Versicherer bei Vertragsschluss sehr wohl Nachforschungspflichten in seinem eigenen Datenstock treffen, die ihn im Falle einer Verletzung als „wissend“ qualifizieren.

Dieses Beispiel zeigt sehr deutlich den begrifflichen Unterschied zwischen „Wissen“ und „Zurechnung“. In dem eben geschilderten Fall wurde die juristische Person (der Versicherer) als wissend angesehen, da sich die relevante Information in seinem Datenlager befand und er sie hätte abfragen müssen. Es erfolgt hier also keine Zurechnung im eigentlichen Sinne, nämlich von einer Person zur anderen (oder zur juristischen Person), sondern eine Erweiterung des Wissensbegriffes, die zu einer Haftung kraft Wissen-Müssens führt.

⁵³ BGH VersR 1993, 1089, 1090; VerR 1996, 785, 788.

⁵⁴ In Honsell, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz § 16 Rz 84.

⁵⁵ VersR 1993, (1089), 1090.

⁵⁶ Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³, 112.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass es sich bei (nicht abgerufenem) Aktenwissen um Informationen handelt, die, falls eine bestehende Nachforschungspflicht verletzt wird, zu einer Haftung oder einer anderen Rechtsfolge (je nach Wissensnorm) führen können. Zurechenbares Wissen ist jedoch grundsätzlich auf Personen bezogen. Das heißt, dass jenes Wissen, das auf dem Datenträger einer bestimmten Person oder eines Unternehmens gespeichert ist, grundsätzlich nicht Zurechnungsgegenstand ist, aber unter bestimmten Voraussetzungen Rechtswirkungen auslösen kann.

Ob eine Nachforschungspflicht besteht, kommt auf die einzelne Wissensnorm bzw. das Vertragsverhältnis an. Wenn man bei Betrachtung der Wissensnorm eine Nachforschungspflicht feststellen kann, so wird man die jeweilige Gesellschaft oder Person als „wissend“ qualifizieren können und somit, ungenau gesprochen, das Aktenwissen „zurechnen“.

4. Vergessen – Wie lange gewusst wird

Hier ist eingangs anzumerken, dass das Vergessen von Informationen ausschließlich in jenen Fällen relevant ist, in denen positives Wissen zurechenbar wäre – und nicht in all jenen Fällen, in denen das Gesetz fahrlässiges Nichtwissen sanktioniert. Da nämlich bei der Zurechnung von fahrlässigem Nichtwissen ohnehin ein *fiktives Wissen*, nämlich ein tatsächlich gar nicht vorhandenes, zugerechnet wird, ist es irrelevant, ob es vergessen wurde oder aufgrund anderer Umstände nicht vorhanden war.

Beim Vergessen von Informationen durch einen Gehilfen stellt sich mE die gleiche Frage wie bei der Zurechnung von fahrlässigem Nichtwissen, nämlich jene nach dem Maßstab der Fahrlässigkeit.

Wann ist bei Vergessen von Informationen ein objektiver oder ein subjektiver Maßstab für den Gehilfen anzulegen? In welchen Fällen muss man für die Feststellung, ob das Wissen nun, obwohl es vergessen wurde, zugerechnet wird, auf den „Vergessens-Horizont“ des Geschäftsherrn abstellen?

Es liegt nahe, bei der Feststellung des Maßstabes die Kriterien aus dem Schadenersatzrecht heranzuziehen: Im deliktischen Bereich könnte ein subjektiver Maßstab und im rechtsgeschäftlichen Bereich auf Grund der Vertrauenslehre ein objektiver Maßstab gelten.

Ist die Weitergabe von Information Vertragsinhalt, wie beispielsweise bei der Warnpflicht beim Werkvertrag, so ist das Vergessen naturgemäß strenger zu beurteilen, und daher wahrscheinlich als zwar nicht mehr vorhandenes, aber fiktives Wissen zuzurechnen.⁵⁷

In den meisten Fällen wird jedoch davon auszugehen sein, dass vergessenes Wissen nicht zuzurechnen ist, da es tatsächlich nicht vorhanden ist. Die Frage, ob der Gehilfe im Einzelfall eine Information vergessen hat, und dadurch einen Sorgfaltsverstoß begangen hat, würde zu einer Belastung des Verkehrs hinsichtlich vergesslicher Gehilfen führen, da ein Vergessen ja nicht unmittelbar schuldhaft sein kann, es sei denn, die Bereitstellung von Wissen ist selbst Vertragsinhalt bzw es besteht eine gesetzliche Pflicht zum Wissen-Müssen.

Daher ist bei Vertragserfüllung nach zutreffender Ansicht von *Iro*⁵⁸ der (subjektive) Maßstab des Geschäftsherrn anzulegen: Immer dann, wenn ein Gehilfe, wie in § 1313a ABGB, zur Erfüllung einer Aufgabe herangezogen wird und eine relevante Information vergisst und daher nicht weiterleitet, wird sich der Geschäftsherr so behandeln lassen müssen, als ob er selbst vergessen hätte. Man muss sich also fragen, ob der betreffende Geschäftsherr im konkreten Fall, wenn er über die Information verfügt hätte, auch vergessen hätte. Ist dies der Fall, so wird man nicht zu einer Wissenszurechnung gelangen – hätte der Geschäftsherr jedoch unter konkreten Umständen die Information nicht vergessen, so ist das Wissen dem Geschäftsherrn zuzurechnen.

⁵⁷ Siehe etwa SZ 63/20.

⁵⁸ ÖBA 2001, 24.

Iro betont weiters, dass dem Gleichstellungsargument durch eine solche Behandlung Rechnung getragen werde, da einerseits der Geschäftsherr nach eigenen Maßstäben beurteilt werde und sich nicht auf Grund seiner Geschäftsherrenstellung „irgendwann“ vorhanden gewesenes Wissen zurechnen lassen müsse, und andererseits die Zufälligkeit des Abstellens auf das Wissen/Vergessen von Gehilfen vermieden werde.

Naturgemäß wird in den meisten Fällen, wenn der Geschäftsherr einwendet, er sei sehr vergesslich, kein Weg an einer Verpflichtung zum Festhalten und Konservieren von wichtigen Informationen vorbeiführen: Daher wird man über diesen Pfad fast immer zu einer Haftung aus auf der Grundlage von Wissen-Müssen gelangen. Dennoch steht so auch die Möglichkeit offen, ein schuldloses Vergessen nicht im pauschalen Sinne eines Organisationsverschuldens schlichtweg zu sanktionieren, sondern unter Einbeziehung aller maßgeblichen Umstände den Geschäftsherrn von seinem „vergessenen Wissen“ zu befreien und keine Wissenszurechnung vorzunehmen. *Iro*⁵⁹ sieht folgende Kriterien für die Abwägung zur Beurteilung als relevant an: (i) Erkennbarkeit der Bedeutung des Wissens zum Zeitpunkt des Erwerbes, (ii) Verminderung bzw Steigerung dieser Bedeutung durch nachträgliche Ereignisse, (iii) Häufigkeit des Wissensensatzes und dadurch erhöhte Einprägbarkeit, (iv) Umstände des Wissenserwerbes.

In Hinblick auf die Zurechnung von vergessenem Wissen zur *juristischen Person* ergibt sich folgendes Problem: Inwieweit kann man, geht man bei der Wissenszurechnung von der Organtheorie aus, die juristische Person als vom Organwissen „infiziert“ betrachten, auch wenn das Wissen gar nicht mehr vorhanden ist? Die juristische Person hat schließlich kein Gedächtnis.

Nach Ansicht von *Iro*⁶⁰ soll das Gleichstellungsargument auch *zugunsten* der juristischen Person gelten – das bedeutet, dass Wissen nur innerhalb einer gewissen zeitlichen Schranke als vorhanden angesehen werden kann, da auch

⁵⁹ ÖBA 2001, 24.

⁶⁰ ÖBA 2001, 23.

der natürliche, sorgfältige Mensch Informationen je nach Relevanz, Wichtigkeit und Häufigkeit der Verwendung der Informationen vergisst. Daher soll auch eine juristische Person nicht als „ewiger Speicher“ von einmal Gewusstem behandelt werden, sondern ein mit der natürlichen Person vergleichbarer Maßstab an *zeitlicher Begrenzung* des Wissens herausgearbeitet werden.

Zum Maßstab dieser zeitlichen Begrenzung soll, da in der Regel mehrere Personen als Organwalter fungieren und ein Durchschnitt der Merkleistungen dieser Organwalter nur schwer zu ermitteln sein wird, das durchschnittliche Erinnerungsvermögen eines Geschäftsführers herangezogen werden. Es ist also zu prüfen, ob ein Geschäftsführer mit durchschnittlichem Erinnerungsvermögen über das entsprechende Wissen, ebenfalls unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien, noch verfügt hätte. So umschifft man, wie auch *Iro*⁶¹ zutreffend bemerkt, das Risiko eines etwaigen Wechsels des Geschäftsführers, und kann mit dieser Formel auch die Zufälligkeit, die das individuelle Erinnerungsvermögen eines Organwalters anbelangend den Verkehr belasten könnte, ausschließen.

Für Zweifelsfälle schlägt *Iro* eine Entscheidung zu Lasten der juristischen Person vor, da die entsprechende Situation durch den Einsatz von Gehilfen der juristischen Person entstanden ist.

Dem ist aus meiner Sicht zuzustimmen, da es zu weit geht, tatsächlich nicht mehr vorhandenes Wissen zuzurechnen. Ist mit dem Vergessen ein Sorgfaltsverstoß verbunden, oder wird eine vertragliche Pflicht verletzt, so wird man von einem Wissen-Müssen ausgehen und daher ohnehin zu einer Haftung gelangen können. Ist jedoch (aufgrund von Vergessen) keine Kenntnis mehr vorhanden, so kann sie auch nicht zuzurechnen sein.

⁶¹ ÖBA 2001, 24.

5. „Privates“ und „dienstliches“ Wissen

In Zusammenhang mit der Wissenszurechnung kommt regelmäßig die Differenzierung zwischen den Begriffen „privates“ und „dienstliches“ Wissen auf, sowie in weiterer Konsequenz die Frage nach der Zurechnung dieses „unterschiedlichen“ Wissens. Zur Begriffsbestimmung ist zu sagen, dass damit wohl die Wissenserlangung, und nicht die Art der Kenntnis (nach ihrem Inhalt) gemeint ist. Es kommt also darauf an, ob eine Person ihr Wissen im Rahmen ihres Tätigkeitsbereiches erlangt hat.⁶²

Die österreichische Rechtsprechung hat den Grundsatz entwickelt, dass das Wissen der vertretungsbefugten Gesellschafter der Gesellschaft immer zuzurechnen ist. Die Art, beziehungsweise die Gelegenheit der Wissenserlangung spielt dabei keine Rolle. Es kommt also nur auf das Tatsachenwissen der vertretungsbefugten Gesellschafter an.⁶³ Dies gilt auch für so genannte Machthaber, die allerdings für eine Wissenszurechnung ihres privaten Wissens für den betreffenden Rechtsakt zuständig sein müssen.⁶⁴

Der Grundsatz resultiert aus dem Gedanken, dass, zumal die Gesellschaft zwangsläufig durch das vertretungsbefugte Organ repräsentiert wird, daher das Wissen dieses Organs das „offizielle“ Wissen der Gesellschaft darstellen muss, da die Gesellschaft kein eigenes Gedächtnis hat. Inwieweit eine Differenzierung des vertretungsbefugten Organs zum Machthaber in Hinblick auf die Zurechnung von privatem Wissen gerechtfertigt ist, soll weiter unten⁶⁵ noch genauer erläutert werden.

⁶² Iro, ÖBA 2001, 5.

⁶³ OGH 10.12.1996, 5Ob 2392/96t; OGH 10.12.1996, 5 Ob 2397/96b in RdW 1997, 275 = HS 27.038.

⁶⁴ SZ 63/20.

⁶⁵ Kapitel VI.A.2.a)

Das Wissen von Verhandlungsgehilfen,⁶⁶ Erfüllungsgehilfen⁶⁷ oder Sachbearbeitern⁶⁸ soll nur insoweit maßgeblich sein, als das Wissen in dem zugewiesenen Aufgabenbereich erworben wurde und auch für jenen Akt relevant sein muss, für den diese Gehilfen zuständig sind.

Diese Unterscheidung entspricht weitgehend der deutschen Diskussion und Judikatur zur Frage, bei welchen Personen nun auch privat erlangtes Wissen zurechenbar sein soll: Der BGH hat in einer Entscheidung⁶⁹ zu § 30 Nr. 1 KO (D) bei einer Hilfsperson auf die „in Wahrnehmung seiner Befugnisse“ erlangte Kenntnis abgestellt. Unabhängig von einem Vertretungsverhältnis müsse sich derjenige, der einen anderen mit einer bestimmten Aufgabe betraut habe, dessen Kenntnisse, die dieser in Erfüllung dieser Aufgabe erwirbt, zurechnen lassen.

Umgekehrt besteht auch in der deutschen Judikatur und Literatur Einigkeit darüber, dass sowohl bei Organpersonen als auch bei Stellvertretern das Kriterium der Dienstlichkeit als Einschränkung des zurechenbaren Wissens dogmatisch nicht zu rechtfertigen ist.⁷⁰

*Buck*⁷¹ stellt in ihrer umfassenden Arbeit zur Wissenszurechnung fest, dass die Differenzierung zwischen „einfachen Hilfspersonen“ und „Organpersonen“ hinsichtlich dienstlich oder privat erlangten Wissens nicht gerechtfertigt ist, zumal eine solche Wertung einerseits dem Gesetz (also §166 BGB) nicht zu entnehmen sei, und andererseits die Teilung des Wissens innerhalb *einer Person* nicht möglich sei. Sie ist der Ansicht, dass die Quelle der Kenntnis nur dann eine Rolle spielen könne, wenn dies tatsächlich die Wissensnorm

⁶⁶ OGH 31.05.1983, 5Ob 580/82 in RdW 1983, 74 = HS 14.459; OGH 28.03.1990, 3Ob 614/89 in JBl 1991, 245 = HS 20.722 = MietSlg 42.052; OGH 29.08.1994, 1Ob 551/94 in NZ 1997, 17 = EFSlg 81.391; OGH 25.04.1995, 1Ob 540/95 in ecolex 1995, 480 = OBA 1995, 727 u. 994.

⁶⁷ SZ 63/20.

⁶⁸ OGH 31.03.1989, 6 Ob 554/98 in ÖBA 1989/189 (mit Anm *Reidinger*) = SZ 62/54 = GesRZ 1989, 161 = RdW 1989, 220 = ÖJZ 1989/152.

⁶⁹ NJW 1984, 1953, 1954.

⁷⁰ *Buck*, Wissen und juristische Person 166.

⁷¹ Wissen und juristische Person 166ff.

vorschreibe. Den Grund dafür sieht sie darin, dass in den meisten Fällen die Ausübung einer Befugnis entsprechend weite Informationspflichten beinhaltet und daher meistens eine Verpflichtung bestehe, zur Ausübung der Pflicht auch privates Wissen einzusetzen, weswegen nicht einzusehen sei, dass in einem solchen Fall nur dienstliches Wissen zuzurechnen sein solle.⁷²

Auch im österreichischen Recht gibt es keinen Anhaltspunkt für die differenzierte Zurechnung von dienstlich oder privat erlangtem Wissen, ausgehend von der rechtlichen Position des Gehilfen. Ein Anhaltspunkt könnte, da das Stellvertretungsrecht bzw die Organstellung oder Machthaberschaft unzureichende Anhaltspunkte für die Wissenszurechnung an den Geschäftsherrn bzw die juristische Person darstellen, tatsächlich die Treuepflicht und die Informationspflicht des jeweiligen Gehilfen gegenüber dem Zurechnungsobjekt (also dem Geschäftsherrn) sein, wie sich im Laufe der Arbeit noch zeigen wird.

Man könnte also davon ausgehen, dass immer dann, wenn nach der Treuepflicht eines Mitarbeiters von ihm erwartet werden konnte, dass er eine Information weitergibt, auch sein privates Wissen zuzurechnen ist. In Fällen der Machthaberstellung oder der Organstellung muss dies jedoch unbegrenzt gelten, da diese Sonderstellungen eigene Zurechnungstatbestände bilden. Daher würde eine solche Herangehensweise auch nicht mit der weiter unten⁷³ näher diskutierten Interessenskollision eines Aufsichtsratsmitgliedes, das gleichzeitig Organ oder Machthaber einer Bank ist, in Widerspruch stehen.

6. Wissenszusammenrechnung

Die Frage der Wissenszusammenrechnung stellt sich in all jenen Fällen, in denen Teilwissen bei unterschiedlichen Personen vorhanden ist, das für sich allein genommen nicht relevant ist, aber addiert für den Geschäftsherrn

⁷² So auch *Sieger*, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechtes und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung 65.

⁷³ Vgl unten VII.B.2.

Relevanz besitzt. Das bedeutet konkret, dass mehrere Personen (beispielsweise Vertreter) über Umstände Bescheid wissen, die aber aus ihrem Erkenntnishorizont gesehen keine Rolle spielen, da sie beispielsweise nicht über das bevorstehende Rechtsgeschäft, für das die Kenntnisse relevant sind, informiert sind. Die Frage ist nun, ob und unter welchen Bedingungen in einem solchen Fall der Geschäftsherr trotzdem als wissend betrachtet werden kann und somit eine der Voraussetzungen von positivem Wissen, nämlich die Einordnung einer Information in einen gewissen Kontext, fingiert werden kann.

Die Sachverhalte, die eine Wissenszusammenrechnung erfordern würden, können vielfältig sein.⁷⁴ Man denke an mehrere Vertreter, die vom Geschäftsherrn für verschiedene Rechtsakte innerhalb einer arbeitsteiligen Organisation eingesetzt werden, die aber grundsätzlich alle für einen ähnlichen Bereich zuständig sind. Es ist auch denkbar, dass ein Mitarbeiter einer Abteilung über Wissen verfügt, das für einen anderen Mitarbeiter derselben Abteilung von Relevanz ist. Außerdem ist der Fall vorstellbar, dass ein Mitarbeiter einer Abteilung über Kenntnisse verfügt, die für einen Mitarbeiter einer anderen Abteilung von Relevanz sein könnten. Es könnte auch Wissen in einer Zweigstelle vorhanden sein, das für eine andere Zweigstelle von Bedeutung sein könnte (Filialen), oder etwa, wie im unter IV.C geschilderten Fall, bei der Geschäftsleitung eine (Teil)Information ankommt, die für eine untergeordnete Filiale wichtig ist.

Diese Beispiele zeigen, dass die Wissenszusammenrechnung in vielen Fällen mit der *handlungsunabhängigen* Wissenszurechnung⁷⁵ beinahe deckungsgleich ist. Es wird zu untersuchen sein, ob die Fälle der handlungsunabhängigen Wissenszurechnung nicht in vielen Konstellationen über die Wissenszusammenrechnung lösbar sein könnten.

⁷⁴ Vgl auch *Buck*, Wissen und juristische Person 326ff.

⁷⁵ Vgl *Baum*, Die Wissenszurechnung 92ff sowie *Iro*, ÖBA 2001, 7.

Der Unterschied zwischen Wissenszusammenrechnung und handlungsunabhängiger Wissenszurechnung besteht meiner Ansicht vor allem darin, dass bei der Wissenszusammenrechnung Wissensteile, die für sich genommen keine Bedeutung für den Wissenden besitzen, zu- und zusammengerechnet werden, was bedeutet, dass man sozusagen die intellektuelle Leistung des Erkennens und Einordnens der Information durch die Wissenszusammenrechnung fingiert. Positives Wissen besteht ja, wie schon oben dargelegt, aus Wahrnehmung und Einordnung der Information. Dass in solchen Fällen oftmals Unbeteiligte Informationsträger sind, ist unbestreitbar.

Bei der handlungsunabhängigen Wissenszurechnung geht es um die Zurechnung der Kenntnis von Personen, die tatsächlich mit der rechtsfolgebegründenden Handlung, für die die Information relevant ist, nicht befasst sind, aber über positives Wissen verfügen. Das bedeutet, es liegt hier keine Wissensaufspaltung im Sinne von Teilwissen, das bei verschiedenen Personen vorhanden ist, vor, sondern ein Auseinanderfallen von Wissen und Handeln, ein Umstand, der eben keinen Fall der Wissenszusammenrechnung darstellt.

Im Laufe der Arbeit wird sich zeigen, ob die Grundsätze der Wissenszusammenrechnung⁷⁶ auch für Fälle der handlungsunabhängigen Wissenszurechnung nutzbar gemacht werden können.

a) Sonderfall: Arglisttatbestände

Nach § 870 ABGB kann der Irrende, wenn sein Irrtum durch Arglist vom Vertragspartner herbeigeführt wurde und diese List für die Entstehung des Irrtums sowie für den Vertragsabschluss kausal war, den Vertrag anfechten. Im Gegensatz zur dreijährigen Verjährungsfrist bei Vorliegen eines Irrtums, der nicht listig herbeigeführt wurde,⁷⁷ steht dem Irrenden nach § 870 eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Vertragsschluss zur Anfechtung des Vertrages zur Verfügung.

⁷⁶ Kapitel V.A.6.

⁷⁷ Siehe § 1487 ABGB.

Bei Vorliegen von Arglist müssen grundsätzlich mehrere Tatbestandselemente erfüllt sein, nämlich (i) muss beim listig Irreführenden die Kenntnis der tatbestandsrelevanten Umstände⁷⁸ vorhanden sein, und (ii) muss der listig Irreführende wissen bzw in Kauf nehmen, dass der andere Teil einer unrichtigen Vorstellung unterliegt und diese für sein Handeln kausal ist.⁷⁹ Grobe Fahrlässigkeit reicht jedoch nicht aus bzw wird auch keine Schädigungsabsicht des Täuschenden verlangt.⁸⁰ Kenntnis der Unrichtigkeit der eigenen Angaben genügt, wenn *dolus eventualis* hinsichtlich der Irrtumserregung beim Partner vorliegt.⁸¹

Es ist in der Literatur anerkannt, dass auch Schweigen zur Annahme der List führen kann, wenn der arglistig Irreführende es durch sein Schweigen unterlässt, den Vertragspartner auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen⁸² und dessen Irrtum bewusst ausnützt.

Wenn man nun von dem Fall ausgeht, dass ein Gehilfe mit dem Vertragsabschluss befasst ist und diese Kenntnis hat, so wird man unproblematisch den Geschäftsherrn zur Rechenschaft ziehen können – man stellt sich vor, der Geschäftsherr wäre an der Stelle des Gehilfen gewesen, und kommt zur Annahme einer List, wenn der Gehilfe absichtlich irre geführt hat. Wer nicht Dritter iSd § 875 ABGB ist, ist zurechenbar.⁸³ Das sind in der Regel jene Personen, derer sich der Geschäftsherr zur Verhandlung bedient,⁸⁴ sowie Personen, die „auf der Seite des Erklärungsgegners stehen und maßgeblich am Zustandekommen des Geschäftes mitgewirkt haben“.⁸⁵ Naturgemäß reicht Vertretereigenschaft sowie auch Untervertretung. Dieser Kreis der

⁷⁸ Das bedeutet hier insb Kenntnis über Abschluss des Vertrages, des Vertragspartners, etc.

⁷⁹ Siehe *Rummel* in *Rummel I*³, § 870 Rz 3, weitere Nachweise insb betreffend die deutsche Rsp auch bei *Iro*, ÖBA 2001, FN 136.

⁸⁰ *Rummel* in *Rummel I*³, § 870 Rz 2 mwN.

⁸¹ SZ 53/108.

⁸² *F. Bydlinski*, Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, JBl 1980, 393;

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 167 FN 155.

⁸³ *Rummel* in *Rummel I*³, § 875 Rz 2 mwN.

⁸⁴ *Rummel* in *Rummel I*³, § 872 Rz 2.

⁸⁵ SZ 44/59.

zuzurechnenden Personen bezieht sich aber in diesem Sinne nur auf *handelnde* Personen, nicht auf Unbeteiligte.

Fraglich ist nun, ob Arglist angenommen werden kann, wenn eines der beiden Tatbestandselemente bei einer nicht handelnden dh bei einer nicht am Vertragsschluss beteiligten Person vorliegt.

Die Entscheidung des V. Senats des BGH vom 8.12.1989⁸⁶ ist für eine solche Konstellation symptomatisch: Eine Gemeinde verkauft einen Schlachthof, über den auf Grund von Einsturzgefahr eine baupolizeiliche Sperre angedroht worden war, sofern nicht bestimmte bauliche Maßnahmen vorgenommen würden. Die Gemeinde hatte die Maßnahmen nicht durchgeführt, es waren jedoch verschiedene Ortsbesichtigungen (von Behörden und Bediensteten der Gemeinde) durchgeführt worden, ua. noch im Jahr vor dem Verkauf des Schlachthofes. Der Verkauf erfolgte durch den Bürgermeister, der den Mangel nicht kannte und von den behördlichen Verfügungen und Besichtigungen nichts wusste. Die Androhung der baupolizeilichen Sperre war zu Zeit seines Amtsvorgängers und die Besichtigungen zu Zeit seines Urlaubs vorgenommen worden. Der stellvertretende Bürgermeister hatte die Mitteilungen der Ortsbesichtigungen abgezeichnet und zu den Akten genommen. Die Kl verlangte Schadenersatz wegen der Reparaturkosten; die Gewährleistung war beim Kaufvertrag ausgeschlossen worden und die Verjährungsfrist bei Klageerhebung abgelaufen.

In der Literatur⁸⁷ wird grundsätzlich die Ansicht vertreten, dass die Arglist im Besonderen ein voluntatives Element beinhaltet, damit ist ein persönlicher Vorwurf gemeint. Es handelt sich um rechtswidriges, vorsätzliches Verhalten. Es erscheint daher besonders schwierig, die Arglist via Wissenszurechnung bzw Wissenszusammenrechnung zu konstruieren, da im Falle von Teilwissen bei mehreren Beteiligten eben genau dieser besondere Zustand des, wenn man so will, *Täuschen-Wollens* nie erfüllt ist.

Der BGH hat in der eben zitierten Entscheidung trotzdem Arglist konstruiert, und zwar in relativ ungenauer Weise: Als Hauptargument zog das Gericht zwar die Wissenszusammenrechnung heran, dennoch entsteht der Eindruck, es handle sich hier weniger um eine technische Zurechnungsentscheidung, als um

⁸⁶ BGHZ 109, 327ff.

⁸⁷ Siehe *Flume*, Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag, AcP 197, 441f; *Buck*, Wissen und juristische Person 330f; *Iro*, ÖBA 2001, 22f.

eine Entscheidung, die sich an Interessensgleichheit orientiert, da „*die Gemeinde nicht besser gestellt werden solle, als eine natürliche Person*“. Das bedeutet, dass hier das subjektive Unrechtselement des Täuschenden im Wesentlichen ausgeblendet wurde, zumal bei keiner Person tatsächlich die für die Arglist geforderte Unredlichkeit vorlag.⁸⁸

Dies beobachtet auch *Iro*,⁸⁹ der das Gleichstellungsargument – das eben hier zur Begründung der Arglist herangezogen wurde – als nicht überzeugend erachtet, zumal man zwar bei natürlichen Personen der Lebenserfahrung nach oftmals auf Arglist schließen kann, wenn das Wissen über die wahren Verhältnisse gegeben ist. Aber auch der natürlichen Person müsste die Möglichkeit offen stehen, den ersten Anschein durch die Darlegung zu erschüttern, dass sie den Irrtum der anderen Person tatsächlich nicht kannte oder versucht hat aufzuklären.

Das wäre aber bei bloß zugerechnetem Wissen nicht möglich, da eben eine wahre Täuschungsabsicht auf Grund des nie vollständigen Wissens nicht vorhanden ist.

*Iro*⁹⁰ vertritt die Ansicht, dass Arglist auf Grund des Wissens einer unbeteiligten Person allerdings dann angenommen werden kann, wenn diese von der konkreten Angelegenheit Kenntnis hat. In der Regel wird es sich beim Geschäftsherrn selbst oder beim Organwalter um Personen handeln, die über die abzuschließenden Geschäfte und Vorgänge Kenntnis haben. Kennt eine solche Person eine (nicht allgemein bekannte) Information, die für ein bestimmtes Vorhaben des Unternehmens – wie etwa der Vertragsschluss mit einer dritten Person – von Bedeutung ist, so könnte laut *Iro* Arglist angenommen werden, auch wenn der handelnde Vertreter nicht Bescheid weiß. Wäre nämlich der betreffende Geschäftsherr selbst tätig geworden, so hätte er

⁸⁸ Dies geht auch aus dem letzten Satz der Entscheidung hervor: „*Es gehe nicht um eine Sanktion für moralisch vorwerfbares Verhalten, sonder um eine angemessene Risikoverteilung zwischen Bürger und Gemeinde.*“

⁸⁹ ÖBA 2001, 22f.

⁹⁰ ÖBA 2001, 23.

zunächst leicht erkennen können, dass der Dritte die Information nicht hat und in einem weiteren Schritt hätte er den Dritten daher aufklären können. Es soll nicht zu Lasten des Dritten gehen, dass der Geschäftsherr die Information nicht an seinen Gehilfen weitergegeben hat, obwohl er über die konkrete Angelegenheit Bescheid wusste.

Die Frage, wie die Zurechnung nun zu handhaben ist, wenn ein unbeteiligter Gehilfe eine (Teil)Information hat, welche die handelnde Person listig machen würde, beantwortet *Iro*⁹¹, indem er Arglist annimmt, wenn der Gehilfe gegen eine (interne) Informationspflicht verstößt - egal ob über die Geschäftsleitung oder direkt zum handelnden Gehilfen. Wenn nun der wissende, aber nicht handelnde Gehilfe diese Kenntnisweitergabe unterlässt, obwohl ihm die Relevanz der Situation und das betreffende Vorhaben (also der bevorstehende Vertragsabschluss) bekannt sind, so liegt laut *Iro* die Annahme absichtlicher Unterdrückung nahe. Naturgemäß muss der wissende Gehilfe den Anschein auf Arglist erschüttern können.

(1) Eigene Ansicht

Grundsätzlich schließe ich mich der eben referierten Ansicht von *Iro* an, wobei ich das Augenmerk hier noch auf eine andere Konstellation, nämlich das bewusste „sich Verschließen“ im Falle müheloser Kenntniserlangung richten möchte.

Auf beiden dargestellten Ebenen – nämlich jener des (unbeteiligten) Geschäftsherrn und auch jener des (ebenso unbeteiligten) Gehilfen – rekuriert *Iro* auf das subjektive Unrechtselement zur Begründung von Arglist.

Meines Erachtens ist auch immer dann Arglist anzunehmen, wenn sich eine Person einer Information bewusst verschließt. Das bedeutet, sie hält sich absichtlich unwissend, um eben nicht arglistig *werden* zu können. Die

⁹¹ ÖBA 2001, 23.

Problematik wird in der deutschen Lehre im Zusammenhang mit der Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners diskutiert⁹² –dieser gilt auch dann als bösgläubig, wenn er vor einer Sach- oder Rechtslage „geradezu die Augen verschließt“. Dies ist auch für die Wissenszurechnung insb hinsichtlich der Arglist relevant, weil eben hier grundsätzlich positives Wissen, und zwar um mehrere Umstände, von Nöten ist, um den Tatbestand zu erfüllen.

Geht man nun davon aus, dass sich ein Geschäftsherr absichtlich vor der Erlangung einer Kenntnis, die im Zusammenwirken mit der Handlung eines Gehilfen die arglistige Herbeiführung eines Irrtums verursachen würde, verschließt, so ist das „absichtlich nicht erlangte“ Wissen des Geschäftsherrn mit dem Wissen um die restlichen Umstände, die möglicherweise nur dem handelnden Gehilfen bekannt sind, zusammenzurechnen.⁹³ Auch in diesem Fall liegt ein Sorgfaltsverstoß vor, der den Arglistvorwurf rechtfertigt.

Dies wäre meiner Ansicht nach der einzige Fall, in dem ein tatsächliches Nicht-Wissen, eines Unbeteiligten zum Arglistvorwurf führen kann.

Dies soll jedoch nicht bedeuten, dass für den Arglistvorwurf auch Fahrlässigkeit genügen soll – in der österreichischen Lehre ist die Fahrlässigkeit grundsätzlich nicht ausreichend für die Begründung von Arglist.⁹⁴ Grob fahrlässig ist, wer das unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen – hier gemeint ist aber ein bewusstes *Nicht*handeln (also *Nicht*-Erlangen einer Information), das in Zusammenwirken mit einer Handlung und dem Wissen einer anderen Person zum Vorwurf der Arglist und somit zur Anfechtbarkeit des Vertrages führen soll.

⁹² Larenz/Canaris, Schuldrecht II¹³, 310.

⁹³ Eine ähnliche Wertung findet man in § 16 Abs 2 VVG, in dem das arglistige sich - Verschließen vor der Erlangung von Informationen, die eine Gefahrenerhöhung bedeuten und daher der Anzeigepflicht unterliegen, sanktioniert wird.

⁹⁴ Rummel in Rummel I³, § 870 Rz 2.

B. Zurechnung

1. Zurechnungsobjekt – Wem wird zugerechnet

Als Zurechnungsobjekt werden diejenigen Personen bezeichnet, denen Wissen zugerechnet wird. In der gegenständlichen Arbeit handelt es sich dabei um natürliche und juristische Personen. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes werden hier nur insofern behandelt, als sie privatrechtlich tätig werden. Eine Ungleichbehandlung zwischen juristischen Personen des Privatrechtes und juristischen Personen des öffentlichen Rechtes wird hier grundsätzlich abgelehnt. Hinsichtlich der gesetzlich determinierten Zuständigkeitsstruktur von juristischen Personen des öffentlichen Rechts liegt der Gedanke nahe, die Wissenszurechnung ausschließlich für Informationen zuzulassen, die einerseits von der determinierten Zuständigkeit des Zurechnungssubjektes gedeckt sind, und andererseits im Bereich der Zuständigkeit des Zurechnungsobjektes liegen.

Dies würde natürlich eine Art Besserstellung der juristischen Personen öffentlichen Rechtes bedeuten – der OGH scheint jedoch nicht diese Ansicht zu vertreten, da er beispielsweise in einer Entscheidung⁹⁵ einer Gebietskörperschaft das Wissen eines unzuständigen Referatsleiters zurechnete, was in diesem Fall dazu führte, dass die Verjährungsfrist für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches ungenutzt verstrichen war.

Inwieweit Wissenszurechnungsfragen im öffentlich-rechtlichen Bereich auftreten können und durch öffentlich-rechtliche Normen beeinflusst werden, soll in der gegenständlichen Arbeit nicht behandelt werden.

⁹⁵ SZ 60/204.

2. Zurechnungssubjekt – wessen Wissen

Zurechnungssubjekt ist jene Person, die über das Wissen verfügt, dass zugerechnet werden soll und in der Regel für eine andere Person Rechtswirkungen entfaltet. Es handelt sich hier entweder um das positive Wissen oder das fahrlässige Nichtwissen einer natürlichen Person.

Da Wissen ein Bewusstseinszustand ist, kann man in jenen Fällen, in denen Information schlecht organisiert oder auf Speichern vorhanden ist, nicht tatsächlich von Wissenszurechnung sprechen. Es handelt sich hier maximal um fahrlässiges Nichtwissen, das „zugerechnet“ werden könnte. Im Kapitel V.A.3 „Aktenwissen“ wurde auf diese Problematik schon hingewiesen.

VI. Wissenszurechnungsnormen und Zurechnungstatbestände im österreichischen Recht

A. Wissenszurechnung kraft Gesetzes

Grundsätzlich sind die Wissenszurechnungsnormen im österreichischen Zivilrecht sehr dürftig bzw nicht vorhanden. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über jene Gesetze gegeben werden, die tatsächlich die Wissenszurechnung regeln. Dazu gehört insb § 337 ABGB, sowie bestimmte Normen aus dem Versicherungsvertragsrecht. Im sogleich folgenden Kapitel wird allerdings das Versicherungsrecht behandelt, da sich die dort vorhandenen Bestimmungen ausdrücklich auf die Wissenszurechnung beziehen. Detaillierte Ausführungen zu § 337 ABGB finden sich weiter unten in Kapitel 2. Des weiteren bestimmt § 875 S 1 ABGB, dass im Falle, wo „*einer der Vertragsschließenden von einem Dritten durch List oder durch ungerechte und begründete Furcht zu einem Verträge bewogen; oder zu einer irrtümlichen Erklärung veranlaßt worden;*“ der Vertrag gültig sei. *E contrario* ist der Vertrag anfechtbar, wenn derjenige, der den Vertragsschließenden (listig) irreführt, kein Dritter iSd § 875 ABGB ist.⁹⁶

Wie schon angedeutet ist die Fülle der Wissensnormen (also jener Gesetze, in denen das Wissen oder die Kenntnis über einen oder mehrere Umstände Tatbestandselement ist) im österreichischen Recht nicht unbeachtlich. Der Gesetzgeber hat dennoch nicht an eine Norm, die die Zurechnung regelt, gedacht.

In der deutschen Rechtswissenschaft wurde die Bestimmung des § 166 BGB, die explizit die Wissenszurechnung regelt, zum Zentrum und Ausgangspunkt der vielschichtigen Diskussion über die Problematik. Die Bestimmungen des

⁹⁶ Siehe dazu genauer Kapitel VII.A.2.

VVG⁹⁷ (Versicherungsvertragsgesetz) enthalten ebenfalls ein Reglement über die Wissenszurechnung. Zumal das deutsche VVG 1939 auch in Österreich eingeführt wurde,⁹⁸ ist das dort enthaltene Wissenszurechnungsregime Teil der österreichischen Rechtsordnung – daher ist die Wissenszurechnung, die im Zivilrecht eher stiefmütterlich behandelt wird, jenen, die sich mit Versicherungsvertragsrecht beschäftigen, bestens bekannt. Es soll im Zuge der Darstellung der im VVG enthaltenen Wissenszurechnungsvorschriften untersucht werden, ob sie sich als analogiefähig erweisen und möglicherweise ihre Wertung im Zivilrecht Eingang finden könnte.

1. Versicherungsvertragsrecht

Die ersten Bestimmungen im VVG, die hier zunächst näher beleuchtet werden sollen, sind § 2 Abs 3 VVG⁹⁹ sowie § 19 VVG.¹⁰⁰ Die beiden

⁹⁷ Im Folgenden wird das Versicherungsvertragsgesetz immer mit VVG abgekürzt – so auch in der gesamten einschlägigen Literatur. (Im *RIS* findet man das Gesetz nur mit der Abkürzung VersVG, da die Abbreviation VVG für das Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 verwendet wird.)

⁹⁸ Das Gesetz wurde nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit 1945 in Kraft belassen. Der österreichische Nationalrat beschloss am 2. 12. 1958 ein neues Versicherungsvertragsgesetz (BGBl Nr. 1959/2) zum Zweck der „Austrifizierung“ und der Anpassung an die österreichische Rechtsordnung. Dennoch stimmt, ausgenommen von einigen terminologischen Abweichungen der Text wortwörtlich mit jenem des deutschen VVG 1908 überein.

⁹⁹ § 2. (1) Die Versicherung kann in der Weise genommen werden, dass sie in einem vor dem Abschluss des Vertrages liegenden Zeitpunkt beginnt.

(2) Weiß in diesem Fall der Versicherer beim Abschluss des Vertrages, dass die Möglichkeit des Eintrittes des Versicherungsfalles schon ausgeschlossen ist, so hat er keinen Anspruch auf die Prämie. Weiß der Versicherungsnehmer beim Abschluss des Vertrages, dass der Versicherungsfall schon eingetreten ist, so ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei.

(3) Wird der Vertrag durch einen Bevollmächtigten oder einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen, so kommt in den Fällen des Abs 2 nicht nur die Kenntnis des Vertreters, sondern auch die des Vertretenen in Betracht.

¹⁰⁰ § 19. Wird der Vertrag von einem Bevollmächtigten oder von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen, so kommt für das Rücktrittsrecht des Versicherers nicht nur die Kenntnis und die Arglist des Vertreters, sondern auch die Kenntnis und die Arglist des Versicherungsnehmers in Betracht. Der Versicherungsnehmer kann sich darauf, dass die Anzeige eines erheblichen Umstandes ohne Verschulden unterblieben oder unrichtig gemacht ist, nur berufen, wenn weder dem Vertreter noch ihm selbst ein Verschulden zur Last fällt.

Bestimmungen¹⁰¹ haben eines gemeinsam: Sie normieren beide, dass bestimmte Rechtsfolgen nicht nur von der Kenntnis und Arglist des den Vertrag abschließenden Bevollmächtigten oder Vertreters ohne Vertretungsmacht abhängen, sondern auch von der des Vertretenen. § 2 Abs 3 VVG betrifft die Rückwärtsversicherung, § 19 VVG betrifft die vorvertragliche Anzeigepflicht. Im Lichte der in Deutschland vorherrschenden Repräsentationstheorie¹⁰² ist diese Bestimmung außergewöhnlich, da es, wenn man der Repräsentationstheorie folgt, immer nur auf den Willen und das Wissen des Vertreters ankommen kann, zumal *er* derjenige ist, der den rechtsgeschäftlichen Willen *bildet*. Es wurde in Deutschland die Auffassung vertreten, dass die Gleichstellung des Wissens von Vertreter und Vertretenem auf sämtliche Fälle von Auskunfts- und Anzeigepflichten ausgedehnt werden solle.¹⁰³ Die überwiegende Lehre und auch die Rechtsprechung lehnt aber eine analoge Anwendung der §§ 2 Abs 3, 19 VVG auf andere Sachverhalte wegen ihres singulären Charakters ab.¹⁰⁴ Diese Vorschriften seien nicht in das Gesetz aufgenommen worden, um eine Drittzurechnung¹⁰⁵ zu normieren, sondern vielmehr, um das Schutzbedürfnis des Versicherers klarzustellen, wonach dem Versicherungsnehmer – abweichend von § 166 BGB¹⁰⁶ – stets auch die eigene Kenntnis oder Arglist nachteilig sein muss.¹⁰⁷ In der amtlichen Begründung zum Entwurf des VVG wurde festgestellt, dass es sich „ohne weiteres“ verstehe, dass es bei der Festlegung des Umfangs der anzeigepflichtigen Umstände auf die Kenntnis des Vertreters ankomme. Diese sich aus dem BGB ergebende Rechtsfolge schütze den Versicherer jedoch nicht hinreichend, weshalb nach den genannten Vorschriften des Entwurfs auch die Kenntnis und

¹⁰¹ Ähnlich gelagert sind auch: §§ 161 und 179 Abs 4, die die Gleichstellung des Wissens des Versicherungsnehmers und die Gefahrperson bei der Fremdpersonenversicherung betreffen.

¹⁰² Genaue Darstellung siehe unten VI.B.1.b).

¹⁰³ Nachweise bei *Buck*, Wissen und juristische Person 146.

¹⁰⁴ *Behrens*, Drittzurechnung im Privatversicherungsrecht 2f.

¹⁰⁵ Die Terminologie ist verwirrend, da im österreichischen Recht der Begriff „Dritter“ an den Dritten iSd. § 875 ABGB denken lässt - *Behrens* meint jedoch mit dem Terminus „Dritter“ eine Art Gehilfe - sei es nun ein Vertreter, Bote, faktischer Helfer oder Wissensvertreter - die Person steht in einem bestimmten Verhältnis zum Versicherten.

¹⁰⁶ Nach § 166 Abs 1 BGB kommt es nämlich auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der Person des Vertreters, und nicht des Vertretenen an.

¹⁰⁷ *Behrens*, Drittzurechnung im Privatversicherungsrecht 2f.

die Arglist des Versicherungsnehmers für maßgeblich erklärt wird.¹⁰⁸ § 166 Abs 2 BGB räumt zwar ein, dass, wenn der Vertreter auf Grund einer Weisung des Vertretenen handelt,¹⁰⁹ es auch auf den Willen und das Wissen des Vertretenen ankommt. Voraussetzung für die Anwendung des § 166 Abs 2 ist jedoch die Weisung.

Bei Erarbeitung des VVG wurde möglicherweise der Schutz, den das BGB über den § 166 Abs 2 BGB bietet, als zu gering eingestuft, da es eben auf die Weisung¹¹⁰ des Vertretenen ankommt, und dies vermutlich als zu formelles Kriterium betrachtet wurde. Daher stellte man die Kenntnis des Vertreters und jene des Vertretenen gleich und ermöglicht so eine Wissenszurechnung in beide Richtungen.

*Schauer*¹¹¹ sieht die in den §§ 2 Abs 3 und 19 VVG ausgedrückte Wertung als einen zusätzlichen Ausspruch des in der österreichischen Rechtsordnung geltenden Rechtssatzes, dass der Vertretene sich das Wissen des Vertreters zurechnen lassen müsse – dem ist zwar beizupflichten, jedoch wird bei dieser Ansicht die eigentliche Funktion, nämlich die Bedeutung des Wissens des *Vertretenen*, nicht beachtet. Die Bestimmung ist deshalb eingeführt worden, um eben, wie weiter oben schon erläutert, dem Wissen des *Vertretenen* Rechtswirkungen zukommen zu lassen, zumal in Deutschland die Repräsentationstheorie gilt und außerhalb der Fälle des § 166 Abs 2 (also bei Weisungen) das Wissen des Vertretenen nicht maßgeblich wäre.

Wie ich weiter unten, bei der Wissenszurechnung bei rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht ausführen werde, ist diese Wertung für das österreichische Recht nicht weiter von Bedeutung, da durch das Zusammenwirken von

¹⁰⁸ *Behrens*, Drittzurechnung im Privatversicherungsrecht 2f.

¹⁰⁹ Und somit der Vertretene *mehr* Einfluss auf die Willensbildung des Vertreters hat.

¹¹⁰ Wobei hier zu bemerken ist, dass der Begriff der *Weisung* weit auszulegen ist. Für die Annahme des Begriffes der Weisung genügt es, wenn der Vertreter im Rahmen seiner Vollmacht ein Geschäft abschließt, zu dessen Vornahme ihn der Vollmachtgeber veranlasst hat. Der Vertretene muss die Entscheidung bewusst bestimmt oder doch in eine bestimmte Richtung gelenkt haben. Dem steht es gleich, wenn der Vertretene von einem bestimmten Vorhaben des Vertreters weiß und den Abschluss nicht verhindert, obwohl er dazu in der Lage ist (Münchener Kommentar zum BGB⁵, § 166 Rz 58).

¹¹¹ Das österreichische Versicherungsrecht³, 105.

Bevollmächtigungsvertrag und Vertretergeschäft einer „Zusammenfassung“ des Wissens des Vertreters und des Vertretenen nichts im Wege steht.¹¹² Dieser Grundsatz gilt naturgemäß auch im Versicherungsrecht, wo er eben in den §§ 2 Abs 3 und 19 VVG noch einmal explizit Eingang gefunden hat.

Die nächste Bestimmung, die ich hier einer genaueren Betrachtung unterziehen möchte, ist § 16 VVG. § 16 VVG normiert die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers von Gefahrenumständen, die für die Übernahme der Versicherung erheblich sind.¹¹³ Besonders interessant in diesem Zusammenhang ist § 16 Abs 2 VVG, der Umstände als anzeigepflichtig – und daher auch als zurechenbar – bezeichnet, deren Kenntnisnahme sich der Versicherungsnehmer arglistig entzogen hat. Werden solche Umstände also nicht angezeigt, so kann der Versicherer vom Versicherungsvertrag zurücktreten. Weiter oben im Kapitel V.A.6.a)(1) habe ich auf das bewusste „Sich-Verschließen“ einer Person vor der Kenntnisnahme von bestimmten Informationen hingewiesen – und festgestellt, dass ein solches Verhalten mit Kenntnis gleichzusetzen ist (und daher zur Zurechnung dieses nicht vorhandenen Wissens führt). Diese Wertung ist im Grunde genommen keine Zurechnungsvorschrift, sondern eine Aussage, die das Gesetz in diesem speziellen Fall darüber trifft, wann *Nichtwissen* mit Wissen gleichgesetzt wird.

Es kommt hier jedoch darauf an, dass derjenige, der sich der Wissenserlangung verschließt, erkennt, dass die betreffende Information bedeutend ist – das heißt, er muss eine gewisse Vorstellung davon haben, was die Information beinhaltet und welche Rechtsfolgen ihre Kenntnis haben könnte.

¹¹² Siehe dazu insb auch die Judikatur zu den Anfechtungstatbeständen (unten Kapitel VII.C). Dort ist die Maßgeblichkeit des Wissens sowohl des Vertreters als auch des Vertretenen unstreitig.

¹¹³ Das sind jene Umstände, die den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu gewissen Konditionen abzuschließen, beeinflussen.

a) **Hilfspersonen auf der Seite des Versicherers**

Nach § 16 Abs 3 VVG kann der Versicherer dann nicht vom Versicherungsvertrag zurücktreten, wenn er den nicht angezeigten Umstand kannte oder wenn die Anzeige ohne Verschulden des Versicherungsnehmers unterblieben ist. Hinsichtlich der erforderlichen Kenntnis des Versicherers nimmt man grundsätzlich an, dass positives Wissen über den relevanten Umstand vorhanden sein muss.¹¹⁴ Hinsichtlich der Zurechnung von Aktenwissen verweise ich auf die obigen Ausführungen in Kapitel V.A.3. Wissen von bevollmächtigten Vertretern muss der Versicherer gegen sich gelten lassen. Generell muss sich der Versicherer das Wissen all jener Personen zurechnen lassen, die mit Abschluss und Bearbeitung des Vertrages betraut sind.¹¹⁵ Eine Ausnahme wird für die Gruppe der Vermittlungsvertreter gemacht, wenn sie zum Empfang von relevanten Informationen nicht ermächtigt sind.

Hinsichtlich der Zurechnung von Hilfspersonen des Versicherers sind nämlich grundsätzlich zwei Typen zu unterscheiden: Es gibt einerseits Vermittlungsvertreter (-agenten) und andererseits Abschlussvertreter (-agenten).¹¹⁶ Die Vermittlungsvertreter verfügen in der Regel über *keine* Vollmacht, sie sind aber befugt, Anträge auf Abschluss, Änderung oder Verlängerung entgegenzunehmen, so auch Kündigungs- und Rücktrittserklärungen. Sie haben hinsichtlich dieser Art von Erklärungen eine Empfangsvollmacht. Daher geht eine Erklärung des Versicherungsnehmers dem Versicherer auch schon dann zu, wenn sie dem Vermittlungsvertreter (als Empfangsvertreter) gegenüber abgegeben wurde. All diese Personen im „Außendienst“ des Versicherers sind im Wesentlichen von § 43 VVG erfasst.

¹¹⁴ Voit in Honsell, Berliner Kommentar zum VVG § 16 Rz 83.

¹¹⁵ Siehe SZ 61/177; weitere Nachweise bei Schauer, Versicherungsvertragsrecht³, 103.

¹¹⁶ Anmerkung zur Terminologie: Bei Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ wird der Begriff „Vertreter“ als eine Art Überbegriff verwendet, und für die konkrete Berufsbezeichnung der Begriff „Agent“ verwendet. Ein Vermittlungsagent gehört demnach zur Gruppe der Vermittlungsvertreter, und ein Abschlussagent zur Gruppe der Abschlussvertreter.

Wenn nun der Vermittlungsagent vom Versicherten rechtserhebliche Informationen erhält, zu deren Empfangnahme er nach § 43 VVG nicht ermächtigt ist, so muss der Versicherer diese Informationen nicht gegen sich gelten lassen (§ 44 VVG).

Den Grund für diese unterschiedliche Behandlung von Vermittlungsagenten und Abschlussagenten bzw Versicherungsagenten (dazu sogleich) kann man in der Entscheidung des OGH in SZ 61/177 nachlesen: *„Der aufgezeigte Grundsatz der Nichtzurechnung der Kenntnis eines Agenten (Anm. hiermit ist gemeint: eines mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen betrauten Agenten) für den Versicherer kann auf andere Angestellte des Versicherers nicht übertragen werden. Einer analogen Anwendung steht nämlich der Zweck dieser Bestimmung entgegen. Bei (Anm. mit der Vermittlung betrauten) Versicherungsagenten handelt es sich um Personen, die in der Regel auf Provisionsbasis arbeiten. Demnach kann in Hinblick auf Umstände, die allenfalls für den Abschluss einer Versicherung von Bedeutung sein könnten eine Interessenskollision zwischen dem Versicherer einerseits und dem Agenten andererseits bestehen. Dies rechtfertigt ein gewisses Misstrauen des Versicherers gegenüber dem Agenten. Der Gesetzgeber will diesem, in der Natur der Beziehung der beiden zueinander begründeten Misstrauen dann Rechnung tragen, wenn dem Versicherer dadurch, dass er den Agenten lediglich mit der Vermittlung, nicht aber mit dem Abschluss von Verträgen betraut, zu erkennen gibt, dass es sich bei dem Agenten um eine Person handelt, der er nicht allzu viel Handlungsspielraum einräumen will. Für derartige Fälle durchbricht der Gesetzgeber den sonst geltenden Grundsatz, dass derjenige, der sich im geschäftlichen Verkehr einer anderen Person bedient, für Handlungen und Erklärungen dieser Person einzustehen hat. Bei der Bestimmung des § 44 VVG handelt es sich demnach um eine Ausnahmeregelung, die nicht analog auf andere Angestellte des Versicherers angewendet werden kann.“*

Ein weiteres Argument, der Versicherung die Kenntnis des Vermittlungsagenten nicht zuzurechnen, scheint historischer Natur zu sein: Der

Versicherer sei bei der Auswahl seiner Vertreter oft auf Personen angewiesen, die über nicht hinreichende geschäftliche Erfahrung verfügten; daher solle ihm das Risiko, dass diese Personen Gefahrenumstände zwar erkennen, aber nicht richtig würdigen und nicht weiterleiten, abgenommen werden.¹¹⁷

Diese Ausnahme der Kenntniszurechnung des Vermittlungsagenten wird von der Lehre¹¹⁸ eher kritisch betrachtet, zumal die Abwälzung der Gefahr auf den Versicherten nicht ohne weiteres gerechtfertigt werden kann, da dieser regelmäßig nicht weiß, ob er es mit einem Vermittlungsagenten oder einem Abschlussagenten zu tun hat.¹¹⁹

In der deutschen Judikatur¹²⁰ und Lehre¹²¹ erkennt man die Tendenz, dem Versicherer auch all jene Kenntnisse des Vermittlungsvertreters zuzurechnen, die diesem vom Versicherungsnehmer in Bezug auf die Antragstellung mitgeteilt würden.¹²²

b) Hilfspersonen auf der Seite des Versicherten

Abgesehen von Personen, die der Versicherte rechtsgeschäftlich zu seiner Vertretung ermächtigt, werden insb auch die Versicherungsmakler zu jenen Personen gezählt, die auf der Seite des Versicherungsnehmers stehen. Der Versicherungsmakler soll die Interessen des Versicherungsnehmers wahren.¹²³ Dessen Pflichten beschränken sich nicht ausschließlich auf die Herbeiführung des Vertragsabschlusses, sondern erstrecken sich auch auf die Sicherung und Erhaltung bestmöglicher Deckung. Der Versicherungsmakler befindet sich

¹¹⁷ Siehe Nachweise bei *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*³ FN 126.

¹¹⁸ *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*³, 103; *Krejci*, *Kundenschutz* 70ff.

¹¹⁹ Zutreffend in dieser Hinsicht bemerkt *Krejci* (*Kundenschutz*, 70ff), dass die mit Aufbau eines fachlich nicht hinreichend verlässlichen Akquisitionssystems verbundenen Nachteile wohl jener zu tragen hätte, der die Vorteile aus diesem System schöpft und nicht der davon manchmal nachteilig betroffene Kunde. Der Versicherer trägt ja schließlich im Falle von unzulänglich ausgebildeten Angestellten auch das Risiko, dass deren Kenntnis, die den Organwaltern zugerechnet wird (und diesen naturgemäß verborgen blieb), Grundlage für deren Entscheidungen gewesen wäre.

¹²⁰ BGHZ 102, 194.

¹²¹ *Prölss-Martin-Kollhoser*, *Versicherungsvertragsgesetz*²⁶, § 44 Rz 2.

¹²² Siehe dazu BGHZ 116, 387, 389 (sog. „Auge- und Ohr“-Entscheidung). Genau dazu siehe *Leschke*, *Vertretungsmacht von Versicherungsvertretern und Wissenszurechnung* (1998).

¹²³ *Prölss-Martin-Kollhoser*, *Versicherungsvertragsgesetz*²⁶, § 43-48 Rz 3.

allerdings in einer Sonderstellung, da er sich einerseits in einem Vertragsverhältnis mit dem Versicherten befindet (Maklervertrag) und andererseits mit dem Versicherer eine „vertragsähnliche Rechtsbeziehung“¹²⁴ vorliegt. Die Provision erhält der Versicherungsmakler jedoch ausschließlich vom Versicherer.¹²⁵

Der OGH¹²⁶ hat mehrfach ausgesprochen, dass der Versicherte das Wissen des Maklers gegen sich gelten lassen muss, wobei er jedoch in einer Entscheidung¹²⁷ einräumt, dass den Makler eine eingeschränkte Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht, insb über ihm bekannte oder erkennbare besondere Risiken, gegenüber dem Versicherer trifft.

*Schauer*¹²⁸ vertritt hingegen die Ansicht, dass rechtserhebliches Wissen des Versicherungsmaklers dem Versicherten nicht zuzurechnen sei, außer der Versicherungsmakler sei vom Versicherten bevollmächtigt gewesen.¹²⁹ Das bedeutet also (nach der Ansicht von *Schauer*): Wenn der Versicherungsmakler über einen gefahrenerhöhenden Umstand Kenntnis erlangt, so ist diese Kenntnis dem Versicherer zuzurechnen, wenn der Makler ihm die Information nicht mitgeteilt hat. Wenn der Makler jedoch gleichzeitig (bevollmächtigter) Vertreter des Versicherten ist, so ist es, als hätte der Versicherte selbst die Aufklärungspflicht verletzt. Die Bevollmächtigung ändert demnach die Wissenszurechnungsrichtung vom Versicherer zum Versicherten. Anderer Ansicht ist *Grassl-Palten*,¹³⁰ die betont, es gäbe keine Kenntniszurechnung vom Makler zum Versicherer, da der Makler eindeutig (unabhängig vom Vorliegen einer Vollmacht des Versicherten) der Sphäre des Versicherten zuzurechnen sei.

¹²⁴ *Fenyves*, Die Haftung des Versicherungsmaklers 6. In den meisten Fällen sog „Courtageabkommen“ oder Rahmenmaklerverträge.

¹²⁵ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³, 106 mwN.

¹²⁶ OGH 31.03.2004 7Ob 284/03w; OGH 21.04.2004 7 Ob 315/03d; OGH 11.01.2005 10 Ob 89/04t.

¹²⁷ OGH 21.04.2004 7 Ob 315/03d.

¹²⁸ Versicherungsvertragsrecht³, 106.

¹²⁹ Beachte, dass in der Praxis eine solche Vollmacht regelmäßig vorliegt.

¹³⁰ VR 2003, 137.

Meines Erachtens berücksichtigen alle diese Ansichten zuwenig, dass in § 29 des am 1.7.1996 in Kraft getretenen MaklerG¹³¹ die Verpflichtung des Maklers normiert ist, dem Versicherer alle ihm bekannten Umstände und alle ihm erkennbaren Risiken mitzuteilen. Diese Verpflichtung ist auch dann aufrecht, wenn der Makler gleichzeitig Vertreter des Versicherten ist.

Man stelle sich nun folgenden Fall vor: Der Versicherungsmakler sieht sich vor dem Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung das Betriebsgelände des Versicherten an und bemerkt einen gefahrenerhöhenden (und daher anzeigepflichtigen) Umstand. Der Versicherte kennt diesen Umstand ebenfalls, ihm ist aber die Relevanz (und daher seine Anzeigeverpflichtung) für den Versicherer nicht bewusst. Der Makler schließt den Vertrag im Namen des Versicherten ab, weil er von diesem bevollmächtigt wurde und zeigt der Versicherung diesen Umstand nicht an. Die Versicherung tritt vom Vertrag zurück, weil sie angibt, der gefahrenerhöhende Umstand sei ihr nicht bekannt gewesen.

Resultierend aus der gesetzlichen Informationsverpflichtung gem § 29 MaklerG einerseits sowie aus dem Umstand, dass der Versicherungsmakler seine Bezüge ausschließlich vom Versicherer erhält, erscheint eine „pauschalierte“ Wissenszurechnung an den Versicherten auf Grund der erteilten Vollmacht nicht gerechtfertigt. Wie schon weiter oben angedeutet, wurde die Verpflichtung des Maklers, den Versicherer über ihm bekannte oder besondere Risiken zu informieren, ist auch vom OGH¹³² ausgesprochen. Der Versicherungsmakler befindet sich, selbst wenn er grundsätzlich die Interessen des Versicherten vertreten soll, in einem Spannungsverhältnis zwischen Versicherten und Versicherung.¹³³ Diese Wertungsgesichtspunkte werden bei der einseitigen Zurechnung von Wissen des Maklers an den Versicherten auf Grund der erteilten Vollmacht, wie sie *Schauer* und *Grassl-Palten* vornehmen, nicht mit einbezogen. Meines Erachtens müsste daher im oben geschilderten Fall trotz der dem Versicherungsmakler vom Versicherten erteilten Vollmacht

¹³¹ BGBl Nr. 262/1996.

¹³² Etwa OGH 21.04.2004, 7 Ob 315/03d.

¹³³ Vgl § 27 MaklerG.

dessen Wissen der Versicherung zuzurechnen sein. Dann könnte die Versicherung nicht vom Vertrag zurücktreten, und müsste gegebenenfalls ihre Versicherungsleistung erbringen. Sie könnte sich aber in der Folge beim Makler regressieren, was auch auf Grund dessen Pflichtverletzung nach § 29 MaklerG gerechtfertigt erscheint.

Wenn man hingegen von den obengeschilderten Ansichten ausgeht, in denen das Wissen des Maklers (auf Grund der erteilten Vollmacht) in jedem Fall dem Versicherten zuzurechnen ist, würde die Versicherung niemals einen Schaden erleiden, womit mir die Anordnung des Gesetzes aber sinnlos erscheint. Ein solches Auslegungsergebnis wäre sicher nicht rechtens.

§ 29 MaklerG statuiert eine Verpflichtung des *Versicherungsmaklers gegenüber der Versicherung*. Durch eine vom Versicherungsmakler begangene Pflichtverletzung gegenüber der Versicherung entsteht aber nun nach den bisherigen Ansichten immer nur ein Schaden beim Versicherten, da der Versicherung das Wissen des Maklers nicht zugerechnet wird (und die Versicherung daher in jedem Fall leistungsfrei wäre). Ein Ergebnis, das mE dieser Anordnung widerspricht.

Darüber hinaus müsste der Versicherte in einem Schadenersatzprozess in Hinblick auf die vom Versicherungsmakler begangene Pflichtverletzung mit einem Verstoß gegen § 29 MaklerG argumentieren (dh der Verletzung einer Verpflichtung des Maklers gegenüber der Versicherung), was mE sinnwidrig erscheint. Die Annahme, dass die Einhaltung des Pflichtenkatalog des Versicherungsmaklers gegenüber der Versicherung auch Vertragsbestandteil des Maklervertrages (zwischen Versicherungsmakler und Versichertem) ist, erscheint mir weithergeholt.

Da die bisherigen Ansichten nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führten, möchte ich noch eine vergleichbare Konstellation im Sinne der von *Bydlinski*¹³⁴ entwickelten Methode des Typenvergleichs darlegen.

Daher soll hier ein kurzer Überblick über Rsp und Literatur zu der Risikoaufteilung zwischen den Treugebern bei Einschaltung eines zwei- bzw. mehrseitigen Treuhänders, gegeben werden. Die mehrseitige Treuhand unterscheidet sich von der einseitigen Treuhand durch die besondere Pflicht des Treuhänders, die Interessen mehrerer Treugeber zu wahren; beim Liegenschafts Kauf ist das einerseits das Interesse des Käufers an der (lastenfreien) Verbücherung des Eigentumsrechts und andererseits das Interesse an der Lastenfreistellung und der Auszahlung des Kaufpreises. Aus dieser Interessenslage ergibt sich etwa auch die Notwendigkeit der Treugeber, eine Änderung des Treuhandvertrages bzw. einen Widerruf der Treuhand gemeinsam zu bewirken.¹³⁵

(1) Die Interessenlage bei mehrseitiger Treuhand

In Zusammenhang der Betrauung von mehrseitigen Treuhändern wurde in der Vergangenheit lebhaft über die Risikozuteilung bei der Veruntreuung des Treugutes durch mehrseitige Treuhänder diskutiert.¹³⁶ Zunächst äußerte der OGH¹³⁷ den Grundsatz, dass bei Veruntreuung des Treugutes der Schuldner, der in vereinbarter Weise geleistet hat, nicht die Gefahr des zufälligen Verlustes (und als solcher wird die Veruntreuung durch den Treuhänder gewertet) des Treugutes zu tragen habe. Vielmehr solle derjenige Treugeber den Verlust zu tragen haben, der nach den festgestellten Umständen schon Anspruch auf Ausföhlung des Treugutes gehabt hätte.

¹³⁴ Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 543ff.

¹³⁵ vgl etwa *Apathy* in Schwimann³, § 1020 Rz 5.

¹³⁶ Siehe etwa OGH 05.05.1998, 4 Ob 84/98a mit einer Übersicht der vertretenen Meinungen.

¹³⁷ OGH 23.07.1997, 7 Ob 2418/96f; OGH 05.05.1998, 4 Ob 84/98a mwN.

Beim Liegenschafts Kauf stellte sich die Lage nach dieser Ansicht wie folgt dar: Der Käufer, der den Kaufpreis auf das Treuhandkonto überwiesen hatte, und typischerweise (mangels anderer Verpflichtungen) darauf wartete, dass der Verkäufer die entsprechende verkaufs- und grundbuchsrelevante Dokumentation fertig stellte bzw seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllte, trug im Falle der Veruntreuung des Kaufpreis zu diesem Zeitpunkt keine Gefahr, selbst wenn der Treuhänder von beiden Parteien gemeinsam, oder auch vom Käufer allein bestellt worden war.

*Graf*¹³⁸ wie auch *Thurnherr*¹³⁹ haben sich zu dieser Lösung kritisch geäußert und im Sinne einer gemeinsamen Risikotragung aller Treugeber im Falle einer gemeinsamen Bestellung des Treuhänders argumentiert.

Der OGH¹⁴⁰ hat sich im Jahr 2001 der oben genannten Ansicht von *Graf* und *Thurnherr* angeschlossen und entschieden, dass der Schaden, der den Treugebern bei einem Liegenschafts Kauf durch die Veruntreuung des Kaufpreises entstanden ist, gleichteilig gemeinsam zu tragen sei. Die Hauptargumentation des OGH stützt sich (zumal die Parteien keine gesonderte Vereinbarung über die Tragung eines zufälligen Verlusts des Treugutes getroffen hatten) auf die Verpflichtung des Treuhänders, die Interessen beider Treugeber zu wahren und leitet daraus eine ausgewogene Risikoverteilung ab, da es Zweck der Treuhänderbestellung sei, die eindeutige Zuordnung des Vermögens zu einem der Treugeber auszuschließen, um dadurch wirtschaftliche und kriminelle Risiken zu reduzieren.

(2) Interessenlage beim Makler und Lösungsvorschlag

Wie schon weiter oben dargelegt, wird in der Literatur¹⁴¹ regelmäßig betont, dass der Versicherungsmakler die Interessen des Versicherungsnehmers

¹³⁸ Kreditfinanzierter Liegenschaftserwerb – Wer trägt das Risiko der Veruntreuung durch den Treuhänder, RdW 1991, 283; Wer trägt das Veruntreuungsrisiko beim über einen Treuhänder abgewickelten Liegenschafts Kauf, ÖBA 1997, 27ff.

¹³⁹ Grundfragen des Treuhandwesens, 82ff.

¹⁴⁰ OGH am 26.06.2001, 1 Ob 199/010h.

¹⁴¹ *Prölss-Martin-Kollhossler*, Versicherungsvertragsgesetz²⁶, § 43-48 Rz 3 mwN.

wahren solle, da sich seine Pflichten nicht ausschließlich auf die Herbeiführung des Vertragsabschlusses beschränken, sondern sich auch auf die Sicherung und Erhaltung bestmöglicher Deckung erstrecken. Da der Versicherungsmakler allerdings auch mit dem Versicherer eine „vertragsähnliche Rechtsbeziehung“¹⁴² eingeht, kann man mE seiner Position die Verpflichtung, *auch* die Interessen des Versicherers zu wahren, nicht absprechen. Darüber hinaus erhält er, wie schon weiter oben erwähnt, die Provision ausschließlich vom Versicherer.¹⁴³

Die Tätigkeit des Versicherungsmaklers liegt naturgemäß auch im Interesse der Versicherung, da der Versicherungsmakler der Versicherung (gewinnbringende) Abschlüsse verschafft. Darüber hinaus hat der Makler kein Interesse, dem Versicherer Informationen zu verschweigen, da er in einem solchen Fall einerseits gegen § 29 MaklerG verstöße und weiters vermutlich auch seine Rahmenvereinbarung mit dem Versicherer verletzen würde.

Insofern kann man auch beim Versicherungsmakler von einer Verpflichtung, die Interessen beider ihm gegenüberstehender Vertragsparteien, nämlich des Versicherten und des Versicherers zu wahren, sprechen. Die derzeit von der Lehre und dem OGH vertretene einseitige Zurechnung allen Wissens des Versicherungsmaklers an den Versicherten berücksichtigt den eben referierten Interessenskonflikt bzw das Spannungsverhältnis, in dem sich der Versicherungsmakler befindet, in keiner Weise und lässt Verletzungen der Aufklärungspflicht des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherer in jedem Fall gegen den Versicherten ausschlagen.

Bei Zustandekommen des Versicherungsvertrages müssten mE das Wissen des Versicherungsmaklers um jene Umstände, die von seiner Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht gegenüber dem Versicherer umfasst sind, zumindest auch dem Versicherer zugerechnet werden. Im obengenannten Beispiel könnte

¹⁴² *Fenyves*, Die Haftung des Versicherungsmaklers 6. In den meisten Fällen sog „Courtageabkommen“ oder Rahmenmaklerverträge.

¹⁴³ *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht³, 106 mwN.

der Versicherer nicht vom Versicherungsvertrag zurücktreten, da ihm die Kenntnis um den relevanten gefahrenerhöhenden Umstand zugerechnet werden würde. Eine solche Zurechnung wäre mE auch unabhängig vom Vorliegen einer dem Versicherungsmakler durch den Versicherten erteilten Vertretungsbefugnis vorzunehmen.

Dem Versicherer bliebe darüber hinaus die Möglichkeit, sich für einen durch die Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 29 MaklerG) des Versicherungsmaklers erlittenen Schaden beim Versicherungsmakler zu regressieren.

ME würde eine solche Teilzurechnung des Wissens an den Versicherer, die zudem auch durch § 29 MaklerG unterstützt wird, der besonderen Interessenslage des Versicherungsmaklers, der sowohl dem Versicherten als auch dem Versicherer verpflichtet ist, Rechnung tragen, und im Ergebnis einer gerechten „Schadensaufteilung“ wie sie vom OGH beim beidseitigen Treuhänder vorgenommen wird, entsprechen.

c) Pseudomakler und Quasiagent

Am 12. Juli 1994¹⁴⁴ wurde im § 43 VVG ein neuer Abs 1 eingefügt, der den Begriff des Versicherungsagenten definiert. Versicherungsagent ist nach dieser Bestimmung, wer von einem Versicherer ständig damit betraut ist, für diesen Versicherungsverträge zu vermitteln oder zu schließen, ferner auch der Gelegenheitsvermittler und schließlich der "Quasiagent", das ist eine Person, die mit nach den Umständen anzunehmender Billigung des Versicherers als Versicherungsagent auftritt. Bei diesem Personenkreis wurde vor allem an den Versicherungsmakler gedacht, der im Umgang mit dem Kunden – aus welchen Gründen immer – ein Naheverhältnis zum Versicherer suggeriert.¹⁴⁵ All diese Personen werden der Sphäre des Versicherers zugerechnet, was in dieser Arbeit insb die Konsequenzen im Bereich der Bevollmächtigung (§ 43 Abs 2 neu) und der Kenntniszurechnung interessant macht.

Im MinE und in der RV wurde diesem Personenkreis in Abs 1 noch der "Pseudomakler" hinzugefügt, also der Vermittler, der sich dem Kunden gegenüber zwar als unabhängiger Makler gebärdet, tatsächlich aber einem bestimmten Versicherer so nahe steht, dass er vorwiegend am Verkauf der Produkte dieses Versicherers interessiert ist. In den Ausschussberatungen hat sich jedoch die Meinung durchgesetzt, dass es nicht gerechtfertigt ist, die Regeln des VVG über die Zurechnung von Kenntnissen und Erklärungen des Agenten zu einem Versicherer auf eine Person auszudehnen, die nach außen gar nicht den Anschein erweckt, für einen bestimmten Versicherer tätig zu sein, sich dem Versicherungsnehmer gegenüber also gar nicht als "Mann des Versicherers" geriert.¹⁴⁶ Der "Pseudomakler" wurde daher aus der Aufzählung des § 43 Abs 1 VVG eliminiert. Seiner wird aber nun im neuen § 43a gedacht,

¹⁴⁴ BGBl Nr. 509/1994.

¹⁴⁵ Vgl EB RV 22. Vgl auch OGH 29.05.2000, 7 Ob 314/99y, wo der OGH ausspricht, dass der Versicherer für den Makler haftet, wenn das wirtschaftliche Naheverhältnis zum Makler so intensiv ist, dass es zweifelhaft scheint, ob dieser in der Lage ist, überwiegend die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren.

¹⁴⁶ Vgl JAB 5 (Bericht des Justizausschusses); insb *Fenyves*, Die allgemeinen Regeln der VersVG Novelle eclex 1994, 601f.

der – in Entsprechung mit den Auffassungen von Lehre und Judikatur – anordnet, dass der Versicherer für das Verschulden des "Pseudomaklers" nach § 1313a ABGB haftet. Dazu stellt der JAB zu Recht klar, dass durch diese Anordnung an der eigenen Maklerhaftung des "Pseudomaklers" gegenüber dem Versicherungsnehmer nichts geändert wird.

d) Zusammenfassung

Die im Versicherungsrecht vorhandenen Wissenszurechnungsvorschriften sind sehr spezifischer Natur, da der Versicherungsvertrag sich (meistens) auf noch bevorstehende Ereignisse bezieht und daher die genaue Information über gewisse Umstände, die auf den Eintritt des Versicherungsfalles hinweisen könnten, von elementarer Bedeutung für die Art und Natur des Versicherungsvertrages sind. Daher besteht im Versicherungsrecht eine erhöhte Aufmerksamkeit und ein strengeres Regime betreffend die Weitergabe und Anzeige von Information.

Inhaltlich bringen die Vorschriften im VVG jedoch keinen neuen Zurechnungsansatz für Wissen, der ins allgemeine Zivilrecht übertragen werden könnte: Im Wesentlichen beschränkt sich das Versicherungsrecht auch darauf, das Wissen jener Personen, die der Sphäre eines der beiden Vertragspartner angehören, der jeweiligen Seite zuzurechnen: Der Abschlussagent, der über eine Vollmacht des Versicherers verfügt, ist ein Vertreter und seine Kenntnisse aus diesem Grund zurechenbar. Der Vermittlungsagent, den man mit einem Verhandlungsgehilfen vergleichen kann, ist nicht zurechenbar, weil das Gesetz (aus umstrittenen Gründen) eine Ausnahme macht. Alle anderen Personen, die mit Anbahnung und Abschluss des Vertrages befasst sind, sind dem Versicherer nach den allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen. Beim Pseudomakler und beim Quasiagenten werden im Wesentlichen die Grundsätze der Anscheinsvollmacht angewendet – eine Wissenszurechnung erfolgt dann nach den Regeln, die für jene Position geschaffen wurden, deren Anschein erweckt wird.

Interessant ist die Position des Versicherungsmaklers. Einigung besteht darüber, dass der Makler eher der Sphäre des Versicherten zuzurechnen ist als jener des Versicherers. Er befindet sich aber trotzdem in einer Art Vertragsverhältnis zum Versicherer, und ist diesem gegenüber auch zu bestimmten Verhaltensweisen verpflichtet. Die Meinungen über die Zurechnung der Kenntnis des Versicherungsmaklers gehen auseinander – wie ich schon betont habe, geht meine eigene Ansicht, zumal das Verhältnis des Versicherers zum Makler nicht unbedeutend ist, in die Richtung, das Wissen des Maklers zumindest in jenen Fällen, in denen er gem § 29 MaklerG zur Information an den Versicherer verpflichtet gewesen wäre, diesem zuzurechnen.

2. § 337 ABGB

§ 337 ABGB beurteilt den Besitz einer Gemeinde nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber:

In den folgenden Kapiteln soll der Bedeutungsgehalt des Machthaberbegriffes im ABGB erörtert werden, wie auch insbesondere die Frage nach der Beschränkung der Wissenszurechnung für nur innerhalb der Zuständigkeitsbereiche des jeweiligen Machthabers erworbenes Wissen. Weiters wird der in § 337 ABGB enthaltene Begriff der „Gemeinde“ erörtert, wobei hier die von der Lehre vertretene Auffassung, dass § 337 ABGB allgemein auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar¹⁴⁷ sei, einer kritischen Betrachtung unterzogen wird.

¹⁴⁷ Vgl *Ehrenzweig*, I/2, 199; *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 153; *Spielbüchler* in *Rummel I*³, § 337 Rz 1.

a) Der Begriff des Machthabers und Repräsentanten

(1) Bei der deliktischen Zurechnung

Das Handeln der verfassungsmäßig berufenen Vertreter wird der juristischen Person zugerechnet.¹⁴⁸ Dass die Beschränkung der Haftung der juristischen Personen für ihre Organe unzureichend ist, und im Sinne des Gleichstellungsgebots und der Verbindung von Vor- und Nachteilen eine erhöhte Verantwortlichkeit der juristischen Person erforderlich ist, wurde insbesondere von *F. Bydlinski*¹⁴⁹ hervorgehoben.

*Ostheim*¹⁵⁰ konkretisierte den Machthaberbegriff nach § 337 ABGB folgendermaßen: Da der Machthaberbegriff in Hinblick auf die deliktische Zurechnung andere Ziele verfolge als die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, sei es verfehlt, die Machthaberschaft an eine rechtsgeschäftliche Vertretung nach außen, also beispielsweise an eine „Zeichnungsberechtigung“ zu binden. Vielmehr wird man als Machthaber all jene Personen begreifen müssen, die im Namen der Mitglieder Macht ausüben. Dies seien all jene Personen, die in verantwortlicher, leitender und überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben, wobei die Grenzen dieses Personenkreises in der jeweiligen konkreten Situation zu finden seien und der Beurteilung des Einzelfalles überlassen werden müssten.¹⁵¹ Er räumt zwar ein, dass sich § 337 ABGB auf den Sonderfall der Beurteilung der Redlichkeit beim Besitzerwerb bezieht und daher möglicherweise nicht auf die Zurechnung deliktischen Verhaltens des Machthabers übertragbar ist, aber bezieht sich dann auf *Zeiller*,¹⁵² der festhält, dass die Gemeinde, da sie schließlich von der Redlichkeit ihrer Machthaber oder Repräsentanten profitiere, auch den Nachteil ihrer Unredlichkeit zu tragen habe. Daher sei es nach *Ostheim* auch möglich, den Begriff „Redlichkeit“ durch „rechtmäßiges Verhalten“ zu ersetzen.

¹⁴⁸ Unstr; siehe etwa *Harrer* in Schwimann³, § 1315 Rz 19.

¹⁴⁹ „Bananenprozeß“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 170.

¹⁵⁰ Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, Gschnitzer-GedS 317.

¹⁵¹ Gschnitzer-GedS 331.

¹⁵² Kommentar 2/1 83.

*Klang*¹⁵³ und *Ehrenzweig*¹⁵⁴ kommen zwar zu der Auffassung, dass es sich beim Machthaber gem § 337 ABGB nur um einen gesetzlich oder verfassungsmäßig berufenen Vertreter handeln kann, wohingegen *Ostheim*¹⁵⁵ sehr überzeugend argumentiert, dass dem Machthaberbegriff des § 337 ABGB zweifellos der im 22. Hauptstück des II. Teiles des ABGB verwendete Gewalthaberbegriff zu Grunde liegt, der als Gewalthaber „jeden Vertreter im Willen“ und jeden, der „ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen eines anderen zur Besorgung übernimmt“, bezeichnet (§ 1002 ff ABGB).

In Hinblick auf untergeordnete Personen, die über keine Entscheidungs- und Leitungsgewalt verfügen, vertritt *Ostheim* die Ansicht, dass die juristische Person so organisiert sein muss, dass Dritten keinerlei Schaden entsteht. Insofern stelle ein Fehler in der Kette der Informationsweitergabe einen innerbetrieblichen Organisationsmangel dar, der direkt, also ohne einen spezifischen Zurechnungsvorgang, zu einer Haftung der juristischen Person führe. *Ostheim* orientiert sich hier an der aus Deutschland kommenden Lehre und Rechtsprechung vom Organisationsverschulden, stellt aber fest, dass, da § 337 ABGB ohnehin nicht auf die verfassungsmäßig – körperschaftliche Organisation abstellt, eine Übertragung der zu § 31 BGB bestehenden Argumentation¹⁵⁶ nach Österreich daher nicht möglich ist. In Zusammenhang mit dem Bananenprozess¹⁵⁷ spricht sich *Ostheim* für eine solche Haftung aus Organisationsverschulden aus, wobei der statutenmäßige Zweck sowie Art und Umfang der Tätigkeitsbereiche der juristischen Person besonders zu betrachten seien. Dem Fall zu Grunde liegt ein Sachverhalt, bei dem bei einer telefonischen Anfrage der Streikposten, ob Bananen entladen werden dürften,

¹⁵³ Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II², 101.

¹⁵⁴ System I/1², 207.

¹⁵⁵ Gschnitzer-GedS 329.

¹⁵⁶ Eine kurzer Ausschnitt dieser Rsp und Lehre findet sich bei *Bydlinski*, ZAS 1966, 171: „Die Rechtsprechung postulierte, dass für wichtige Angelegenheiten ein satzungsmäßiger Vertreter zu bestellen ist und dass bei Fehlen eines solchen daher so zu verfahren sei, als ob die betreffende Angelegenheit von einem satzungsmäßigen Vertreter besorgt worden wäre.“

¹⁵⁷ OGH 18. 1. 1966, 8 Ob 344/65 in ZAS 1966, 161ff.

keiner der entscheidungsbefugten Machthaber erreicht werden konnte und die Sache statt dessen von einem Angestellten abschlägig beschieden wurde.

*F. Bydlinski*¹⁵⁸ spricht sich in seinem Aufsatz zum Bananenprozess zunächst für eine Ausweitung der Haftung der juristischen Person auf Repräsentanten, die nicht satzungsmäßige Vertreter der juristischen Person sind, aus. Dafür spreche einerseits die Tatsache, dass § 337 ABGB auf Machthaber schlechthin abstelle, ohne auf die Art der Bestellung der Machthaber näher einzugehen. Weiters wäre es eigenartig, wenn die juristische Person ihre deliktische Haftung durch Satzungsgestaltung beliebig manipulieren könnte. Darüber hinaus ist hier der Gedanke, dass die juristische Person auch den durch das Handeln der Machthaber entstehenden Vorteil genieße, und daher auch den entsprechenden Nachteil tragen müsse, maßgeblich. *Bydlinski* zieht nach obigen Grundsätzen eine Organhaftung der beklagten juristischen Person¹⁵⁹ für die Angestellten des ÖGB¹⁶⁰ in Betracht.

Der OGH hat sich der Auffassung von *Bydlinski* und *Ostheim* angeschlossen und vertritt die Ansicht, dass eine juristische Person für das deliktische Verhalten ihrer Organmitglieder auch dann haftet, wenn die Voraussetzungen des § 1315 ABGB nicht vorliegen. Diese aus §§ 26 und 337 ABGB abgeleitete „Repräsentantenhaftung“ erstreckt der OGH auch auf Personen, die in der Organisation der juristischen Person eine leitende Stellung innehaben und dabei mit eigenverantwortlicher Entscheidungsbefugnis ausgestattet sind.¹⁶¹ Auf die organschaftliche Berufung zur Vertretung kommt es dabei nicht an.¹⁶² Auf das Erfordernis eines Wirkungskreises, der jenem eines Organs annähernd entspricht, kommt es ebenfalls nicht an.¹⁶³ Die juristische Person kann sich beispielsweise ihrer Haftung nach § 1319 ABGB nicht dadurch entziehen, dass sie die ihr obliegenden Aufgaben einem in untergeordneter Stellung Tätigen

¹⁵⁸ ZAS 1966, 170.

¹⁵⁹ Im Bananenprozess der ÖGB.

¹⁶⁰ Wobei einer über eine „Zeichnungsbefugnis“ verfügte, und der andere nicht.

¹⁶¹ Beispielsweise OGH 07.06.1978, 1 Ob 625/78 in JBl 1980, 482 im Anschluss an *Ostheim*, JBl 1978, 63.

¹⁶² OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95 in SZ 68/191 = ÖJZ 1996/79 (EvBl) = ÖBA 1996, 214 (Anm. *Rebhahn*) = *ecolex* 1996, 94.

¹⁶³ OGH 20.05.1998, 2 Ob 107/98v in HS 29.566 = RdW 1998, 664 = JBl 1998, 713.

ohne jegliche weitere Kontrolle überträgt.¹⁶⁴ Repräsentant ist jeder, der eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehat, also in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten für die juristische Person ausübt.¹⁶⁵

Der Grundgedanke, dass jene Vermögensmasse, die den Vorteil des Handelns des "Machthabers" genießt, auch die daraus entstehenden Nachteile zu tragen hat, ist bei allen diesen Funktionären maßgeblich, weil sie wegen der Selbständigkeit ihrer Tätigkeit eine besondere Gefährdungsmöglichkeit haben.¹⁶⁶

Der OGH ist weiters der Ansicht, dass die Repräsentantenhaftung unter gleichen Wertungsaspekten wie bei juristischen Personen *auch auf natürliche Personen* anzuwenden ist, die in ihrem Unternehmen Leitungsfunktionen von anderen Personen wahrnehmen lassen.¹⁶⁷ Er folgt damit *Bydlinskis*¹⁶⁸ Ansicht, dass der Gedanke einer Repräsentantenhaftung als Zurechnungsmaßstab kein Spezifikum der juristischen Person darstelle. Wie auch *Harrer*¹⁶⁹ feststellt, hat sich die Rsp dieser Ansicht angeschlossen und die Repräsentantenhaftung auf natürliche Personen ausgeweitet, die in ihrem Unternehmen Leitungsaufgaben durch andere Personen wahrnehmen lassen.¹⁷⁰ Die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, wie auch die zitierten Literaturstellen lassen die Übertragung der Repräsentantenhaftung auf natürliche Personen weithin unbegründet. Trotz allem scheint hier eine Übertragung immer vorauszusetzen, dass die natürlichen Personen, denen dann letztendlich die Handlung des Repräsentanten zugerechnet wird, ein Unternehmen betreiben. Die Haftung der Gesellschafter der Jagdgesellschaft¹⁷¹ als Gesellschaft bürgerlichen Rechts für

¹⁶⁴ OGH 28.06.2000, 6 Ob 220/99t.

¹⁶⁵ OGH 17.12.2003, 7 Ob 271/02g in MietSlg 55.002 = ecolex 2004/200.

¹⁶⁶ OGH 28.01.2004, 3 Ob 180/03x in ecolex 2004/234.

¹⁶⁷ OGH 12.09.2002, 5 Ob 173/02f in MietSlg 54.175 = wobl 2003/34.

¹⁶⁸ System, 217.

¹⁶⁹ In Schwimann³, § 1315 Rz 20.

¹⁷⁰ OGH 12. 9. 2002, 5 Ob 173/02f in MietSlg 54.175; OGH 17. 12. 2003, 7 Ob 271/02g in MietSlg 55.002.

¹⁷¹ OGH 10.07.1999, 2 Ob 2398/96b in SZ 70/138; Repräsentantenhaftung bei der GesbR auch in OGH 15.09.1999, 3 Ob 123/99f.

ihren Jagdleiter als „Repräsentant“ der Jagdgesellschaft, ergibt sich wohl eher aus der Natur der GesbR als (bei der alle Gesellschafter solidarisch haften), als aus der Tatsache, dass man die Repräsentantenhaftung auf natürliche Personen ausdehnen wollte.

Meiner Ansicht nach ist die Erweiterung des Zurechnungsbereiches auf nicht vertretungsbefugte Machthaber bzw Repräsentanten bei juristischen Personen zu befürworten. Der Grundgedanke, dass die juristische Person nicht die Möglichkeit haben sollte, durch rechtsgeschäftliche oder satzungsmäßige Vertretungsmacht ihre deliktische Haftung zu beschränken/kontrollieren geht zwar über § 1315 ABGB, was entscheidungsbefugte Personen betrifft, hinaus, ist aber damit zu rechtfertigen, dass die juristische Person von ihrer Notwendigkeit, sich selbst vertreten zu lassen, gegenüber einer natürlichen Person keine Vorteile schöpfen sollte.

(2) Das Erfordernis der Zuständigkeit des Machthabers für die Wissenszurechnung

Die eben dargestellte Entwicklung der Übertragung der Wertung des Machthaberbegriffes des § 337 ABGB (bezogen auf die „Gemeinde“) auf juristische Personen ist zunächst unter dem Aspekt der Zurechnung von deliktischem Verhalten von Machthabern zu sehen.

Fraglich ist, inwieweit sich die Beschränkung der Zurechnung von Wissen nur auf *zuständige* Machthaber rechtfertigen lässt. Auch diese Wertung ist nämlich von § 337 ABGB auf die juristische Person „hinübergezogen“ worden. Wie heute bei *Spielbüchler*¹⁷² zu lesen ist, kommt es bei der Wissenszurechnung auf die Zuständigkeit des Machthabers für die Akte der Besitzergreifung an.

*Iro*¹⁷³ hat sich mit der Frage, ob die Unredlichkeit von nicht zuständigen Machthabern zuzurechnen ist, eingehender beschäftigt und vertritt die Ansicht,

¹⁷² In Rummel I³, § 337 Rz 1.

¹⁷³ Besitzerwerb durch Gehilfen 198f.

dass ein (auch) kompetenzmäßig nicht beteiligter Machthaber am Erwerbsvorgang nicht *mehr* beteiligt ist als ein sonstiger „Extraneus“. Daher sei die faktische Möglichkeit, auf den Erwerb Einfluss zu nehmen, nicht zurechnungsbegründend. Würde man diese rein faktische Mitwirkungsmöglichkeit als geeigneten Anknüpfungspunkt betrachten, so könnte man beispielsweise auch zur Begründung von Pflichten von dem Vorstand nahen Personen gelangen.¹⁷⁴ Iro argumentiert weiter, dass für solche unzuständigen Organe aufgrund von Aktenunkenntnis auch regelmäßig gar nicht erkennbar sei, ob eine Information relevant sei oder nicht.

Er begründet seine Auffassung weiters mit dem Wortlaut des § 337 ABGB, der nur die Unredlichkeit „der im Namen der Mitglieder *handelnden* Machthaber“ zurechnet und daher der schlechte Glaube der übrigen Machthaber unbeachtlich sei.

Ausgenommen davon seien ausdrücklich zur Überwachung einer juristischen Person berufene Organe, die aufgrund ihrer Aufgabe rechtswidriges Verhalten zu unterbinden hätten und daher nicht Gegenstand dieser Einschränkung sein könnten.

(3) Die „Gemeinde“ als juristische Person des Privatrechts – Wertungsübergang und Kritik

Die Bestimmung des § 337 ABGB wurde historisch für die Körperschaft der politischen Gemeinde geschaffen. *Ostheim*¹⁷⁵ verweist in Hinblick auf die Bedeutung des Wortes Gemeinde auf den *codex thesesianus*,¹⁷⁶ der unter dem Begriff „Gemeinde“ jede kooperativ organisierte Personenmehrheit versteht. Dieses Begriffsverständnis liege auch dem § 337 ABGB zugrunde, weswegen eine Übertragung der Wertung des § 337 ABGB auf juristische Personen nicht gegen das Gesetz verstoße. Darüber hinaus sei noch angemerkt, dass im ABGB sehr wohl ein Unterschied zwischen „Gesellschaft“ und „Gemeinde“ gemacht

¹⁷⁴ Besitzerwerb durch Gehilfen 198.

¹⁷⁵ Gschnitzer-GedS 329.

¹⁷⁶ II, 1, 133 Cod. Ther.

wird – man betrachte die Ausführungen von *Zeiller*,¹⁷⁷ der beispielsweise jene Güter, die im Eigentum der politischen Gemeinde stehen, in Gemeindevermögen und Gemeindegut unterteilt. Er weist zwar auf die Ähnlichkeit zur bürgerlichen Gesellschaft hin, erklärt jedoch gleichzeitig, dass die Zuordnung dieser Güter zur einen oder anderen Kategorie durch die besonderen Landesverfassungen und politischen Gesetze bestimmt werden. Dies soll zeigen, dass der Unterschied zwischen der Behandlung von Gemeinden und juristischen Personen des Privatrechtes sehr wohl bei Schaffung des ABGB mitgedacht war und daher eine völlige Gleichbehandlung, vor allem auch bei der Wissenszurechnung, nicht angebracht erscheint.

¹⁷⁷ Commentar §§ 288, 337 ABGB.

(4) *Eigene Ansicht*

Es wird mE übersehen, dass es sich bei der Gemeinde um einen öffentlich-rechtlich konstituierten, aber mit Privatrechtsfähigkeit ausgestatteten Verband handelt. Die Gemeinde, die sich in den Privatrechtsverkehr begibt, muss grundsätzlich denselben Vertrauensschutz gegen sich gelten lassen wie jeder andere Vertretene auch,¹⁷⁸ somit auch eine juristische Person des Privatrechtes. Andererseits hat aber die Schutzbedürftigkeit des Verkehrs ein anderes Maß: Es ist in Hinblick auf die Zuständigkeit der Gemeindeorgane einem Dritten viel eher erkennbar, mit welchem Organ er kontrahiert, bzw welchem Organ er Informationen mitteilt. Die natürlichen Personen müssen sich ja bei Kontrahieren mit öffentlich-rechtlich konstituierten Verbänden typischerweise mit deren Zuständigkeitsverteilungen befassen. Die dementsprechende Organisation ist für den Dritten daher auch besser nachvollziehbar, bzw ist es eindeutig, dass er sich mit der Organisation vertraut machen muss, bevor er kontrahiert. Insofern ist auch das Zuständigkeitserfordernis des § 337 ABGB zu verstehen, das sich auf ebendiese Konstellation bezieht. Es soll damit einerseits dem Interesse der Gemeinde, deren Organisation großteils durch gesetzliche Vorschriften vorgegeben ist und deren Zuständigkeitsverteilung daher für Dritte wesentlich klarer ist, gedient sein, zumal das Wissen eines unzuständigen Machthabers nicht zuzurechnen sein soll. Andererseits ist aber auch das Interesse der Verkehrsteilnehmer gewahrt, denen zumutbar ist, sich über die Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Machthaber genügend zu informieren.

Insofern ist die Einschränkung der Wissenszurechnung auf zuständige Machthaber bei der Gemeinde im Sinne einer politischen Gemeinde sehr wohl gerechtfertigt, mE aber nicht aber bei juristischen Personen.

Für die Verkehrsteilnehmer ist abgesehen von jenen Informationen, die aus dem Firmenbuch hervorgehen, nicht offenkundig, welche Zuständigkeiten

¹⁷⁸ *Wilhelm*, Die Vertretung von Gebietskörperschaften im Privatrecht 124.

welchen Machthabern zugeordnet sind. Beispielsweise ist die Geschäftsordnung einer GmbH oder einer AG, welche die Tätigkeits- und Zuständigkeitsbereiche der Geschäftsführer bzw der Vorstandsmitglieder festlegt, nicht öffentlich zugänglich. Es ist daher auch nicht einzusehen, warum sich der Verkehr die Gefahr einer internen Zuständigkeitsverteilung und damit beschränkten Wissenszurechnung aufbürden lassen soll. Daher ist jenes Wissen, über das ein Machthaber einer juristischen Person verfügt, unabhängig von seinem Zuständigkeitsbereich zuzurechnen. Die einzige Voraussetzung für eine solche Zurechnung muss sein, dass der wissende Machthaber von der bevorstehenden Rechtsverletzung Kenntnis hat. Er muss über die Möglichkeit verfügen, das Geschäft bzw den Vertragsabschluss zu verhindern.

Fraglich ist nun noch, ob der juristischen Person im Fall, dass ein Machthaber über eine Information verfügt, deren Relevanz er nicht erkennt, da sie nicht seinen Zuständigkeitsbereich betrifft, das Wissen zuzurechnen ist oder nicht.

Meiner Ansicht nach ist dieses Problem zuerst auf der Wissensebene zu lösen: Wie ich oben im Kapitel „Positives Wissen“ erläutert habe, besteht das Wissen als zurechnungstauglicher Gegenstand aus zwei Komponenten: Einerseits der Wahrnehmung als solcher, und andererseits der „intellektuellen“ Leistung des Zu- und Einordnens der wahrgenommenen Information. Wie auch oben schon thematisiert, kann zurechnungsfähiges Wissen überhaupt nur vorliegen, wenn der Wahrnehmung ein solcher gedanklicher Vorgang nachfolgt.

Daher muss man sich zunächst fragen, ob der unzuständige Machthaber die Information bloß wahrgenommen hat, ohne sie überhaupt einordnen zu können, oder ob er zwar über keine zureichende Kenntnis verfügte, um die Relevanz der Information abzuschätzen, aber die Information sehr wohl als „unternehmenszugehörig“ erkennt.

Zur Beurteilung eines solchen Erkennens wird im rechtsgeschäftlichen Bereich sicher ein objektiver Maßstab anzulegen sein – die Frage lautet also, ob ein

ordentlicher Machthaber (in dieser unzuständigen Position) erkennen kann, dass die Information unternehmenszugehörig ist. Ist dies zu bejahen, so soll das Wissen der juristischen Person zugerechnet werden.

Diese Ansicht wird durch die schon mehrfach zitierten Entscheidung des OGH¹⁷⁹ unterstützt, in der das Wissen eines Referatsleiters einer Gebietskörperschaft über einen Umstand, der die Verjährung von Schadenersatzansprüchen auslöste, der Gebietskörperschaft zugerechnet wurde, obwohl die rechtliche Schlussfolgerung, dass eine Verjährungsfrist durch ebendiese Kenntnis beginnt, nicht in sein Aufgabengebiet fiel, da er nicht für das Referat „Schadenersatzforderungen“ zuständig war. Der besagte Referatsleiter, zuständig für das Referat Straßenbau, erlangte also Kenntnis von einem schädigenden Umstand im Bereich Straßenbau, erkannte aber nicht die schadenersatzrechtliche Relevanz der Information. Sogar in diesem Fall wurde das Wissen des Referatsleiters zugerechnet, obwohl die Zuordnung und Einordnung nicht in seinem Aufgabenbereich lag und es sich um eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft handelte.

Zusammenfassend kann hier festgestellt werden, dass die Beschränkung der Wissenszurechnung von Machthabern bzw. Repräsentanten auf Bereiche, für die diese nach einer internen Verteilung zuständig sind, nicht gerechtfertigt erscheint. Für eine solche Beschränkung spricht zwar grundsätzlich der Wortlaut des § 337 ABGB, der aber, wie soeben ausgeführt, *nicht* für die Zurechnung von Machthabern juristischer Personen des *Privatrechtes* konzipiert war. Darüber hinaus ist vom OGH in der eben zitierten Entscheidung das Wissen auch eines „unzuständigen“ Bereichsleiters einer öffentlich rechtlichen Körperschaft zugerechnet worden. Einerseits erscheint daher eine Beschränkung der Wissenszurechnung auf Wissen, das in einen der „Zuständigkeitsbereiche“ eines Machthabers bzw. Repräsentanten einer juristischen Person des Privatrechtes fällt, zuletzt auch dadurch nicht gerechtfertigt, dass die Gesellschaft vom positiven Wissen des jeweiligen Machthabers profitiert. Daher soll die Gesellschaft, im Sinne *Bydlinskis*, auch die negativen Folgen dieses Wissens tragen. Andererseits ist für den Verkehr

¹⁷⁹ SZ 60/204.

keineswegs erkennbar, welche Zuständigkeitsbereiche einem Machthaber bzw. Repräsentanten zugeteilt sind.

Aus diesen Gründen spreche ich mich für eine über Zuständigkeitsbereiche hinausgehende Wissenszurechnung von Machthabern bzw. Repräsentanten an die juristische Person des Privatrechtes aus. Dies entspricht im Übrigen auch der Wissenszurechnung von Organen an juristische Personen, bei denen keinerlei Differenzierung des zuzurechnenden Wissens in Hinblick auf den Zuständigkeitsbereich gemacht wird und auch „privates Wissen“ zuzurechnen ist.¹⁸⁰

¹⁸⁰ OGH 10. 12. 1996, 5 Ob 2397/96b in RdW 1997, 275; siehe dazu auch *Spitzer*, Sicherungszession und Drittschuldnerverständigung bei Wissenszurechnung, ÖBA 2005, 890, zum Meinungsstand in Deutschland *Iro*, ÖBA 2001, 6 ff.

3. Exkurs: § 166 BGB

§ 166 BGB lautet: *„(1) Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.*

(2) ¹Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. ²Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht.“

§ 166 BGB ist unmittelbarer Ausdruck der Repräsentationstheorie, die besagt, dass am Vertretergeschäft grundsätzlich neben dem Geschäftspartner nur der Vertreter beteiligt ist.¹⁸¹ Nur die Wirkungen des Geschäftes sind auf den Vertretenen bezogen. Sowohl die Vollmacht des Vertreters als auch das ihr zu Grunde liegende Innenverhältnis sind vom Vertretergeschäft streng zu trennen. Daher kommt es also hinsichtlich der Kenntnis und des Kennen-Müssens auf den Vertreter an, und nie auf den Vertretenen. Die Rechtfertigung dieser Theorie wird darin gesehen, dass der Vertretene sich einen zuverlässigen Vertreter aussuchen kann, den er zutreffend informieren, ausweisen und kontrollieren kann. Die Schwäche der Repräsentationstheorie liegt eben darin, dass das Wissen des Vertretenen außer Acht gelassen wird. Die Gesetzesverfasser machten daher eine Ausnahme: Nach § 166 Abs 2 BGB kann das Wissen des Vertretenen Beachtung finden, wenn der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vertretenen gehandelt hat und der Vertretene selbst über bestimmte Kenntnisse verfügt. Die Begründung für diese Ausnahme liegt darin, dass der Vertretene in diesem Fall Einfluss auf den Willensentscheidung des Vertreters gehabt habe und daher an ihr teilhabe.¹⁸²

¹⁸¹ Schramm in Münchner Kommentar zum BGB⁵, § 166 Rz 1.

¹⁸² Mugdan I 478.

Im Gegensatz zur Repräsentationstheorie steht die Geschäftsherrentheorie,¹⁸³ die besagt, dass der Vertretene der rechtsgeschäftlich Handelnde ist, wodurch der Vertreter zum bloßen Mittler wird. Dies entspricht eher den römischrechtlichen Grundsätzen, wie in der Einleitung schon angedeutet. Nach dieser Theorie des „verlängerten Arms“ des Geschäftsherrn treffen ihn alle Folgen, die sich aus der Tätigkeit des Vertreters ergeben, insoweit sie innerhalb der Grenzen, innerhalb welcher der Vertreter als Mittel zum juristischen Handeln funktioniert, liegen.¹⁸⁴ Doch auch hier gab es Einschränkungen: Je weiter nämlich die Vertretungsmacht des Vertreters reiche, umso mehr sollen Bewusstseinszustände des Vertreters miteinbezogen werden. Denn wer sich beim rechtsgeschäftlichen Handeln eines anderen bediene, müsse innerhalb dieser Grenze auch die Folgen tragen, die sich aus Person und Tätigkeit des Gehilfen ergeben.¹⁸⁵

Vermittelnde Auffassungen vertreten *Müller-Freienfels*¹⁸⁶ sowie *Mitteis*,¹⁸⁷ dazu genauer sogleich im folgenden Kapitel. Der eben geschilderte Theoriestreit und die Entscheidung des Gesetzgebers für § 166 BGB hat zur Folge, dass in der deutschen Judikatur und Lehre bei der Diskussion um die Wissenszurechnung das Hauptaugenmerk auf Sachverhalte gerichtet wird, bei denen keine Stellvertretung vorliegt. Man wendet § 166 BGB analog auf Vermittler, Handlungsbevollmächtigte, und sonstige Hilfspersonen an.¹⁸⁸ Hinsichtlich dieser Personen wird von der Judikatur jedoch eine gewisse Selbstständigkeit verlangt,¹⁸⁹ bzw. müssen die Hilfspersonen gegenüber dem Dritten erkennbar als für den Geschäftsherrn handelnd auftreten. Wer mit selbstständigen Verhandlungen betraut und im Rahmen der innerbetrieblichen Organisation zum Empfang von Erklärungen, zur Einholung von Auskünften oder Überprüfungen zuständig ist, der ist einem Vertreter gleichgestellt.

¹⁸³ Begründet von *Savigny*, *Obligationenrecht* II 54ff.

¹⁸⁴ Für die Geschäftsherrentheorie gibt es daher keinen Unterschied zwischen Stellvertreter und Bote.

¹⁸⁵ *Hellmann*, *Die Stellvertretung im Rechtsgeschäft* 155ff.

¹⁸⁶ *Vertretung* 211, 216.

¹⁸⁷ Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht 275ff.

¹⁸⁸ *Schramm* in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, § 166 Rz 40.

¹⁸⁹ *Schramm* in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, § 166 Rz 40.

*Müller-Freienfels*¹⁹⁰ betont, dass die Wissenszurechnung bei der Stellvertretung keine unmittelbare Folge der Repräsentationstheorie ist. Nach seiner Ansicht hätte der Gesetzgeber auch auf das Wissen oder Kennen-Müssen des Vertretenen abstellen können. Der Zusammenhang zwischen Repräsentationstheorie und Wissenszurechnung sei also nicht zwingend, sondern sei aus reiner Zweckmäßigkeit geschehen. Die Wissenszurechnung muss nach der Ansicht von *Müller-Freienfels* nach anderen Gesichtspunkten, nämlich insb einer Interessensabwägung jeweils nach dem Sinn und Zweck der Norm entschieden werden. Dass dieser Ansatz zu großer Rechtsunsicherheit führt, ist unbestreitbar; das räumt auch *Buck*¹⁹¹ ein, dennoch stimmt sie ihm in jenem Punkt zu, als sie die Zurechnung des Vertreterwissens aus heutiger Sicht nicht als logische¹⁹² Konsequenz der Repräsentationstheorie ansieht.¹⁹³

Andere Lehrmeinungen suchen die Rechtfertigung des § 166 BGB in Risikoverteilungsgesichtspunkten¹⁹⁴ bzw im Gerechtigkeitsfordernis hinsichtlich Vorteil und Nachteil bei der Arbeitsteilung.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die deutsche Lehre und Judikatur auf Grund von § 166 BGB sich in ihrer Argumentation immer wieder vom Repräsentationsgedanken befreien muss und erkannt hat, dass die Ausnahme des § 166 Abs 2 (die ursprünglich sehr eng gesehen wurde) den Erfordernissen des Rechtsverkehrs nicht genüge und sie daher zunehmend erweitert hat.

¹⁹⁰ Vertretung 392.

¹⁹¹ Wissen und juristische Person 126f.

¹⁹² Nach der Ansicht von *Müller-Freienfels* ist die Repräsentationstheorie nicht einmal für die Stellvertretung tragfähig, da das Vertretergeschäft getrennt von der Bevollmächtigung kein Rechtsgeschäft sei, weil für dieses die Selbstbestimmung notwendig sei. Die Wirkung der Stellvertretung beruhe auf einem zusammengesetzten Rechtsgeschäft (Vertretergeschäft und Bevollmächtigung), sodass die Bevollmächtigung entgegen der Repräsentationslehre essentielles Element des Vertretergeschäftes sei.

¹⁹³ Sie räumt jedoch ein, dass der Repräsentationsgedanke der Ausgangspunkt des historischen Gesetzgebers für die Stellvertretung war.

¹⁹⁴ So etwa *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309ff.

Die Gedanken und Argumentationen, die im Laufe der Arbeit immer wieder in den Text eingeflossen sind, müssen in diesem Licht gesehen werden und sind daher wohl, zumindest betreffend die Stellvertretung und die Repräsentationslehre, nicht auf das österreichische Recht übertragbar. Die rechtspolitischen Aspekte wie Risikoschaffung und Gleichstellung betreffend die Arbeitsteilung gelten naturgemäß auch in der österreichischen Rechtslandschaft.

B. Allgemeine Zurechnungsgrundlagen im ABGB

1. Wissenszurechnung durch rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht

a) Wissen des Vertreters

Das Institut der Stellvertretung ermöglicht es, einen Vertreter für den Vertretenen rechtswirksam handeln zu lassen. Legt der Vertreter seine Vollmacht offen, besitzt er Vertretungsmacht und ist er zumindest beschränkt geschäftsfähig, kann er wirksam den Willen zum Geschäftsabschluss für den Vertretenen bilden. Dieser muss sodann das Geschäft so gegen sich gelten lassen, wie es der Vertreter abgeschlossen hat. Auch wenn sich der Auftrag, der bspw das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem bildet, auf einen geringeren Geschäftsbereich oder eine kleinere Aufgabe bezieht als die Vollmacht, so ist bei Vorliegen von Konsens zwischen Vertreter und Drittem, wenn die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, das Geschäft wirksam.

Handelt der Vertreter pflichtwidrig (hinsichtlich seines Auftrages im Innenverhältnis) und ist sein Handeln aber dennoch von der Vollmacht gedeckt, so muss sich der Geschäftsherr grundsätzlich dessen Handlung zurechnen lassen. Anders ist die Situation, wenn der Dritte (= der Geschäftspartner) unredlich ist; in diesem Fall ist das Geschäft wegen Kollusion/Missbrauch der Vertretungsmacht unwirksam.¹⁹⁵ Hiefür bedarf es aber einer „Pflichtwidrigkeit“ des Dritten, in dem Sinne, als er die Überschreitung der Erlaubnis bzw des Auftrages durch den Vertreter kennen musste bzw hätte kennen müssen.¹⁹⁶

¹⁹⁵ *Wilhelm*, Der Vollmachtsmissbrauch im Zivil-, Handels-, und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449.

¹⁹⁶ Über den Grad dieser Pflichtwidrigkeit des Dritten gehen die Meinungen auseinander: *Ehrenzweig* (System², I/1, 273) ist der Ansicht ist, der Dritte müsse den Vertreter pflichtwidrig zum Missbrauch der Vollmacht verleitet haben; *Stanzl* drückt das so aus, dass der Dritte der Missbrauch aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein müsse, in Klang, IV/1², 857 f; zu weiteren Meinungen vgl *Wilhelm*, JBl 1985, 449ff.

Hinsichtlich der dogmatischen Einordnung bilden Vollmacht und Ausführungsgeschäft eine Einheit.¹⁹⁷ Das bedeutet, dass die Vollmacht auch Bestandteil des Vertrages ist, den der Vertreter für den Vertretenen mit dem Dritten abschließt – dies hat jedoch keinen grundsätzlichen Einfluss auf den Charakter der Vollmacht: Der Vertreter bildet seinen eigenen Willen und handelt selbst rechtsgeschäftlich, jedoch mit Wirkung für den Vertretenen. Die Willensbildung zu einem Geschäftsabschluss und die Rechtswirkung desselben fallen also auseinander.

Da es bei der Vollmacht auf den Willen des Vertreters ankommt, ist eine Wissenszurechnung in vollem Umfang anzunehmen. Zumal die eigene Willensbildung des Vertreters für den Vertretenen Rechtswirkungen entfaltet, ist jedenfalls das eigene Wissen des Vertreters maßgeblich.

Durch die typische Konstellation der Vertretung, bei der es eben auf den Willen des Vertreters ankommt, ist sein gesamtes Wissen sowie auch Wissen-Müssen dem Vertretenen zuzurechnen.¹⁹⁸ Dies geht auch aus der oben bereits ausgeführten Zurechnung bei der Empfangsvertretung hervor, bei der es ebenfalls bei der Beurteilung der Kenntnis und des Kenntnisverschaffungshorizontes auf den Vertreter ankommt und nicht auf den Vertretenen.

Die Wissenszurechnung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht mag jedoch die engste Zurechnungsgrundlage sein – inwieweit das Wissen von Gehilfen, die über keine Vertretungsmacht verfügen, zuzurechnen ist, ist an anderer Stelle¹⁹⁹ Gegenstand der Arbeit.

¹⁹⁷ *Strasser* in Rummel I³, § 1002 Rz 11.

¹⁹⁸ So auch *Schilken*, Wissenszurechnung im Zivilrecht 60.

¹⁹⁹ VI.B.2 sowie VI.B.3.

b) Wissen des Vertretenen und Wissenszusammenrechnung

Hinsichtlich der Zurechnung des Wissens des Vertretenen vertritt die hL²⁰⁰ und Rsp²⁰¹ die Ansicht, dass die Bösgläubigkeit dem Vertretenen immer schadet, wenn sie bei ihm persönlich oder seinem Vertreter vorliegt. Im gleichen Sinne gilt das für den Eintritt einer Rechtsfolge relevante Wissen bzw. Wissensmüssen des Geschäftsherrn selbst und/oder beim Vertreter.²⁰²

Fraglich ist, inwieweit Teilwissen des Vertreters und des Vertretenen *zusammenzurechnen* ist und ob das Vertretungsverhältnis auf eine solche Wissenszusammenrechnung besondere Auswirkungen hat.

Wie ich eben dargelegt habe, ist das Wissen des Vertreters im Rahmen einer Stellvertretung immer relevant, zumal er derjenige ist, der selbst den rechtsgeschäftlichen Willen bildet, weswegen naturgemäß auch seine Kenntnisse zuzurechnen sind. Der Vertretene ist am Rechtsgeschäft meistens nicht unmittelbar beteiligt, hat also mit der *Handlung*, die dann in weiterer Folge Rechtswirkungen auslöst, nichts zu tun. Meistens ist die Wissenszusammenrechnung, wie *Buck*²⁰³ zutreffend ausführt, eine Zusammenrechnung von Wissen und Handeln, oder zumindest die Zusammenrechnung von Wissen über rechtserhebliche Umstände und Wissen über das bevorstehende Rechtsgeschäft.

In Hinblick auf das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem ist also folgende Konstellation denkbar: der Vertreter schließt, mit Vollmacht ausgestattet, ein Geschäft für den Vertretenen ab, der sich hinsichtlich des Vertragspartners oder der Natur des Geschäftes irrt. Der Vertreter befindet sich jedoch hinsichtlich des Geschäftes nicht im Irrtum. Problematisch ist einerseits, ob man überhaupt sagen kann, dass ein Irrtum vorliegt und vor allem auch bei

²⁰⁰ *Strasser* in Rummel I³, § 1018 Rz 12.

²⁰¹ SZ 32/77; EvBl 1961/3; SZ 50/91.

²⁰² *Strasser* in Rummel I³, § 1018 Rz 12.

²⁰³ Wissen und juristische Person 327.

wem die Voraussetzungen des § 871 ABGB für eine Anfechtung oder Anpassung des Vertrages vorliegen müssen.

Meines Erachtens liegt, wenn der Vertretene eine falsche Vorstellung von der Wirklichkeit hat, ein relevanter Irrtum vor, auch wenn der Vertreter selbst nicht irrt. Es kommt zwar bei der Stellvertretung tatsächlich auf den Willen des Vertreters an, der für den Vertretenen Rechtswirkungen herbeiführt, aber es kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 871 ABGB und der Kausalität des Irrtums dennoch eine „Wissenszusammenrechnung“ gerechtfertigt sein.

Das bedeutet, wenn dem Geschäftspartner des Vertreters hätte auffallen müssen, dass sich der Vertretene im Irrtum befindet, oder er diesen Irrtum verursacht hat, oder Rechtzeitigkeit vorliegt sowie der Irrtum kausal für den Geschäftsabschluss (aber nicht notwendigerweise für die Vollmachtserteilung) war, so muss der Vertretene die Möglichkeit haben, den Vertrag wegen Irrtum anzufechten.

Daher ist in dem Fall, in dem der Vertretene irrt, dann eine Anfechtung/Anpassung des Vertrages durch den Geschäftsherrn möglich, wenn der Irrtumsverursachungsstatbestand, das Offenbar-auffallen-Müssen bzw. die Aufklärung gegenüber dem Geschäftsherrn verwirklicht wurde, auch wenn der Vertreter nicht irrte. Da der Vertretene Vertragspartner ist, ist er primär zur Anfechtung berechtigt.

In der deutschen Judikatur und Lehre wird dieses Problem anders gelöst, da § 166 Abs 1 BGB grundsätzlich anordnet, dass es, sofern die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch Kenntnis oder Kennen-Müssen gewisser Umstände beeinflusst werden, immer nur auf den Willen des Vertreters ankommt. Es gibt zwar die Ausnahme des § 166 Abs 2 BGB, der einräumt, dass sich der schlechtgläubige Vertretene nicht auf die Gutgläubigkeit des Vertreters berufen könne, aber eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf andere Sachverhalte scheidet nach Durchsicht der

Diskussion²⁰⁴ in Deutschland wohl aus. Auf Grund der im Stellvertretungsrecht vorherrschenden Repräsentationstheorie,²⁰⁵ nach der das Rechtsgeschäft sich allein in der Person des Vertreters verwirklicht und den Vertretenen lediglich die Wirkungen des Rechtsgeschäftes treffen, ist eine Wissenszurechnung in die umgekehrte Richtung, also vom Vertretenen zum Vertreter an sich nicht möglich.²⁰⁶ Zur Rechtfertigung der Repräsentationstheorie wird angenommen, dass sich im Willen des Vertreters der Wille des Vertretenen äußere, sofern der Vertreter im Rahmen seiner Vollmacht handelt. Daher kommt es grundsätzlich auf das Wissen und den Willen des Vertretenen nicht an. Daher könne auch in Bezug auf Willensmängel, wie beim Irrtum, nur dort nachgeforscht werden, wo die Willensbildung auch stattgefunden habe, nämlich beim Vertreter und nicht beim Vertretenen.²⁰⁷ Nach der Repräsentationstheorie sei das Vertretergeschäft und § 166 BGB gar kein Anknüpfungspunkt für die Wissenszurechnung, sondern vielmehr handle es sich um ein eigenes Geschäft des Vertreters, das dem Vertretenen zuzurechnen sei.²⁰⁸ Es sei § 166 BGB keine Wissenszurechnungsnorm, sondern eine Zurechnungsnorm für das Rechtsgeschäft selbst.

Eine vermittelnde Auffassung und daher eine Art Lösung der Repräsentationstheorie vertritt *Müller-Freienfels*,²⁰⁹ der durch diese ausschließliche Relevanz des Vertreterwillens eine Einschränkung des Prinzips der Privatautonomie sieht, zumal der Vertreter durch die Möglichkeit der Gestaltung und Verfügung über die Rechte des Vertretenen dessen Recht zur Selbstgestaltung einschränken könne und der Vertretene daher dem Vertreter unterworfen sei. Daher sei im Sinne einer vermittelnden Theorie, die auch von *Mitteis*²¹⁰ vertreten wurde, das Vertretergeschäft und die Bevollmächtigung zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammenzufassen.

²⁰⁴ *Buck*, Wissen und juristische Person 134ff.

²⁰⁵ *Schilken*, Wissenszurechnung 21f; *Buck*, Wissen und juristische Person 120.

²⁰⁶ *Schramm* in Münchener Kommentar zum BGB⁵, § 166 RZ 1.

²⁰⁷ *Mugdan I* 478.

²⁰⁸ *Buck*, Wissen und juristische Person.

²⁰⁹ *Müller-Freienfels*, Vertretung 202ff.

²¹⁰ *Mitteis*, Lehre von der Stellvertretung 272ff.

Dies entspricht, wie man auch *Stanzl*²¹¹ entnehmen kann, der österreichischen Auffassung: Zumal im ABGB nicht festgelegt wurde, ob der Repräsentationstheorie oder der Geschäftsherrentheorie gefolgt werden müsse, da dieser Theorienstreit erst nach Verfassung des österreichischen ABGB aufkam, steht einer Zusammenfassung der beiden Rechtsgeschäfte (Vertretergeschäft und Bevollmächtigung) nichts im Wege. Dies wurde in der Rechtsprechung²¹² in folgender Weise ausgeführt: „Erfolgt der Abschluss eines Schiedsvertrages und dessen Unterfertigung nicht durch die Partei selbst, sondern durch ihre dazu ermächtigten Vertreter, dann bildet die Vollmacht zum Abschluss des Schiedsvertrages einen Bestandteil des Schiedsvertrages selbst und ergänzt ihn so, dass ein derartiger Schiedsvertrag ohne Vollmacht nicht als ein perfektes Geschäft bezeichnet werden könnte.“

Aufgrund dieser Einwirkung des Bevollmächtigungsvertrages auf das Vertretergeschäft ist eine Wissenszu(sammen)rechnung zu befürworten.

Hinsichtlich des „Grades“ dieser Einwirkung ist wiederum auf die jeweilige Wissensnorm und deren Tatbestandselemente abzustellen: Im Recht der Willensmängel muss eine der drei Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung oder eine Vertragsanfechtung gegeben sein.

Liegt im Falle des Beginnes des Laufes der Verjährungsfrist Teilkenntnis einerseits beim Vertretenen und andererseits beim Vertreter vor, so wird möglicherweise zur Wissenszurechnung eine Zumutbarkeitsprüfung der Kenntnisverschaffungsmöglichkeit einer der beiden *teilwissenden* Personen notwendig sein, um durch eine Wissenszusammenrechnung die Rechtsfolge der Norm herbeizuführen. Diese Sondervoraussetzungen, die gegebenenfalls bei den einzelnen Normen für eine Annahme der Wissenszu- und auch der Wissenszusammenrechnung hinzutreten sollen, werden im Abschnitt über die einzelnen Wissensnormen genauer herausgearbeitet.

²¹¹ In Klang, IV/1², 769f.

²¹² E. 3. II. 15, GIUNF. 7287.

Im Ergebnis soll aber schon jetzt festgehalten werden, dass durch die Stellvertretung grundsätzlich eine Wissenszurechnung vom Vertreter zum Vertretenen erfolgt, die ihren Grund im Vertretungsverhältnis hat – das bedeutet, dass das Wissen des Vertreters grundsätzlich so betrachtet wird, als sei es beim Vertretenen selbst vorgelegen.

Hinsichtlich der umgekehrten Richtung, also einer Wissenszurechnung vom Vertretenen zum Vertreter, die im Ergebnis eine Wissenszusammenrechnung darstellt, ist festzuhalten, dass vermöge der Einheit des Bevollmächtigungsvertrages und des Vertretergeschäftes eine Wissenszusammenrechnung zu befürworten ist und daher dem Vertretenen auch im Bereich der Willensmängel Anfechtungsrechte zur Verfügung stehen, sofern die sonstigen Voraussetzungen der Wissensnorm erfüllt sind.

c) Wissen von mehreren bevollmächtigten Vertretern

Der nächste Problemkreis der Wissenszusammenrechnung bei der Stellvertretung beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit das Teilwissen mehrerer Vertreter beim Vertretenen zusammenläuft und dadurch für ihn Rechtswirkungen entstehen.

*Iro*²¹³ hat sich mit der Frage beschäftigt, inwieweit die Kenntnis von Umständen, die für sich alleine genommen in Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Erwerbes noch keine besonderen Verdachtsmomente erregen, durch mehrere Gehilfen den Geschäftsherrn durch eine isolierte Zurechnung unredlich machen könnten.

Iro macht in seinen Ausführungen das Phänomen der Gefahr, eventuelle Rechtsverletzungen nicht zu erkennen, das durch die Aufsplitterung der Erwerbskompetenzen entsteht, sehr gut sichtbar: Einerseits ist die Möglichkeit, einen gewissen Umstand als gefährlich zu erkennen und eventuell als

²¹³ Besitzerwerb durch Gehilfen 253ff.

rechtsverletzend einzustufen, durch den möglicherweise kleinen Zuständigkeitsbereich des Gehilfen eingeschränkt, da es ihm an Umsicht und Überblick fehlt, um eine solche Einordnung vorzunehmen. Andererseits ist die Gelegenheit, diese Konstellation auszunützen, und durch den Einsatz möglichst vieler *nichts erkennender* Gehilfen eine Situation der Redlichkeit zu schaffen, für den Geschäftsherrn vielleicht reizvoll.

Wie *Iro* zutreffend feststellt, wird in den meisten Fällen in der Sphäre des Geschäftsherrn kein Mangel, der das Unredlichkeitsurteil zulässt, feststellbar sein, da eine Aufteilung der Kompetenzen auf mehrere Gehilfen meist aus Sachlichkeitsgründen vorliegt und nicht aus dem Willen zur Manipulation des Erwerbsvorganges gebildet wird. Wenn der Umfang der Erwerbsvorgänge eine entsprechende Organisation verlangt, so könne dem Geschäftsherrn aus dem dafür gebildeten Gefüge kein Vorwurf gemacht werden.²¹⁴

Daher kann nach *Iro* eine Wissenszusammenrechnung nur dann erfolgen, wenn dem Geschäftsherrn ein Organisationsmangel vorgeworfen werden kann. Dieser könnte darin liegen, dass der Geschäftsherr sich eines für die durchzuführende Anschaffung ungeeigneten Hilfsapparates bedient, oder die Aufteilung der Zuständigkeit der Gehilfen nicht sachgerecht erscheint. *Iro* erkennt in einer in dieser Weise mangelhaften Organisation eine Art besondere Betriebsgefahr, die dazu geeignet ist, das Risiko der Unerkennbarkeit der Rechtsverletzungen zu vergrößern und bejaht in solchen Fällen eine Wissenszusammenrechnung.

Die andere Möglichkeit ist, dass es im Wesen des konkreten Erwerbsvorganges liegt, durch den Einsatz von Gehilfen eine besondere Gefahr einer Rechtsverletzung herbeizuführen, auch wenn die Organisation an sich nicht mangelhaft ist. Wenn nun ein solcher Erwerbsvorgang regelmäßig abgewickelt wird, so muss die Organisation für diese besonderen Fälle gewappnet sein: *Iro* verweist diesbezüglich auf die Scheckeinlösungsfälle: Wird bei einer Filiale der Bank ein Scheck als gestohlen gemeldet und vom Dieb in einer anderen Filiale der Bank eingelöst, so kann erwartet werden, dass durch ein geeignetes

²¹⁴ *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 254.

Informationssystem oder durch eine Überwachungsinstanz Vorsorge gegen dieses Risiko getroffen wird. Daher kann in einem solchen Fall ein Organisationsmangel angenommen und der Geschäftsherr als unredlich betrachtet werden.

Der Ansatz des Vorliegens eines Organisationsmangels als Bedingung für die Wissenszusammenrechnung ist sicherlich sinnvoll – es gilt nun aber auch herauszufinden, ob die Fälle der Wissenszusammenrechnung nicht einerseits durch die Identität des Geschäftes und andererseits auch durch das Vertretungsverhältnis determiniert sein könnten.

(1) Wissenszusammenrechnung bei Gesamtvertretung

Als Ausgangspunkt für die Frage, ob das Wissen von mehreren bevollmächtigten Vertretern zusammenzurechnen ist, muss zunächst die Wissenszusammenrechnung bei der Gesamtvertretung diskutiert werden: Die Gesamtvertretung ist ein Sonderfall des Vollmachtsrechtes, bei dem der Vollmachtgeber mehreren Personen die Befugnis erteilt, ihn zu vertreten. Diese Vorgangsweise ist grundsätzlich als besondere Vorsichtsmaßnahme zu sehen, da sich der Geschäftsherr dadurch gegen eine zweckwidrige Verwendung der Vollmacht schützen kann, zumal er eben mehrere Personen zu Vertretern macht. *Alle* Bevollmächtigten²¹⁵ müssen bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes tätig werden, wenn auch nicht zum gleichen Zeitpunkt.²¹⁶ Eine vorherige oder nachträgliche Zustimmung der nicht handelnden Gesamtvertreter zu einer Erklärung eines handelnden Gesamtvertreters ist ausreichend, wobei die Erklärung eines einzigen Gesamtvertreters zunächst, bevor alle anderen Gesamtvertreter zugestimmt haben, als schwebend unwirksam betrachtet wird.²¹⁷

Diese Regel gilt allerdings nur für die Aktivvertretung. Hinsichtlich der Passivvertretung, also der Entgegennahme von Erklärungen, reicht die

²¹⁵ OGH 27.11.2001, 1 Ob 293/01x in ecolex 2002/168.

²¹⁶ OGH 23.03.2007, 2 Ob 170/06y in ecolex 2007/261 = RdW 2007/632.

²¹⁷ OGH 23.03.2007, 2 Ob 170/06y in ecolex 2007/261 = RdW 2007/632; OGH 25.04.1995, 1 Ob 538/95 in WBI 1996, 247 = RdW 1995, 384 = ecolex 1995, 645.

Bekanntgabe der Information oder der Erklärung an auch nur einen der Gesamtvertreter. Das bedeutet, hinsichtlich des Wissensstandes ist die Kenntnis jedes einzelnen Gesamtvertreters relevant.²¹⁸ Dies entspricht auch der Wissenszurechnung beim Empfangsvertreter²¹⁹ sowie auch grundsätzlich der Wissenszurechnung des Stellvertreters an den Vertretenen.

Die Frage ist nun, inwieweit nicht nur eine gesonderte Zurechnung, sondern tatsächlich eine Wissenszusammenrechnung auf Grund der Gesamtvertretung stattfinden kann bzw muss. Genau genommen ist nämlich die Zurechnung von unterschiedlichen Informationen an den Geschäftsherrn noch keine Wissenszusammenrechnung, sondern die Wissenszurechnung von gesonderten Informationen an den Geschäftsherrn. Immer dann, wenn erst die „Zusammenrechnung“ solcher Informationen, die für sich genommen noch keine Relevanz entfalten, eine Rechtsfolge beim Geschäftsherrn auslöst, kann man von Wissenszusammenrechnung sprechen.

Iro setzt für die Wissenszusammenrechnung das Vorliegen eines Organisationsmangels voraus. Im Falle der Gesamtvertretung muss meines Erachtens kein Organisationsmangel vorliegen, um eine Wissenszusammenrechnung zu begründen. Der Geschäftsherr genießt schließlich durch den Einsatz der Gesamtvertretung einen besonderen Schutz,²²⁰ der sich natürlich primär darauf bezieht, den zweckwidrigen Einsatz der Vollmacht zu vermeiden, indem sich die unterschiedlichen Gesamtvertreter gegenseitig kontrollieren. Dass der Geschäftsherr in einem solchen Falle auch die Nachteile aus dieser Sicherheitsvorkehrung zu tragen hat, entspricht dem Rechtsgedanken, dass, wer Vorteile aus einem Rechtsinstitut bezieht, sich auch die Nachteile zumuten lassen muss.

Nur die Addition der Machtteile der einzelnen Gesamtvertreter bewirkt eine wirksame Vertretungshandlung – dem entspricht es zweifellos auch, die

²¹⁸ *Strasser* in Rummel³, Rz 6 § 1011 ABGB.

²¹⁹ Kapitel VIII.J.

²²⁰ *F. Bydlinski*, JBl 1983, 628.

einzelnen Wissensteile der Gesamtvertreter zu addieren. Das bedeutet im Ergebnis, dass das Wissen des einzelnen Gesamtvertreters, das für sich genommen noch keine Relevanz besitzt, dem Geschäftsherrn nicht nur zugerechnet wird, sondern eben auch die „intellektuelle Leistung“ des Einordnens und Erkennens der Bedeutung aller zugerechneten Informationen durch die Wissenszusammenrechnung fingiert wird. Dies muss bei der Gesamtvertretung für alle Geschäfte, über welche Gesamtvertreter bescheid wissen, gelten.

(2) Wissenszusammenrechnung bei Einzelvertretung

Im Falle von Einzelvertretungsbefugnis muss daher in all jenen Fällen, in denen mehrere einzelvertretungsbefugte Personen gemeinsam an einem rechtsgeschäftlichen Akt teilhaben, auch deren Wissen zusammengerechnet werden. Hinsichtlich anderer Vertretungsbereiche kann man wohl nicht von einer Wissenszusammenrechnung ausgehen, es sei denn, es liegt, wie *Iro* beschreibt, ein Organisationsmangel vor. Bezüglich eines einzigen Vertretungsbereiches, mit dem mehrere einzelvertretungsbefugte Personen auftreten, ist jedoch nicht einzusehen, warum in einem solchen Fall anders entschieden werden sollte wie bei der Gesamtvertretung.

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Stellvertretung für die Wissenszusammenrechnung besondere Konsequenzen birgt: Im Falle der Gesamtvertretung ist, wie schon die österreichische Judikatur zeigt, die Zurechnung der Kenntnis jedes einzelnen Gesamtvertreters zu bejahen. Die gegenständliche Arbeit erweitert diese Erkenntnis um einen Schritt – nämlich, dass die Kenntnis im Falle der Gesamtvertretung nicht nur zu-, sondern auch zusammenrechenbar ist. Dies soll für alle Bereiche der Gesamtvertretungsbefugnis gelten, somit auch für Kenntnisse, die ein

Gesamtvertreter erlangt, die sich aber möglicherweise nicht auf ein konkretes Geschäft, aber auf seinen Vertretungsbereich beziehen.

Im Falle der Betrauung mehrerer einzelner Vertreter soll das gleiche gelten, soweit sich die Kenntnis eines Vertreters auf ein und dasselbe Rechtsgeschäft bezieht. Das bedeutet, dass immer dann, wenn ein einzelner Vertreter von Umständen, die ein anderes Rechtsgeschäft betreffen, Kenntnis erlangt, sein Wissen nicht mit jenem der anderen Vertreter zusammenzurechnen ist. Die Zusammenrechnung von unterschiedlichen Personen bekannten Umständen erfolgt also nur in Hinblick auf ein Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluss diese Personen befugt sind.

e) Wissenszurechnung durch Anscheinsvollmacht

Das ABGB erkennt unter der Bezeichnung „stillschweigende Bevollmächtigung“ in den § 1027ff eine Vertretungsmacht *kraft* eines bestimmten Verhaltens an. Grundsätzlich wird hier von dem Gedanken ausgegangen, dass durch ein bestimmtes Verhalten des Vertretenen einem Vertreter Vertretungsmacht eingeräumt wird, ohne dass die Voraussetzungen des § 863 ABGB gegeben sein müssen.²²¹ Neben den gesetzlich normierten Sondertatbeständen, wie die Verwaltervollmacht nach § 1029 ABGB, die Ladenvollmacht nach §§ 1027, 1030f ABGB und den anderen Fällen nach § 1032f ABGB, wurde von der Lehre auch eine tatsächlich nicht durch rechtsgeschäftlichen Willen zustande gekommene Vollmacht, nämlich die Anscheinsvollmacht, entwickelt.²²² Die Anscheinsvollmacht soll den Dritten schützen, der im Vertrauen auf den Schein, der für eine Vollmacht gesprochen hat, eine Handlung gegenüber dem scheinbar Bevollmächtigten gesetzt hat. Der Schein soll überdies gegen jene Person wirken (also den scheinbar Vertretenen), der diesen Schein verursacht und gesetzt hat.

²²¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 205.

²²² *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht (1906) 79ff.

Geschützt wird durch die Anscheinsvollmacht das Vertrauen des Dritten auf einen äußeren Tatbestand. Der scheinbar Vertretene muss sich im rechtsgeschäftlichen Bereich also die Konsequenzen aus einem von ihm gesetzten Rechtsschein auferlegen lassen. Der Vertrauensschutzgedanke ist im rechtsgeschäftlichen Bereich vorherrschend, könnte aber auch in anderen, rechtsgeschäftsähnlichen Bereichen von Bedeutung sein.

Wie *Welser*²²³ aufzeigt, hat die Anscheinsvollmacht als solche im Gesetz keine Grundlage. Dem äußeren „Schein“ kommt in Zusammenhang mit den Problemstellungen im Bereich der Willenserklärungen bezüglich der Äußerungstheorie, Willenstheorie und Vertrauenstheorie Bedeutung zu, so auch im Vollmachtsrecht. Zumal der rechtsgeschäftliche Akt der Vollmachtserteilung gegenüber dem Vertreter, aber auch gegenüber dem Dritten bekannt gemacht werden kann, existiert entweder eine interne oder eine „öffentliche“ Bevollmächtigung. Wenn nun eine interne Bevollmächtigung vorliegt, so ist deren Inhalt dem Dritten nicht zugänglich, da ihm der Inhalt der Willenserklärung, die der Gewaltgeber dem Vertreter gegenüber abgibt, nicht zugänglich. Er ist also auf die Offenlegung der Vollmacht durch den Vertreter angewiesen, oder auf andere äußere Umstände, die die Vollmacht vermuten lassen. In Hinblick darauf erscheint der Dritte besonders schutzwürdig. Daher hat sich in der Lehre und Rechtsprechung die Ansicht durchgesetzt, zugunsten des Dritten das Vorliegen einer Vollmacht anzunehmen, wenn dieser bei der Prüfung des Sachverhaltes sorgfältig vorgegangen ist und wenn besondere Gründe vorliegen, die eine Zurechnung des Tatbestandes an den Vertretenen rechtfertigen.²²⁴ Es muss somit ein durch das Verhalten des Geschäftsherrn zurechenbar veranlasster, bestimmter Sachverhalt vorliegen, der objektiv dazu geeignet ist, im Dritten den begründeten Glauben an die Berechtigung des Vertreters zum Abschluss des beabsichtigten Geschäfts zu erwecken.²²⁵ Die Voraussetzungen dieser Formel müssen jedoch mit aller Strenge geprüft werden, da sie die Gefahr von Scheinbegründungen in sich birgt.²²⁶

²²³ Äußerer Tatbestand, Duldung und Anschein im Vollmachtsrecht, JBl 1989, 1ff.

²²⁴ *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 211ff.

²²⁵ OGH 22.10.2001, 1 Ob 49/01i = SZ 74/177.

²²⁶ OGH 29.04.1997, 10 Ob 119/97s in MietSlg 49.083.

Die vielseitige und reichhaltige Judikatur handelt in den meisten Fällen von Auflösung oder Abschluss von Verträgen mit dem „Anscheinsbevollmächtigten“: Auflösung eines Arbeitsverhältnisses durch den Anscheinsbevollmächtigten,²²⁷ Abschluss eines Werkvertrages durch den Anscheinsbevollmächtigten,²²⁸ aber auch faktische Handlungen, die eine Rechtswirkung auslösen, wie etwa die Entgegennahme von Zahlungen des Zessus durch den Zedenten, der die Zahlungen an den Zessionar weiterleitet.²²⁹ Immer dann, wenn nun die oben dargestellte Formel „genügend erfüllt“ ist und daher eine Anscheinsvollmacht tatsächlich vorliegt, ist das jeweilige Geschäft für den scheinbar Vertretenen wirksam.

Fraglich ist nun, ob die Anscheinsvollmacht Basis für eine Wissenszurechnung sein kann. In welchem Umfang könnte das Wissen des Anscheinsbevollmächtigten dem scheinbar Vertretenen zuzurechnen sein?

Sicherlich ist bei Vorliegen einer Anscheinsvollmacht zumindest jenes Wissen zuzurechnen, dass in jenen Bereich gehört, für den die Anscheinsvollmacht besteht. Schließlich ist auch das vom Anscheinsbevollmächtigten geschlossene Rechtsgeschäft gültig, daher spricht auch nichts dagegen, den Geschäftsherrn, zumal er den Schein einer Vollmacht verursacht hat, mit dem Wissen des Anscheinsbevollmächtigten „zu belasten“.

Der für die Wissenszurechnung relevante Grundgedanke der Risikovergrößerung für den Dritten durch Wissensaufspaltung auf Seiten des Geschäftspartners aufgrund des Einsatzes von Gehilfen ist naturgemäß auch bei der Anscheinsvollmacht maßgeblich. Hier „sucht“ sich der Geschäftsherr zwar seinen Gehilfen nicht mittels rechtsgeschäftlichen Akt (Erteilung von Vertretungsmacht) aus, aber er bewirkt durch sein Verhalten einen der Erteilung der Vertretungsmacht ähnlichen Zustand.

²²⁷ OGH 29.04.1992 9 Ob A 37-39/92 in WBI 1992, 301 = Arb 11.023.

²²⁸ SZ 36/35.

²²⁹ OGH 17.11.1982, 3 Ob 619/82.

*P. Bydlinski*²³⁰ spricht sich für die Zurechnung einer Wissenserklärung eines Bankangestellten kraft Anscheinsvollmacht aus, auch wenn diese Wissenserklärung den internen Zuständigkeitsbereich des Bankangestellten überschreitet. Sofern der Dritte darauf vertrauen konnte, dass der Bankangestellte für den entsprechenden Fall zuständig sei, könne die Wissenserklärung der Bank zugerechnet werden. Im gegenständlichen Fall hatte der Bankangestellte gegenüber dem Beklagten, der der Bank ein Angebot zur Übernahme einer Bürgschaft gemacht hatte, die Erklärung abgegeben, dass der Schuldner den Kredit zurückbezahlt habe und daher der Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht mehr von Nöten sei. Die Rechtsnachfolgerin der Bank wollte den Beklagten aus seiner Bürgschaft in Anspruch nehmen, woraufhin der Beklagte einwendete, dass das Angebot zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages nie angenommen worden sei.

Zur Frage, ob beim Anscheinsbevollmächtigten auch das private Wissen zurechenbar sein kann, ist meiner Ansicht nach auf die Ausführungen zum Verhandlungsgehilfen von *Iro*²³¹ zu verweisen. Beim Gehilfen, der zwar keine Vertretungsmacht inne hat, jedoch in überwiegender Weise oder ausschließlich mit dem Geschäftsabschluss befasst ist, ist auch das private Wissen zuzurechnen. So sollte auch beim Anscheinsbevollmächtigten, wenn er in jenem Bereich, für den der Schein der Vollmacht durch das Verhalten des Vertretenen hervorgerufen wird, überwiegend selbstständig tätig ist, das private Wissen zuzurechnen sein.

2. Die Wissenszurechnung beim Verhandlungsgehilfen

Der Verhandlungsgehilfe ist eine Hilfsperson, die im Allgemeinen über keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt, aber den Geschäftsherrn bei der Vertragsanbahnung bzw bei den Vertragsverhandlungen faktisch vertritt. Hinsichtlich des Bestehens einer „Verhandlungsvollmacht“ kennt die Literatur jedoch unterschiedliche Lösungen: Die eine Richtung erkennt sie an,²³² wobei

²³⁰ Glosse zu OGH 07.02.1989, 1 Ob 709/88 in ÖBA 1989/179.

²³¹ JBl 1982, 517ff.

²³² Siehe Nachweise bei *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht 104 und *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 86.

auch der OGH²³³ schon einmal vom Vorliegen einer Verhandlungsvollmacht ausgegangen ist, indem er davon spricht, dass „*B befugt war, Verträge abzuschließen, nicht aber die abgeschlossenen Verträge zu unterschreiben*“. Andererseits bezeichnet der OGH in SZ XIX/91 einen Beauftragten, der einen Kaufvertrag vorzubereiten hatte und die Kaufverhandlungen bis zum Abschluss führte, als „Stellvertreter“, obwohl er zum Vertragsabschluss nicht befugt war.

Andere lehnen die Figur der Verhandlungsvollmacht ab,²³⁴ da die Vollmacht eben nur für die Zurechnung von rechtsgeschäftlichem Verhalten geschaffen sei und es sich beim Aufnehmen von Verhandlungen vor dem Geschäftsabschluss um einen bloßen Realakt²³⁵ handle. Die überwiegende Ansicht scheint jedoch nicht von einer *Verhandlungsvollmacht* auszugehen und erkennt auch die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn in beiden Fällen, nämlich mit oder ohne Vollmacht des Verhandlenden (also des Gehilfen des Geschäftsherrn), im Falle von schuldhaften Schadenszufügungen an.

Die Problematik der Zurechnung des Verhandlungsgehilfen wurde in der Literatur auch in Zusammenhang mit der Herbeiführung von Willensmängeln beim Vertragsabschluss durch einen Dritten diskutiert, da das ABGB nämlich vorsieht, dass im Falle der Herbeiführung eines Willensmangels durch einen Dritten im Sinne des § 875 ABGB der Vertrag nicht anfechtbar ist, es sei denn, der Vertragspartner des Irrenden hat an der Handlung des Dritten teilgenommen oder offenbar von ihr wissen müssen.²³⁶

Der Verhandlungsgehilfe des Geschäftsherrn ist nicht Dritter iSd § 875 ABGB und ist gem der Wertung des § 1313a ABGB dem Geschäftsherrn zurechenbar.²³⁷

²³³ JBl 1968, 567 (568).

²³⁴ *Ballerstedt*, AcP 151, 508.

²³⁵ Auch *Canaris*, NJW 1964, 1987.

²³⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 169.

²³⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 169 FN 171.

a) Österreichische Judikatur²³⁸ zum Begriff

Für eine Haftung des Geschäftsherrn für seinen Verhandlungsgehilfen kommt es darauf an, dass der Geschäftsherr seinen Gehilfen als „Mann seines Vertrauens“²³⁹ zur Verfolgung seiner eigenen Interessen herangezogen hat. Dies wurde beispielsweise bejaht: bei dem Vertreter einer GmbH, der unrichtige Angaben über die Beschaffenheit einer Kaufsache machte;²⁴⁰ bei einem Anwalt des Gemeinschuldners, der durch listige Verschweigung der Konkursöffnung einen Dritten zu einer Ablösezahlung zwecks Aufgabe der Mietrechte veranlasste;²⁴¹ bei einem Betriebsratsobmann, der im Auftrag der Bank Kreditanträge der Beschäftigten hereinzunehmen und zu überprüfen hatte;²⁴² bei einem Schuldner, der sich um die Sicherung einer alten Schuld durch Erweiterung einer schon bestehenden Bürgschaft bemühte.²⁴³ Beim Finanzierungsleasing wurde der Lieferant als Gehilfe des Finanzierers angesehen, da er die Kunden zur Ausfüllung der Kreditformulare veranlasste und diese für die Bank übernahm.²⁴⁴

Besonders brisant wurde die Diskussion über die Zurechnung und Qualifikation des Verhandlungsgehilfen im Zusammenhang mit dem in Österreich bekannten WEB – Skandal diskutiert. Auf diesen Fall soll im Folgenden näher eingegangen werden – an diesem Beispiel soll dann die Herausarbeitung einer Lösung für die Zurechnung der Kenntnis des Verhandlungsgehilfen an den Geschäftsherrn erfolgen. Es kommt zunächst eine genauere Darstellung des Grundsachverhaltes, der bei allen Entscheidungen des OGH zu WEB ähnlich war. Wenn besondere Sachverhaltsvarianten die Zurechnungsfrage entscheidend beeinflussen, wird naturgemäß darauf hingewiesen.

²³⁸ Vgl die Übersicht bei *Wilhelm*, *ecolex* 1990, 15.

²³⁹ SZ 44/59.

²⁴⁰ SZ 56/135.

²⁴¹ SZ 52/22.

²⁴² OGH 14.07.1988, 6 Ob 617/88 in HS 18.627 = WBl 1989, 19 (mit Anm. *Wilhelm*) = RdW 1988, 449 = ÖBA 1989, 176.

²⁴³ SZ 44/59.

²⁴⁴ SZ 58/183.

b) Sachverhalt WEB:

Grundsachverhalt:²⁴⁵

Der private Investor **I** erwirbt eine (stille) Beteiligung an der (bereits insolventen) Gesellschaft **A**. Die Bank **B** ist an der Kreditvergabe für die Finanzierung der Beteiligungskäufe interessiert (bankinterne Strategie, Erweiterung des Privatkreditvolumens etc) und beschließt nach Kontaktaufnahme mit der Gesellschaft **A**, dass sie die Beteiligungskäufe finanziert, soweit sich ein privater Investor mit entsprechender Bonität präsentiert. Der Verkauf der Beteiligungen (genannt: Hausanteilsscheine) wird von der **IV-AG**, einem Tochterunternehmen jenes Konzerns („Bautreuhand-IMMO“), dem auch die Gesellschaft **A** angehört,²⁴⁶ organisiert. Der Vertreter **V** der **IV-AG**, der mit dem Vertrieb befasst ist, legt auch sämtliche Formulare der Bank **B** vor und füllt das Kreditantragsformular gemeinsam mit dem Investor **I** aus. **V** sichert dem Investor **I** zu, dass das Geschäft risikolos sei, nicht aber, dass **I** nie persönlich haften müsse.

Beachtlich ist, dass die Bank zur Finanzierung der Beteiligung regelmäßig außerordentlich „billige“ Kredite vergibt und die Kreditkonditionen in Form von „Zensurrichtlinien“ so ausgestaltet, dass die Einkommensuntergrenzen für die Kreditgewährung so niedrig angesetzt werden, dass praktisch jeder Interessent sie erfüllen kann. Die Bank tritt beim Vertrieb der Kredite nicht selbst in Erscheinung, sondern die ausgefüllten Kreditformulare werden von **V** der Bank weitergeleitet.

I erwirbt eine solche Beteiligung, der Kredit der Bank **B** ist besonders günstig.

Im selben Jahr wird über das Vermögen der Gesellschaft **A** der Konkurs eröffnet. Die Bank **B** stellt den Kredit fällig.

Variante 1:²⁴⁷

Der Grundsachverhalt ist gleich wie oben, nur ist die B-Bank hier gleichzeitig auch Kreditgeberin der (insolventen) Unternehmensgruppe Bautreuhand

²⁴⁵ OGH 15.06.1988, 1 Ob 569/88 in ÖBA 1989, 901= JBl 1988, 723 = RdW 1988, 419; OGH 30.06.1994, 6 Ob 600/94 in ÖBA 1995, 51 (Anm. *Apathy*).

²⁴⁶ Hier gibt es auch die Variante, dass die IV-AG eine 100%-ige Tochter der A-GmbH ist. Im Ergebnis kein Unterschied, da die wirtschaftliche Zuordnung (= „Bautreuhand-IMMO“) in jedem Fall gleich zu beurteilen ist.

²⁴⁷ OGH 17.04.1994, 8 Ob 649/93 in ÖBA 1995, 146 (Anm. *Koziol*)= *ecolex* 1994, 749.

IMMO, in die (über die Beteiligung an der A-GmbH) investiert wurde. Vertrieben wurden die Hausanteilsscheine wiederum durch die IV-AG, deren Vermögensberater Kreditformulare der C-Bank zur Verfügung stellten.

Variante 2:²⁴⁸

Der Sachverhalt lautet auch hier wie oben, nur hat der Direktor der finanzierenden Bank auf einer Veranstaltung das Produkt „Hausanteilsscheine“ beworben und hat daher am Vertrieb der Hausanteilsscheine teilgenommen. Diese Variante ist zwar für die Wissenszurechnung selbst bedeutungslos, wurde aber vom OGH als Voraussetzung für einen Einwendungsdurchgriff in einem solchen Fall „neu aufgestellt“, weswegen ich sie hier der Vollständigkeit halber angeführt habe.

In der Auseinandersetzung des OGH mit diesem Sachverhalt kamen mehrere zentrale Fragen auf, die, sofern sie nicht unmittelbar eine Wissenszurechnung betreffen, nur am Rande erörtert werden sollen.

Der OGH hatte zunächst über einen Einwendungsdurchgriff gegen die Bank zu entscheiden. Durch die dem drittfinanzierten Kauf ähnliche Ausprägung des Sachverhaltes war insb fraglich, ob der Bank Einwendungen aus dem Vertrag über die Beteiligung an der A-GmbH entgegen gehalten werden konnten.

Außerdem stellte sich die Frage, ob der Anlageberater der IV-AG als Verhandlungshelfer der Bank qualifiziert werden konnte, und wenn ja, ob und

²⁴⁸ OGH 29.03.1994, 1 Ob 599/93 in ÖBA 1994, 558. Hier handelt es sich um die Hausanteilsscheine der Serie 8/II (Vereinbarung und Rückkaufsverpflichtung der Unternehmensgruppe WEB GmbH, wobei dem Investor ein Rückkaufspreis in der Höhe von 150 % des Ausgabepreises in Aussicht gestellt wurde.)

Der Vorstandsdirektor der Bank B bewarb mit Anlageberatern (IV AG), die der Bautreuhand-Immo zuzurechnen waren, die Risikobeteiligung mit Steuervorteilen und betonte, Kredite zum Zwecke der Finanzierung dieser Beteiligungen zur Verfügung zu stellen. Bei der Werbung für die Beteiligungen war auch der Geschäftsführer der Anlageberatung A zugegen, der die Informationen an seine Mitarbeiter weitergab, die durch ein Formular autorisiert waren, im Namen der Bank B Kreditverträge abzuschließen.

inwieweit er dadurch der Bank zuzurechnen war. Die Frage der Wissenszurechnung des Anlageberaters an die Bank wurde vom OGH bis auf wenige Ausnahmen fast nicht aufgegriffen, da meistens die Beweislage hinsichtlich des Wissensstandes des Anlageberaters unzureichend war, um eine entsprechende Behauptung ausführlich zu diskutieren.

Im Folgenden soll eine kurze Übersicht über die diskutierten Anspruchsgrundlagen gegeben werden, um dann im Besonderen auf die Wissenszurechnung des Anlageberaters der IV-AG zur Bank einzugehen.

c) Anspruchsgrundlagen

Dass der Investor I gegen die insolvente Konzerngruppe Bautreuhand-Immo ein Recht auf Anfechtung bzw Anpassung des Vertrages wegen Irrtums, Gewährleistungsrechte sowie Schadenersatzansprüche, etwa wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung hatte, versteht sich von selbst. Naturgemäß war der Wert dieser Ansprüche verschwindend, da die Schuldnerin im gegenständlichen Fall Konkurs anmelden musste und zahlreichen Gläubigern gegenüber stand.

Daher stellte sich für I die Frage, ob gegen die von der Bank erhobenen Ansprüche betreffend die Kreditrückzahlung Einwendungen aus dem Beteiligungsvertrag erhoben werden konnten.

Als Basis für Ansprüche gegen die Bank war einerseits zu prüfen, ob auch bei Beteiligungsfinanzierungen der Einwendungsdurchgriff gem § 18 KschG geltend gemacht werden kann, und andererseits, ob (i) der Kreditvertrag zwischen B und I gültig zu Stande gekommen ist (insb in Hinblick auf Dissens),²⁴⁹ (ii) I den Kreditvertrag wegen Vorliegen eines Geschäftsirrtums,

²⁴⁹ Zumal der Anlageberater jedenfalls Empfangsbote der Bank ist, gehen die Erklärungen Investors I der Bank jedenfalls so zu, wie sie der Empfangsbote entgegennimmt, siehe *ecolex* 1994, 452 (*Wilhelm*); *ecolex* 1993, 664; *ecolex* 1994, 76 (*Graf*). Die Problematik wurde dann auf die Frage, was denn Inhalt der Vereinbarung geworden sei, verlagert. Da dies eine Frage ist, die die Auslegung von Willenserklärungen betrifft, soll hier nicht näher darauf eingegangen werden.

der das Wesen der erworbenen Beteiligung betrifft, oder Arglist, anfechten konnte und (iii) I gegen die Bank Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der Aufklärungspflicht gehabt hätte.

Die Frage nach einer Wissenszurechnung kann für eine Bejahung aller Anspruchsgrundlagen (i) bis (iii) immanent sein:

Für das Vorliegen eines Dissenses bedarf es zweier nicht übereinstimmender Willenserklärungen. Der Vertreter V der IV-AG (also der Anlageberater) kann selbst keine gültige Willenserklärung abgeben, ist aber hinsichtlich der Willenserklärung des I Empfangsbote der Bank. Das bedeutet, dass die Erklärung der Bank so zugeht, wie sie dem Empfangsboten gegenüber abgegeben wurde und sie dieser verstanden hat.²⁵⁰ Die Gefahr, dass der Bote die Willenserklärung richtig versteht, liegt beim Erklärenden – also in unserem Fall I. Was ist nun, wenn der Empfangsbote über den Inhalt und den Hintergrund besser Bescheid weiß, als der Erklärende und es für den Empfangsboten selbst (aufgrund seiner eigenen Information) erkennbar ist, dass der Inhalt der Erklärung des I nur dann so gemeint ist, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind, von deren Fehlen I keine Kenntnis hat? In welcher Form geht dann die Erklärung der Bank zu? Kann es eine „inhaltliche Anreicherung einer Erklärung“ in einem Fall, in dem der Empfangsbote gleichzeitig Verhandlungsführer und Anlageberater ist, geben?

Die zweite Fragestellung bezieht sich auf den Vertreter V in seiner Funktion als Verhandlungsgelhilfe ohne Abschlussvollmacht. Ist die Verursachung des Irrtums bzw das Offenbar-auffallen-Müssen des Irrtums des I hinsichtlich der Eigenschaft der erworbenen Beteiligung und des dafür vereinbarten Kredites der Bank zuzurechnen? In Zusammenhang mit der Problematik des Offenbar-auffallen-Müssens ist fraglich, welcher Erkenntnishorizont hier gemeint ist: Jener des Gehilfen, oder jener der Bank?

²⁵⁰ Siehe weitere Nachweise unter VII.A.1.

Die dritte Anspruchsgrundlage wäre ebenso durch eine Wissenszurechnung zu begründen, wenn man davon ausgeht, dass der Anlageberater vom Zustand des Unternehmens, dessen Beteiligungen er vertritt, Bescheid weiß. Rechnet man das Wissen des Anlageberaters (auf der Basis seiner Eigenschaft als Verhandlungsgehilfe) der Bank zu, so könnte man der Bank den Vorwurf machen, dass sie ihre Aufklärungspflichten verletzt hätte und so zu einem Schadenersatzanspruch gegen sie gelangen.

Im Zuge der folgenden Darstellung über die Lösung(en) des OGH zu dieser Problematik wird sich zeigen, dass der OGH eine solche Zurechnung schon deshalb verneint, weil es sich im gegenständlichen Fall um Risikobeteiligungen handelt und daher nach Ansicht des OGH eine *Einwendung* gegenüber der Bank B *aus dem Beteiligungsvertrag* ohnehin nicht möglich ist.

Die Fragestellung hinsichtlich der möglichen Einwendungen, die der Bank B entgegen gehalten werden könnten, muss, wie von *Reidinger*²⁵¹ präzisiert und getrennt werden: (i) Können auch Unternehmer den Einwendungsdurchgriff nach § 18 KschG geltend machen? (ii) Können auch bei anderen Vertragstypen²⁵² Einwendungen, die gegenüber dem Unternehmer entstanden sind, den Anspruch der Bank „vernichten“? Zum daraus folgenden Meinungsstreit siehe sogleich Kapitel e); zumal die gesamte Judikatur sowie der Großteil der Literaturbeiträge vom Thema „Einwendungsdurchgriff“ beherrscht waren, wurde eine (direkte) Wissenszurechnung des (möglicherweise auch privaten) Gehilfenwissens nicht, oder nur am Rande, thematisiert. Zumal im Zuge der Verhandlungen von den Gerichten keine Feststellungen hinsichtlich des tatsächlichen Gehilfenwissens gemacht wurden, muss hier davon ausgegangen werden, dass die Gehilfen selbst von der wirtschaftlichen Lage des WEB – Konzerns informiert waren. Wenn man dieses Sachverhaltselement abändert, würde man eventuell trotzdem zu einer Wissenszurechnung gelangen, da die Anlageberater selbst möglicherweise als

²⁵¹ Der Meinungsstreit zur Drittfinanzierung, JAP 1994/95, 101.

²⁵² Zumal § 18 KschG unmittelbar nur für in § 16 KschG definierte Abzahlungsgeschäfte. Hier ist die Grundfrage also, ob § 18 auch für Verträge über Gesellschaftsbeteiligungen gilt.

„unwissendes“ Werkzeug der IV-AG (bzw in weiterer Folge des WEB-Konzerns) fungierten.

d) Entscheidungen des OGH

In der zum gegenständlichen Sachverhalt vorliegenden Judikatur wurde zwar durchgängig die Eigenschaft des Anlageberaters als Verhandlungsgehilfe der Bank bejaht.²⁵³ Da aber die Beweisergebnisse in den Verfahren nicht über das tatsächliche Wissen der als Verhandlungsgehilfen fungierenden Anlageberater Auskunft zu geben vermochten,²⁵⁴ wurde eine Wissenszurechnung der Anlageberater an die Bank nur am Rande diskutiert.

Grundsätzlich ist einhelliger Tenor der Entscheidungen,²⁵⁵ dass eine Anfechtung des Kreditvertrages ohnehin nicht möglich sei, da die Bank als „bloßer Finanzierer“ aufgetreten sei und mit dem Vertrieb der Beteiligungen nichts zu tun gehabt habe. Die Bank hätte also zusätzlich zur wirtschaftlichen Einheit einen Vertrauenssachverhalt²⁵⁶ schaffen müssen, der nach Meinung des OGH eine Anfechtung durch Einwendungen aus dem Beteiligungsverhältnis gerechtfertigt hätte. Die wirtschaftliche Einheit zwischen Bank und Beteiligungsgesellschaft wurde zwar bejaht, jedoch wurde in Hinblick auf einen Durchgriff vom OGH einfach eine zusätzliche Voraussetzung

²⁵³ So etwa in OGH 25. 4. 1995, 1 Ob 540/95 in ÖBA 1995/499; OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2005/96 in ÖBA 1996/588; OGH 3. 10. 1990, 1 Ob 591/90 in ÖBA 1991, 293; OGH 29. 3. 1994, 1 Ob 599/93 in ÖBA 1994/441.

²⁵⁴ Im Zuge der Verfahren wurden derartige Beweisanträge offensichtlich nicht gestellt, da sich die Anleger durchgängig auf den Einwendungsdurchgriff als Anfechtungsgrundlage beriefen und die Möglichkeit einer Wissenszurechnung der Anlageberater möglicherweise übersehen wurde. Daher finden sich in den zitierten E regelmäßig keine Auskünfte über den tatsächlichen Wissensstand der Anlageberater.

²⁵⁵ OGH 29. 3. 1994, 1 Ob 599/93 in ÖBA 1994, 558 (Anm *Apathy*); OGH 14. 7. 1994, 8 Ob 649/93 in ÖBA 1995, 146 (Anm *Koziol*); OGH 30. 6. 1994, 6 Ob 600/94 in ÖBA 1995, 51 (Anm *Apathy*); OGH 29. 8. 1995, 5 Ob 562/94 in ÖBA 1996, 228; OGH 25. 4. 1995, 10 Ob 510/95 in ÖBA 1995, 969 (Anm *Jabornegg*).

²⁵⁶ Meiner Ansicht ist dieser Vertrauenssachverhalt schon allein dadurch geschaffen, dass die Bank die Kredite an praktisch jedermann vergab und die Kreditzinsen außerordentlich niedrig waren. Die Investoren sahen sich nicht zuletzt auf Grund der Freigiebigkeit der Banken in einer sicheren Position und besicherten die Kredite mit eigenen Vermögenswerten wie beispielsweise privaten Lebensversicherungen. Daher erscheint die Argumentation des OGH formal, da es wenig Unterschied macht, ob die Bank *aktiv* Werbung (im Sinne einer Werbveranstaltung oder Plakaten) macht oder aber *faktisch*, indem sie keinerlei Restriktion in der Vergabe von Krediten praktiziert.

geschaffen, ohne die eine Haftung der Bank nicht möglich sein hätte sollen: Die Bank hätte nur zur Haftung herangezogen werden können, wenn sie sich selbst am Vertrieb bzw der Werbung für die Beteiligungsverträge beteiligt hätte.

Diese Argumentation zielt darauf ab, dass, sogar wenn eine Rechtsgrundlage für eine Vertragsaufhebung oder einen Anspruch auf Schadenersatz gefunden werden könnte, eine solche Einwendung *inhaltlich* nicht der Bank entgegengehalten werden könne, da es sich eben nicht um einen Willensmangel betreffend das Kredit-, sondern das Beteiligungsverhältnis handelt.

e) Zu den Einwendungen gegen die Bank aus der wirtschaftlichen Einheit

Der Einwendungsdurchgriff iSd § 18 KSchG ist ein rechtstechnisches Instrument, das in Fällen eines drittfinanzierten Kaufes bei Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit dem Verbraucher ermöglicht, Einwendungen aus dem Kaufvertrag dem Geldgeber entgegenzuhalten. Dieses Werkzeug wurde geschaffen, um der Einheit der beiden Vertragsverhältnisse (also Kauf- und Finanzierungsvertrag) gerecht zu werden und dem Käufer zu ermöglichen, entgegen dem im Zivilrecht verankerten Grundsatz, dass dem Vertragspartner nur Einwendungen aus dem eigenen Vertragsverhältnis mit ihm entgegengehalten werden können, beide Verträge zu beseitigen, auch wenn der Grund dafür *inhaltlich* nur eines der beiden Vertragsverhältnisse betrifft.

Schon *F. Bydlinski*²⁵⁷ hat erkannt, dass der Finanzierer für durch den als Verhandlungshelfen eingesetzten Unternehmer verursachte Irrtümer, Täuschungen oder Arglist auch dann einstehen muss, wenn er nichts davon wusste. *Bydlinski* befürwortet bei der Konstellation des drittfinanzierten Kaufes

²⁵⁷ Klang IV/2², 440.

die Auswirkung der Einwendungen des Kaufvertrages auf das Kreditverhältnis, da diese eine wirtschaftliche Einheit bilden.²⁵⁸

Auch *F. Hoyer*²⁵⁹ hat nachgewiesen, dass die Vertragsverhältnisse beim drittfinanzierten Kauf nicht in getrennter Weise nebeneinander, sondern im Synallagma zueinander stehen. Der Abschluss des Kaufvertrages ist die *conditio sine qua non* für den Abschluss des Kreditvertrages und umgekehrt. Das Aufspaltungsrisiko, vor dem typischerweise der § 18 KSchG bewahren soll, bestand schon vor der Schaffung des Konsumentenschutzrechtes. Nach der hM (*Wilhelm*,²⁶⁰ *Reidinger*,²⁶¹ *Welser*,²⁶² *P. Bydlinski*,²⁶³ *Koch*²⁶⁴ und nicht zuletzt der OGH²⁶⁵) können auch Unternehmer den Einwendungsdurchgriff geltend machen. § 18 KschG liegt sohin ein zivilrechtliches Grundprinzip zugrunde. Besteht also auf der Seite des Verkäufers und des Finanzierers eine wirtschaftliche Einheit, so müssen diese beiden Teile sich vom Käufer wie ein einziger Vertragspartner behandeln lassen. Überdies weist *Reidinger*²⁶⁶ darauf hin, dass in der RV²⁶⁷ zum BG, mit dem das KschG geändert wurde, ausgesprochen wurde, dass *„...Lehre und Rechtsprechung geben dem Darlehensnehmer einen derartigen Einwendungsdurchgriff ohnedies und unabhängig von § 18 und über diesen hinaus (etwa auch Darlehensnehmern, die Unternehmer sind); dieser sich schon aus allgemeinen zivilrechtlichen Regeln ergebende Einwendungsdurchgriff wurde weder durch § 18 noch durch...eingeschränkt.“* Wie *Hoyer* in seiner Theorie des Synallagmas darlegt, hat daher durch die Leistungsverknüpfung der beiden Verträge eine Anfechtbarkeit des Kaufvertrages wegen Irrtum, List oder Zwang die Anfechtbarkeit des Kreditvertrages zur Folge. So auch das

²⁵⁸ Nach dieser Ansicht ist die Einwendung immer dann, wenn eine wirtschaftliche Einheit vorliegt, möglich – dies wird als allgemeiner zivilrechtlicher Grundsatz gesehen; § 18 KSchG ist nur ein Ausdruck dieses Grundsatzes.

²⁵⁹ Der Einwendungsdurchgriff beim drittfinanzierten Kauf 47.

²⁶⁰ Allgemeiner Einwendungsdurchgriff beim finanzierten Kauf, *ecolex* 1994, 86, 380 u 449.

²⁶¹ JAP 1994/95, 101.

²⁶² Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 460f

²⁶³ Zur Drittfinanzierung stiller Gesellschaftsbeteiligungen, JBl 1988, 210

²⁶⁴ *ecolex* 1993, 663

²⁶⁵ JBl 1986, 307ff; JBl 1989, 786f sowie in *ecolex* 1993, 662f.

²⁶⁶ JAP 1994/95, 101.

²⁶⁷ 809 BlgNR 18.GP 7.

Leistungsverweigerungsrecht bei Ausbleiben der Leistung und Gewährleistungsansprüche.

*Koziol*²⁶⁸ möchte dahingegen nach allgemeinem Zivilrecht nur die Auflösung nach der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne *Piskos* zulassen. Er meint, das formale Kriterium der wirtschaftlichen Einheit sei nicht entscheidend. Für die Aufhebung der Verträge sei maßgeblich, ob die Parteien nach dem Vertragsinhalt die Gültigkeit des jeweils anderen Vertrages als Geschäftsgrundlage vorausgesetzt haben.²⁶⁹

Hinsichtlich des WEB-Sachverhaltes möchte ich festhalten, dass der OGH in seinen Entscheidungen durchwegs eine wirtschaftliche Einheit iSd § 18 KschG bejaht, jedoch einen Einwendungsdurchgriff abgelehnt hat. Dies mit der Begründung, dass es sich im gegenständlichen Fall um ein risikoträchtiges Geschäft²⁷⁰ handle und daher ein Einwendungsdurchgriff gegen die Bank nicht gerechtfertigt sei, außer die Bank hätte sich am Vertrieb der Beteiligungen selbst aktiv beteiligt.²⁷¹ Der OGH hat schlichtweg ein zusätzliches Kriterium für die Anwendung des Einwendungsdurchgriffs beim Erwerb von risikoträchtigen Beteiligungen aufgestellt.

Dem ist mit *Graf*,²⁷² und *Reidinger*²⁷³ deshalb nicht zu folgen, als hier die Begründung, die Bank hätte sich am Vertrieb der Beteiligungen mitwirken müssen, an der relevanten Fragestellung vorbei geht. Nach der auch vom OGH richtig getroffenen Feststellung, dass auch Unternehmer den

²⁶⁸ ÖBA 1989, 208, 212.

²⁶⁹ Siehe dazu genau *Hoyer*, Einwendungen zum drittfinanzierten Kauf 37; und widerlegend *Reidinger*, JAP 1994/95, 104.

²⁷⁰ Die Argumentationslinie, die sich in den Entscheidungen des OGH durchwegs liest, stammt aus einem Gutachten von *P.Bydlinski*, veröffentlicht in JBl 1988, 205. Es soll hier nicht genauer darauf eingegangen werden, da sich die Arbeit mit der hier wesentlichen Frage der Wissenszurechnung nicht befasst.

²⁷¹ So grundsätzlich OGH 15. 6. 1988, 1 Ob 569/88 in ÖBA 1989/173; diesem Tenor folgend OGH 20. 2. 1991, 11 Os 87/90 in ÖBA 1991/293; OGH 14. 7. 1994, 8 Ob 649/93 in ÖBA 1995/473; OGH 25. 4. 1995, 1 Ob 540/95 in ÖBA 1995/499; OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2005/96 in ÖBA 1996/588.

²⁷² Einwendungsdurchgriff bei drittfinanzierter Vermögenslage, *ecolex* 1990, 9ff; *derselbe*, Neues zur drittfinanzierten Vermögenslage, *ecolex*, 1991, 591.

²⁷³ JAP 1994/95, 106, 166ff.

Einwendungsdurchgriff geltend machen können, sofern ihnen bei wirtschaftlicher Einheit zwischen Verkäufer und Geldgeber ersterem gegenüber Einwendungen zustehen, lautet die relevante Frage, ob der Einwendungsdurchgriff auch für (riskante) Geschäfte wie der Zeichnung von Beteiligungen an einem Unternehmen anwendbar sein kann. Der Verneinung von Einwendungen bei „riskanten“ Anlageverträgen durch den OGH ist natürlich in Fällen zuzustimmen, in denen es an einer Einwendung selbst fehlt, und etwa zu einer gesetzlich angeordneten Nachschusspflicht kommt.²⁷⁴ Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Einwendungsdurchgriffes bei einem (drittfinanzierten) Beteiligungsvertrag ist *Graf*²⁷⁵ und *Reidinger*²⁷⁶ zu folgen, die darauf hinweisen, dass die Regelung des § 26c KschG auf den Analogiebereich des § 18 KschG keine Einschränkung zur Folge hat und die § 18 KschG tragenden Prinzipien durchaus die analoge Anwendung der Bestimmung auf „riskante“ Gesellschaftsbeteiligungen rechtfertigen.

Darüber besteht nach *Reidinger*²⁷⁷ richtigerweise kein ersichtlicher Grund, dem Erwerber einer Beteiligung einen Einwendungsdurchgriff basierend auf List bei Abschluss des Beteiligungsvertrages zu verweigern, weil das Grundgeschäft (der Beteiligungserwerb) riskant gewesen sei. Schließlich wird auch ist auch bei Aktienkaufverträgen eine Anfechtung des Vertrages aus List erlaubt.²⁷⁸ Wie an oben zitierte Stelle richtig ausgeführt, ist davon ein Jahre später auftretender Konkurs der Gesellschaft, an der sich ein Anleger beteiligt, strikt von einem Fall der List zu trennen und kann daher auch keine Einwendung darstellen (Grundsatz: „Ohne Einwendung kein Durchgriff“).

²⁷⁴ JAP 1994/95, 167.

²⁷⁵ *ecolex* 1990, 9ff; *derselbe*, *ecolex*, 1991, 591; *derselbe*, *ecolex* 1994, 95.

²⁷⁶ JAP 1994/95, 166.

²⁷⁷ JAP 1994/95, 167.

²⁷⁸ Siehe etwa IPRE 2/54.

f) Relevanz des Vorliegens einer wirtschaftlichen Einheit für die Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen?

Geht man nun davon aus, dass der Anlageberater der IV-AG von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, dessen Beteiligungen er verkaufte, wusste, so wäre sein Wissen unabhängig von seiner inhaltlichen Zuordnung der Bank zuzurechnen gewesen, sofern er Verhandlungsgehilfe war.²⁷⁹

Wenn der Anlageberater, der der Bank beim Abschluss der Kreditverträge behilflich war, keine Informationen hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens hatte,²⁸⁰ so ist weiters zu fragen, ob nicht das *Anlageunternehmen*, das die IV-AG mit dem Vertrieb der Beteiligungen und der Herbeiführung des Vertragsabschlusses der Kreditverträge beauftragte, nicht auch als Verhandlungsgehilfe qualifiziert werden könnte. Dieser Ansatz wurde in der umfangreichen Diskussion um das Thema im Grunde nur von *Wilhelm*²⁸¹ angedacht und wird in den folgenden Kapiteln genauer diskutiert.

Zusammenfassend kann hier festgestellt werden, dass das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit Voraussetzung für die Geltendmachung von Einwendungen aus dem Beteiligungsvertrag (also dem „Grundverhältnis“) der Bank gegenüber von Relevanz ist, und auf die Wissenszurechnung selbst keinen Einfluss ausübt. Die Wissenszurechnung ist in der gegenständlichen Fallkonstellation für die Feststellung einer Einwendung (also List oder Irrtum) aus dem Grundverhältnis maßgeblich. Denn, wie schon weiter oben ausgeführt: Ohne Einwendung kein Durchgriff.

²⁷⁹ So auch OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2005/96 in RdW 1996, 523; OGH 20. 2. 1991, 11 Os 87/90 in ÖBA 1991/293.

²⁸⁰ Wie in den meisten bereits zitierten Entscheidungen vermutet wird, wobei entsprechende Beweisergebnisse durchwegs fehlen; siehe z.B. OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2005/96 in ÖBA 1996/588 oder OGH 25. 4. 1995, 1 Ob 540/95 in ÖBA 1995/499.

²⁸¹ *ecolex* 1990,15.

g) Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen und der Lösungsansatz von *Iro* hinsichtlich der Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel

Zum Problem der Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen wird in der österreichischen Literatur fast ausschließlich auf den Beitrag von *Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel,²⁸² verwiesen. Zunächst nimmt *Iro* eine Abgrenzung zwischen dem Dritten iSd § 875 ABGB und Personen, die dem Geschäftsherrn in einer gewissen Weise zuordenbar sind, vor. Nach § 875 ABGB kann der Vertrag nur dann angefochten werden, wenn der „andere Teil an der Handlung des Dritten²⁸³ teilnahm oder von ihr wissen musste“. In manchen Fällen scheint die Anfechtung eines Vertrages zB wegen Irrtums dennoch gerechtfertigt, auch wenn diese besonderen Voraussetzungen des § 875 nicht gegeben sind: Nämlich dann, wenn ein Gehilfe eines Vertragspartners durch sein Verhalten das Zustandekommen des Vertrages stark belastet, indem er durch sein Verhalten den Irrtum verursacht hat.

Die hL²⁸⁴ vertritt die Ansicht, dass die Verursachung eines Irrtums durch jene Personen, deren sich der Geschäftsherr bei Vertragsschluss bedient, der Irreführung durch den Geschäftsherrn gleichsteht. Dies sei damit zu rechtfertigen, dass die Hilfspersonen „Organe“ des Geschäftsherrn sind. Hinsichtlich der Erkennbarkeit eines Irrtums gilt dies nur für Stellvertreter, für alle anderen Gehilfen (wie Vermittler oder Agenten) nur, wenn diese über eine Ermächtigung zur Entgegennahme der Erklärung verfügten. Für Irreführungshandlungen solcher Gehilfen haftet der Geschäftsherr insb dann, wenn er sich den Vorteil des Geschäfts zuwendet.²⁸⁵ In einigen Entscheidungen verlangt der OGH auch, dass der Gehilfe maßgeblich am Zustandekommen des Vertrages mitgewirkt hat.²⁸⁶

²⁸² JBl 1982, 470.

²⁸³ Anmerkung: der Irreführungshandlung.

²⁸⁴ *Ehrenzweig*, System I/1², 232f; *Gschnitzer* in Klang IV/1², 129f; *Bydlinski* in Klang IV/2², 440f.

²⁸⁵ JBl 1972, 203.

²⁸⁶ JBl 1972, 203; EvBl 1972/21.

Als Zurechnungsgrundlagen untersucht *Iro* die Stellvertretung, die „Organstellung“ sowie die Gehilfenhaftungsnormen aus dem Schadenersatzrecht (§§ 1313a, 1315 ABGB).

Hinsichtlich der Stellvertretung, die auch in einigen Entscheidungen des OGH²⁸⁷ als Zurechnungsgrundlage herangezogen wird, die vertritt *Iro* die Ansicht,²⁸⁸ dass sie insb für die Zurechnung von Irreführungshandlungen ein ungeeigneter Zurechnungsgrund sei, zumal, so ist sein Hauptargument, es dem anfechtungsberechtigten Gegner nicht zumutbar sein kann, sein gesetzliches Gestaltungsrecht auf Anfechtung oder Anpassung des Vertrages von einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht abhängig zu sehen, da eine gesetzlich zustehende Rechtsposition nicht vom Willen der Beteiligten abhängig gemacht werden könne.²⁸⁹ Dieses Argument ist nicht von der Hand zu weisen, jedoch prüft *Iro* die Stellvertretung hier als einzigen (und ausschließlichen) Zurechnungsgrund. Geht man allerdings davon aus, dass die rechtsgeschäftliche Stellvertretung ein eigener Zurechnungsgrund ist, und sucht für andere (also nicht bevollmächtigte) Gehilfen nach anderen Zurechnungsgrundsätzen, so scheint diese Argumentation nicht mehr allzu griffig.

*Iro*²⁹⁰ bemerkt in seinen Ausführungen, dass die Einschränkung des zurechenbaren Personenkreises auf Stellvertreter und „zur Empfangnahme bevollmächtigte Personen“ darauf hindeutet, dass der Geschäftsherr mit der Anfechtbarkeit des Vertrages nur insoweit belastet werden soll, als dies rechtsgeschäftlichen Grundsätzen, also insb den Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen, entspricht. Vertreter können die Nebenumstände und die Bedeutung einer Erklärung beeinflussen, wobei die Erklärung dann in jener Form für den Vertretenen Wirkungen entfaltet, die sie durch evt. Handlungen oder den Verständnishorizont des Vertretenen erhalten hat. *Iro*²⁹¹ sieht das Anfechtungs- und Anpassungsrecht des irrenden Teiles insofern als eine

²⁸⁷ Etwa OGH 15.10.1970, 1Ob 233/70 in JBl 1971, 304 mwN dort.

²⁸⁸ JBl 1982, 471f.

²⁸⁹ JBl 1982, 472.

²⁹⁰ JBl 1982, 472.

²⁹¹ JBl 1982, 472.

nachgeschaltete Korrektur der ursprünglichen Erklärung iSd § 863 ABGB, wobei der Irrende im Nachhinein so gestellt wird, als wären die relevanten Umstände gleich bei der Ermittlung des Erklärungswertes herangezogen worden. Für die Auslegung einer Willenserklärung, die dem Empfangsboten gegenüber abgegeben wird, kommt es nach der hL auf den Horizont²⁹² des Geschäftsherrn an, da eine Entstellung der Erklärung durch den Boten nicht zu Lasten des Vertragspartners gehen soll.²⁹³ Außerdem erscheint dies konsequent, da der Bote nur „Überbringerfunktion“ hat.

Davon zu unterscheiden ist eine *vorsätzliche* Entstellung der Erklärung durch den Übermittler – wenn ein Übermittlungsbote eine Erklärung seines Geschäftsherrn absichtlich verfälscht, so ist dem Geschäftsherrn eine solche „Entstellung“ nicht zuzurechnen.²⁹⁴ Der OGH hat sich hinsichtlich des Empfangsboten dafür ausgesprochen, eine vorsätzliche Entstellung der Erklärung dem Adressaten zuzurechnen, und diesen daher anders als den Geschäftsherrn eines Übermittlungsboten zu behandeln. Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Unterscheidung besteht nicht.²⁹⁵ Hinsichtlich einer subjektiven Erkenntnismöglichkeit eines *Vertreters* ist jedoch auf diesen abzustellen.²⁹⁶ *Iro*²⁹⁷ beruft sich hier auf die hL,²⁹⁸ merkt jedoch an, dass eine Verschiedenbehandlung von passivem Vertreter und Empfangsboten nicht unbedingt gerechtfertigt erscheinen muss, da die Abgrenzung zwischen den beiden Funktionen schwierig erscheint.²⁹⁹

Zusammenfassend kann man daher sagen, dass die Kennnizzurechnung nach den eben referierten Gesichtspunkten einen subjektiven Horizont nur im Falle von rechtsgeschäftlicher Stellvertretung zulässt. In den anderen Fällen, wo

²⁹² Betreffend die Erkenntnismöglichkeit des Irrtums.

²⁹³ JBl 1982, 473 FN 17.

²⁹⁴ Siehe *Wilhelm*, Glosse zu OGH 19.02.1986, 1 Ob 547/86 in JBl 1986, 786.

²⁹⁵ So auch *Strasser* in *Rummel I*³, § 1002 Rz 53.

²⁹⁶ *Iro*, JBl 1982, 473.

²⁹⁷ JBl 1982, 473 FN 19.

²⁹⁸ *Dilcher* in *Staudinger*, Anm 47 zu § 130; *Hefermehl* in *Soergel*, Anm 9 zu § 120; *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*³, 241; *Larenz*, *Allgemeiner Teil* 540; *Marburger*, *Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärungen*, AcP 173, 142f; *Gschnitzer* in *Klang IV/1*, 69.

²⁹⁹ Siehe dazu genauer unten VI.B.4.

Gehilfen tätig werden, wird zur Ermittlung des Kenntnishorizontes der Geschäftsherr herangezogen.

Zumal nun regelmäßig Personen, die nicht Stellvertreter sind, am Zustandekommen des Vertrages beteiligt sind, ist dieses Abstellen auf den subjektiven Horizont nur des Vertreters unzureichend. Wenn nun derjenige, dem der Irrtum der Gegenseite offenbar auffallen hätte müssen, kein Vertreter ist, und daher auf den Horizont des Geschäftsherrn abzustellen wäre (dem der Irrtum auf Grund seiner möglicherweise unzureichenden Kenntnis der Umstände nicht aufgefallen wäre), dann könnte der Geschäftsherr auf diese Weise der Vertragsanpassung oder -anfechtung entgehen; er müsste also nur glaubhaft machen, dass ihm der Irrtum nicht aufgefallen wäre.

Daher spricht sich *Iro* für die Zurechnung Dritter beim Offenbar-auffallen-Müssen für weiter gehende Zurechnungsgrundsätze aus. Die Zurechnung nach den Regeln der Stellvertretung sei nicht ausreichend.

Die Organstellung als Zurechnungsgrundlage beschäftigte die Literatur³⁰⁰ und Judikatur³⁰¹ ebenfalls in beschränktem Maße. Nach *Iro*³⁰² wird der Begriff „Organ“ zweifellos nicht im technischen Sinne gebraucht, sondern kommt es bei der Organstellung in diesem Sinne eher darauf an, dass die Person, die als Organ bezeichnet wird, mit der anderen Vertragspartei in Verbindung getreten ist und kein bloß intern agierender Gehilfe bzw Berater ist.³⁰³

Diese Definition ist der Kommentierung zum § 166 BGB entnommen und daher nicht unbedingt maßgeblich für das österreichische Recht. Das Erfordernis des nach außen auftretenden Gehilfen, der mit dem Geschäftspartner in Kontakt tritt und daher dem Geschäftspartner gegenüber

³⁰⁰ *Ehrenzweig* I/1, 232; *Gschnitzer* in *Klang* IV/1, 129f.

³⁰¹ Etwa OGH in *EvBl* 1972/21.

³⁰² *JB1* 1982, 474.

³⁰³ Dies entspricht der deutschen Interpretation des Begriffes Organ, die besagt, dass Organe „bei den Vertragsverhandlungen als für den Geschäftsherrn handelnd aufgetreten sind“; siehe *Schramm* in *Münchener Kommentar zum BGB*⁵, § 166 Rz 40.

den Anschein erwecken will, er sei sein Vertreter, resultiert aus der Problematik der Repräsentationstheorie in Deutschland, die bewirkt, dass jene Personen, die nicht Vertreter sind, wenn sie zurechenbar sein sollen, zumindest einem Vertreter sehr ähnlich sein sollen.

Jedenfalls ist auch laut *Iro* dieser Ansatz für eine vernünftige Zurechnungsgrundlage nicht verwertbar.

Hinsichtlich der Gehilfenhaftungsnormen im ABGB (§§ 1313a, 1315 ABGB) als Zurechnungsgrundlage äußert sich *Iro* folgendermaßen:

Der OGH hat in zahlreichen Entscheidungen³⁰⁴ den Rechtssatz geäußert, dass der Geschäftsherr die zivilrechtlichen Wirkungen einer Handlung seines Gehilfen bei Abschluss des Vertrages verantworten müsse. Der OGH habe nach *Iro* dabei hinsichtlich der Gehilfen wohl an § 1313a ABGB gedacht, ohne weitere Kriterien anzugeben, wer denn ein zurechenbarer Gehilfe sei bzw ob auch eine verschuldenslose Irrtumsverursachung genüge. Es ist mittlerweile anerkannt, dass der vom Gehilfen verursachte Irrtum bzw das Offenbar-auffallen-Müssen des Irrtums der Gegenseite analog zu § 1313a ABGB zurechenbar ist.³⁰⁵

Das Heranziehen der haftungsrechtlichen Normen als Zurechnungsgrundlage ist insofern nicht ganz zurückzuweisen, als die Irrtumsveranlassung de facto durch einen Sorgfaltsverstoß geschieht und für das Offenbar-auffallen-Müssen regelmäßig fahrlässige Unkenntnis der Grund ist. Die Rechtswidrigkeit dieses fahrlässigen Nicht-Auffallens scheint fraglich, da nicht klar ist, ob es sich um eine Obliegenheitsverletzung oder um eine echte Rechtspflicht handelt. *Iro*³⁰⁶ wählt eine mittlere Lösung hinsichtlich dieses Gesichtspunktes: Je nach „Nähe“ des einen oder anderen Vertragspartners zum Umstand, über den geirrt

³⁰⁴ OGH in EvBl 1965/199; HS 4081/36; HS 3278/24; SZ 32/77; EvBl 1961/3; HS 779/13; HS 1196. Vgl auch JBl 1972, 203.

³⁰⁵ Siehe etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 169.

³⁰⁶ JBl 1982, 476.

wird, kann den Partner des Irrenden die Pflicht (also die Rechtspflicht) treffen, auf die wahre Sachlage aufmerksam zu machen. Daher hätte jede schuldhaft oder fahrlässige Verletzung dieser Pflicht haftungsrechtliche Folgen.

Wenn nun der Geschäftsherr nach § 1313a ABGB für seine sorglos den Irrtum verursachenden Gehilfen immer dann einstehen muss, wenn die Schadenszufügung des Gehilfen widerrechtlich wäre, wenn sein Geschäftsherr so gehandelt hätte,³⁰⁷ dann kommt man zu einem erstaunlichen Ergebnis: Der irrende Vertragspartner könnte über die *cic iVm* § 1313a jenen Zustand erreichen, der bei irrtumsfreiem Handeln bewirkt worden wäre: Naturalrestitution (also Auflösung der Vereinbarung), Schadenersatzpflicht zur Gewährung der gewollten vertraglichen Position. Das schadenersatzrechtliche Ergebnis würde also die Rechtsfolgen, die sich mit den § 870 ff ABGB erreichen ließen, in sich einschließen. Daher wäre es höchst verwunderlich, wenn auf der einen Seite die Zurechnung über § 1313a ABGB und *cic* möglich und dahingegen andererseits eine Zurechnung beim Irrtum nach den § 870ff von der Rechtsordnung versagt würde.

Aus diesen Gründen ist laut *Iro*³⁰⁸ die Schlussfolgerung der schadenersatzrechtlichen Zurechnung gem § 1313a ABGB auf die irrtumsrechtliche Zurechnung nicht stringent. Es ergibt sich aus § 1313a ABGB keine unmittelbare Aussage für Frage, wann die Veranlassung und die Erkennbarkeit eines Irrtums durch Dritte zur unmittelbaren Anwendung der §§ 870 – 873 ABGB führt.

*Iro*³⁰⁹ erarbeitet im zweiten Teil seines Beitrages einen Katalog von Wertungsgrundsätzen, die dem Gesetz an verschiedenen Stellen zu entnehmen sind und baut darauf seinen Zurechnungsansatz auf: § 1313a enthält etwa folgende Grundwertungen: (i) Beherrschbarkeit des Risikos des Geschäftsherrn über seine Gehilfen, (ii) Haftungsfonds des Geschäftsherrn im Falle der

³⁰⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 271.

³⁰⁸ JB1 1982, 477.

³⁰⁹ JB1 1982, 510ff.

Schadenszufügung durch Gehilfen, (iii) Sonderbeziehung des Geschäftsherrn zum Geschädigten durch Vertrag, (iv) Vertrauensschutz, (v) Verbot der Schlechterstellung des Vertragspartners durch Einsatz von Gehilfen sowie (vi) die Außerkraftsetzung der dem Vertragspartner zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe durch den Einsatz von Gehilfen. Aus § 337 ABGB ergibt sich als Wertungsgrundsatz etwa die Vermeidung von nachteiligen Folgen für den Dritten, wenn einer der Machthaber schlechtgläubig ist, weshalb auch keine Benachteiligung der Verkehrsteilnehmer, auch außerhalb des Schadenersatzrechtes, erfolgen soll. Auch die Normen über die Stellvertretung lassen eine solche Wertung durchscheinen: Im Falle von Vollmachtsmissbrauch, Anscheinsvollmacht oder der unrichtigen Übermittlung einer Erklärung eines Boten soll das Risiko nicht zu Lasten des Dritten gehen.

Zur Zurechnung von Gehilfen auf der Seite des Geschädigten hinsichtlich Mitverschuldens gem § 1304 ABGB:³¹⁰ Bei der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches muss sich der Geschädigte die Sorglosigkeit seiner Gehilfen nach Ansicht von *Kletecka*³¹¹, *F. Bydlinski*³¹² folgend, so zurechnen lassen, wie auch der Schädiger für das Gehilfenverhalten seiner Gehilfen einstehen muss („Gleichbehandlungsprinzip“). Liegt nun ein Schuldverhältnis vor, so ist nach dieser Ansicht die Zurechnung analog zu § 1313a ABGB vorzunehmen; liegt kein Schuldverhältnis vor, so soll die Zurechnung analog zu § 1315 ABGB erfolgen. Etwa *Jabornegg*³¹³ wie auch der OGH³¹⁴ neigen zur der Ansicht, dass das Mitverschulden von Gehilfen nicht nur im vertraglichen, sondern auch im deliktischen Bereich uneingeschränkt zuzurechnen sei.

Hinsichtlich des zuzurechnenden Personenkreises vertritt *Iro*³¹⁵ bei der Erörterung seines eigenen Lösungsansatzes die Ansicht, dass alle Gehilfen, also auch jene der „niedrigsten“ Kategorie zurechenbar seien. Die Zurechnung

³¹⁰ Siehe dazu insb *Kletecka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten.

³¹¹ Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, 96; zustimmend auch *Harrer* in Schwimann³ § 1304 Rz 28.

³¹² JBl 1961, 567.

³¹³ ÖJZ 1993, 431.

³¹⁴ Etwa OGH 10. 10. 1991, 7 Ob 27/91 in JBl 1992, 525.

³¹⁵ JBl 1982, 514.

von allen in irgendeiner Form am Zustandekommen des Vertrages beteiligten Gehilfen bedarf nach Ansicht von *Iro*³¹⁶ dennoch einer Einschränkung: Man müsse auf die typische Gefahr des Hilfeneinsatzes abstellen, also auf eine Art *Betriebsgefahr*, die dadurch definiert wird, dass sie eben nur in jenen Situationen auftritt, in denen sich die Gelegenheit zu ihrer Verwirklichung (also beispielsweise bei den Vertragsverhandlungen) ergibt. Bei all jenen Gehilfenfunktionen, die es nicht mit sich bringen, dass eine solche Gefahr verwirklicht wird, soll der Geschäftsherr auch nicht mit einer entsprechenden Zurechnung belastet werden.

Im Falle, dass ein Gehilfe zwar *kausal* für die Irrtumsentstehung beim Geschäftspartner war, aber nicht mit einem typischerweise „gefährlichen“ Tätigkeitsbereich befasst war, soll keine Zurechnung erfolgen. Hier sieht *Iro*³¹⁷ die Verwandtschaft mit den schadenersatzrechtlichen Gehilfenhaftungsnormen: Dort wird ebenfalls zwischen Schädigung bei Erfüllung und gelegentlich der Erfüllung unterschieden.³¹⁸ Es muss also eine Art „innerer Zusammenhang“ zwischen dem Aufgabenbereich des Gehilfen bei der Entstehung des Vertrages und der Veranlassung oder Erkennbarkeit des gegnerischen Irrtums durch ihn vorliegen.

Dieser innere Zusammenhang der Tätigkeit mit der Eignung der Verwirklichung des Risikos hängt tatsächlich von der Norm ab: Im Falle der Irreführung muss laut *Iro*³¹⁹ die Tätigkeit des Gehilfen geeignet sein, auf den Willen bzw den Entschluss des Vertragspartners Einfluss zu nehmen.

Dies ist nicht nur bei jenen Personen, die unmittelbar bei Vertragsverhandlungen tätig werden, der Fall, sondern auch bei internen Beratern, die beispielsweise den unwissenden Verhandlungshelfen beeinflussen. Geschieht eine solche Beeinflussung (zur Irreführung) listig, so

³¹⁶ JBl 1982, 515.

³¹⁷ JBl 1982, 515.

³¹⁸ *Rummel* in *Rummel II*³, § 1313a Rz 3; *Iro* verweist auf ältere Literatur siehe JBl 1982, 516 FN 73.

³¹⁹ JBl 1982, 516.

stehen nach Ansicht *Iros*³²⁰ dem Vertragspartner auch die Rechtsbehelfe des § 870 ABGB zur Verfügung. Zur weiteren Einschränkung einer solchen Zurechnung stuft *Iro* die unterschiedlichen Gehilfentätigkeiten nach ihrem Umfang ab und meint, wenn ein Gehilfe außerhalb seines „gefährlichen“ Aufgabenbereiches tätig werde, sei er dem Geschäftsherrn nicht mehr zuzurechnen, da er nur mehr „bei Gelegenheit“ der Verrichtung handle und daher als bloßer Dritter iSd § 875 ABGB zu qualifizieren sei. Voraussetzung hierfür sei aber dennoch, dass es für den Vertragspartner erkennbar gewesen sei, dass der Gehilfe außerhalb seines Tätigkeitsbereiches bei der Vertragsvorbereitung liege. Wenn die Irreführungshandlung im Aufgabenbereich des Gehilfen liege, so sei sie, auch wenn sie absichtlich herbeigeführt würde, dem Geschäftsherrn zuzurechnen, da der Geschäftsherr in einem solchen Fall aus der Täuschungshandlung des Gehilfen seinen Vorteil ziehe.

Hinsichtlich der Erkennbarkeit des Irrtums durch einen Gehilfen differenziert *Iro* etwas anders: Zumal die meisten Tätigkeiten von Gehilfen nicht dazu geeignet sind, die Willensentschlüsse bzw. Vorstellungen des Vertragspartners zu erkennen, wird ein solches (außergewöhnliches) Erkennen auf Umständen beruhen, die außerhalb des Aufgabenbereiches des Gehilfen liegen. Daher sind nach Ansicht von *Iro* nur jene Gehilfen zurechenbar, die von ihren Agenden her befähigt sind, den Irrtum des Vertragspartners zu erkennen; also Verhandlungsführer oder etwa interne Berater, die ein etwaiges Angebot prüfen.

Hinsichtlich des Empfangsboten spricht sich der Autor ohnehin gegen eine Zurechnung aus, da der Bote eben nur den Zugangstatbestand verwirklichen soll. Daher komme ein Übersehen eines bei Abgabe einer Erklärung entstandenen Irrtums durch sie gar nicht in Betracht, da dies ohnehin aus der Warte des Adressaten zu prüfen sei.

³²⁰ JB1 1982, 516.

Die Zurechnung von privatem Wissen³²¹ soll bei Gehilfen, die beim Geschäftsabschluss tätig werden, nicht maßgeblich sein, da der Geschäftsherr nicht mit diesem Wissen belastet werden dürfe. Ausgenommen sei jener Fall, bei dem der Gehilfe ausschließlich oder überwiegend bei Vertragsabschluss tätig geworden ist, denn hier soll dann doch keine Besserstellung des Geschäftsherrn durch den Gehilfeneinsatz erfolgen, da, wenn der Geschäftsherr selbst tätig geworden wäre, er wohl auch seine privaten Kenntnisse eingesetzt hätte.³²²

Hinsichtlich der Zurechnung von privatem Wissen eines Gehilfen an den Geschäftsherrn sollte mE insbesondere auch die Feststellung des Vorteils, der dem Geschäftsherrn durch das Handeln des Gehilfen entstanden ist, in die Beurteilung mit einfließen. Der Gehilfe setzt schließlich regelmäßig alle Fähigkeiten ein, um dem Geschäftsherrn den gewünschten Erfolg zu verschaffen. Es ist nicht einzusehen, warum die Wissenszurechnung von privatem Wissen „abgeschnitten“ werden soll, wenn dem Geschäftsherrn ein Vorteil durch das Gehilfenhandeln entsteht, und der Geschäftsherr daher hinsichtlich der dem Gehilfen zur Verfügung stehenden Informationen nicht zur Verantwortung gezogen werden sollte. Entsteht dem Geschäftsherrn ohnehin kein Vorteil aus dem Gehilfenhandeln, so erscheint in weiterer Folge ein „Ausgleich“ mit einem woanders entstandenen Schaden durch die Wissenszurechnung nicht geboten.

h) Zwischenergebnis: Zurechnung des Anlageberaters als Verhandlungsgehilfe der Bank

Grundsätzlich ist der Ansicht *Iros* insoweit zu folgen, als jede Gehilfentätigkeit ein bestimmtes Risiko beinhaltet, das je nach Wissensnorm divergiert. Es ist in Hinblick auf die spezifische Gefahr, die sich beim Einsatz von Gehilfen verwirklicht, daher auch auf die jeweilige Wissensnorm abzustellen. Dies entspricht auch dem Gedanken der Risikoschaffung, der als leitend für die Orientierung der Zurechnung bezeichnet werden kann.

³²¹ Das bedeutet: privat erlangtem Wissen.

³²² JB1 1982, 518.

Dennoch kann meines Erachtens die Wissenszurechnung von privat oder dienstlich erlangtem Wissen nicht direkt vom Aufgabenbereich des Gehilfen abhängig gemacht werden: Im gegenständlichen Beispiel, bei dem der Anlageberater der IV-AG gleichzeitig auch Verhandlungsgehilfe der Bank war, zeigt sich die Problematik einer solchen Zurechnung ganz besonders: Der Anlageberater, der die Information, dass das Unternehmen, dessen Beteiligungen er vertreibt, insolvent ist, durch sein Unternehmen (also die IV-AG bzw die A-GmbH) erlangt hat, ist gleichzeitig Verhandlungsgehilfe der Bank. Sein Aufgabenbereich betreffend seine Tätigkeit für die Bank umfasst also nur das Vorlegen von Vertragsformularen für den Abschluss von Kreditverträgen und das „Überzeugen“ des Investors I von der Sinnhaftigkeit des bevorstehenden Unterfangens. Jene Information, die also die wirtschaftliche Situation des Unternehmens betrifft, wurde nicht im Zuge der Tätigkeit als Verhandlungsgehilfe der Bank erlangt, sondern im Zuge der Tätigkeit als Verhandlungsgehilfe (bzw vielleicht sogar Vertreters) der IV-AG bzw der A-GmbH. Daher wäre dieses Wissen der Bank in diesem Fall auch nicht zuzurechnen.

In einem solchen Fall, der im Übrigen, was die Konstellation betrifft, jenem des (Versicherungs-)Maklers nicht unähnlich ist,³²³ die Zurechnung von privat erlangtem Wissen noch von weiteren Kriterien abhängig machen: Die relevante Information betrifft inhaltlich die *Geschäftsgrundlage* beider Verträge, deren Abschluss durch *eine* Person herbeigeführt wurde. Die Bank war sich dessen bewusst, da es ihr typischerweise um die Realisierung des Finanzierungsgeschäftes des Beteiligungskaufes ging. Daher war in die Beherrschbarkeit des Risikos, bzw die Risikoschaffung durch die Bank gegeben. Selbst wenn man das Wissen des Verhandlungsgehilfen nicht als typisch „privates“ Wissen bezeichnen kann, da es in seiner Funktion als „Vertreter“ der IV-AG erworben wurde, ist es aus Sicht der Bank streng genommen so zu behandeln. Im gegenständlichen Fall tritt zum Kriterium der

³²³ Der Makler ist einerseits verantwortlich, die Position des Versicherten möglichst gut zu gestalten und andererseits steht er in einer Art Auftragsverhältnis zum Versicherer, das auch gewisse Aufklärungs- und Informationspflichten umfasst.

Risikoschaffung der aus der Gehilfentätigkeit resultierende Vorteil (Abschluss der Kreditverträge) für die Bank hinzu. Der Verhandlungsgehilfe bringt in seiner Eigenschaft als „Vertreter“ der IV-AG zum Beteiligungsverkauf und gerade deshalb, Kreditverträge mit Anlegern zu Stande. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum die Bank vor einer Zurechnung der Information, die dem Verhandlungsgehilfen in seiner Eigenschaft als Vertreter der IV-AG typischerweise bekannt war, gefeit sein sollte, zumal der Verhandlungsgehilfe ja gerade dank seiner Eigenschaft als „Repräsentant“ der Beteiligungsgesellschaft den Abschluss der Kreditverträge zu Gunsten der Bank herbeiführte. Hätte die Bank Kreditverträge ohne Zusammenhang mit dem Beteiligungsvertrieb und durch einen „neutralen“ Anlageberater abschließen wollen, so wäre ihr auch nicht der gleiche Erfolg beschieden gewesen.

Die Qualifikation des Anlageberaters als Verhandlungsgehilfe der Bank ist eindeutig, da er die Vertragsanbahnung mit I übernahm. In den vorliegenden Sachverhalten hatten die Anlageberater die Kreditformulare der Bank bei sich, die entweder vor Ort (gemeinsam mit den Anlageberatern) oder blanco von den Investoren unterfertigt wurden. Die Vertragsanbahnung für den Abschluss der Kreditverträge erfolgte hier ausschließlich durch die Anlageberater.

i) Alternativlösung: Die Beteiligungsgesellschaft als (direkte)Verhandlungsgehilfin der Bank

Im gegenständlichen Grundsachverhalt wurden die Ausgabe der Beteiligungen und ihre Finanzierung durch Kredite zwischen der A-GmbH und der B-Bank vereinbart. Das Interesse der Bank lag in der Ausweitung des Privatkreditvolumens, das Interesse der A-GmbH lag in der Auflage der Beteiligungen vor allem in der Erlangung von Kapital.

In der Judikatur und den Besprechungen zu den Entscheidungen des OGH wurde die Qualifikation der A-GmbH als Verhandlungsgehilfin der Bank

hinsichtlich des Abschlusses von Kreditverträgen mit Ausnahme von Wilhelm³²⁴ nie diskutiert.

Zurechenbare Verhandlungsgehilfen sind auch jene, die an der Kontaktaufnahme zum Vertragspartner zwar nicht unmittelbar mitgewirkt haben, aber den Willen und die Vorstellung des Vertragspartners entsprechend (wenn auch durch die Verwendung eines ahnungslosen Werkzeuges wie eines Anlageberaters) beeinflussen konnten.³²⁵

*Wilhelm*³²⁶ löst den Fall (unter Betrachtung der österreichischen Rechtslage zur Wissenszurechnung) daher wie folgt: Da die A-GmbH gerade als um die Beteiligungen werbende Gesellschaft zur Gehilfin gemacht worden und der funktionale Zusammenhang mit ihrem Aufgabenkreis als gegeben anzunehmen ist, und außerdem die Vertragsanbahnung ausschließlich durch sie bzw ihre Gehilfen vorgenommen wurde, sie also selbstständig tätig war, wäre ihr gesamtes Wissen der Bank zuzurechnen. Somit wäre eine Anfechtung des Kreditvertrages problemlos entweder über § 870 ABGB, wenn die A-GmbH listig war, oder über § 871 ABGB möglich, da ihr der Irrtum jedenfalls auffallen hätte müssen bzw sie ihn verursachte.

Naturgemäß steht hier auch eine Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht der Bank im Raum:

Die Unternehmerin als Gehilfin der Bank hätte gegenüber dem Verhandlungspartner genau die gleiche Sorgfalt anzuwenden gehabt, die der Bank obgelegen hätte, wenn sie selbst gehandelt hätte. Nach Meinung des OGH³²⁷ hätte die Bank dann, wenn sie positiv gewusst hätte, dass die Geschäftstätigkeit der Unternehmerin in der bloßen Entgegennahme von Beteiligungen besteht, ihre Aufklärungspflichten verletzt.

³²⁴ ecolex 1990, 15.

³²⁵ Siehe dazu oben auch *Iro*, JBl 1982, 516.

³²⁶ ecolex 1990, 16.

³²⁷ RdW 1988, 419.

j) Zusammenfassung:

Im Ergebnis ist die Anfechtbarkeit des Kreditvertrages durch I zu bejahen. Einerseits ist, wie oben ausgeführt, ein Einwendungsdurchgriff in Analogie zu § 18 KschG möglich; die der Bank entgegenzuhaltende Einwendung ist List bei Abschluss des Beteiligungsvertrages.

Andererseits muss sich die die Bank das Wissen ihres Verhandlungsgehilfen (ob nun des Vertreters V oder der IV-AG selbst – wie von *Wilhelm* angedacht) zurechnen lassen. Das gleiche gilt für die Irrtumsanfechtung, wobei hier der Irrtum in den meisten Fällen ein Geschäftsirrtum des I über das Wesen der Beteiligung sein wird; zumal, wie oben ausführlich dargelegt, V als Verhandlungsgehilfe der Bank anzusehen ist und überdies die Risikoschaffung durch Einsatz von V durch die Bank beherrschbar war sowie die Bank einen entsprechenden Vorteil durch das Handeln von V erlangte, ist, wenn der Geschäftsirrtum dem V offenbar hätte auffallen müssen, dieses „fahrlässige nicht-Auffallen“ zuzurechnen.

3. Die Wissenszurechnung des Erfüllungsgehilfen

a) Charakterisierung des § 1313a ABGB

Im Zuge der dritten Teilnovelle zum ABGB RGBl. 69/1916 wurde § 1313a in das ABGB eingeführt, der die davor in der Literatur³²⁸ bereits diskutierte Haftung des Geschäftsherrn für seine Leute endgültig festlegte. Diese Wertung war schon vor Einführung der Bestimmung in das ABGB durch die Judikatur³²⁹ anerkannt, da die Problematik der Aufteilung der Arbeit im Rahmen eines Betriebes natürlich bekannt und der damit verbundene Beweisnotstand mangels Einblickes in den Betrieb für den Geschädigten immanent war.

Für die Haftung nach § 1313a ABGB ist es erforderlich, dass der Geschäftsherr zu einer Leistung verpflichtet ist; In Lehre und Rsp ist der Begriff „rechtliche Sonderverbindung“ üblich geworden.³³⁰ Diese rechtliche Sonderverbindung kann insbesondere auch in einem vorvertraglichen Schuldverhältnis bestehen.

331

*Reischauer*³³² vertritt die Ansicht, dass der Rechtsgrund, auf dem diese Verpflichtung basiert, gleichgültig ist – ob es sich um eine gesetzliche Verpflichtung handelt, eine vertragliche oder eine vorvertragliche,³³³ ist für die Anwendung des § 1313a ABGB nach dieser Mindermeinung nicht relevant.

³²⁸ *Wolff* in Klang VI², 87.

³²⁹ E. 29. IV. 14, GIUNF. 6910 (Grundsatz, dass Unternehmer für seine Gehilfen haftet, die dem Besteller durch fehlerhafte Durchführung der bestellten Arbeit zufügen); siehe für weitere Nachweise *Wolff* in Klang VI², 87 FN 1.

³³⁰ *Harrer* in Schwimann³, § 1313a Rz 10.

³³¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 356.

³³² *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 1.

³³³ *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 2.

Der Geschäftsherr muss sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung eines Gehilfen bedienen, es reicht also nicht, dass der Geschäftsherr verpflichtet ist, einen Dritten etwas leisten zu lassen.³³⁴

Hinsichtlich der schadensbegründenden Handlung kommt es darauf an, dass sie im inneren Zusammenhang mit der Erfüllung steht.³³⁵ Dies soll Schäden durch die Erfüllung (also die Verletzung der Hauptleistungspflichten, Nebenleistungspflichten oder Schutzpflichten) abdecken. Nach der hL³³⁶ ist die Schädigung dem Geschäftsherrn nur dann zuzurechnen sei, wenn sie *durch* die Ausführung der Verpflichtung, aber nicht, wenn sie bei *Gelegenheit der Ausführung* der Leistung entsteht. Die Rsp³³⁷ fordert vielmehr einen *inneren Zusammenhang* zwischen der schädigenden Handlung des Gehilfen und der Erfüllung des Vertrages. Dieser ist etwa gegeben, wenn ein Gehilfe anlässlich der Vertragserfüllung Sachen des Auftraggebers zerstört, jedoch nicht im Falle eines Diebstahls.

Die Einordnung, ob solch ein „innerer Zusammenhang“ vorliegt, hängt naturgemäß vom übernommenen Pflichtenkreis des Schuldners (=Geschäftsherrn des Gehilfen) ab; eindeutig ist ein solch innerer Zusammenhang dann feststellbar, wenn eine Hauptleistungspflicht verletzt wird. Bei Verletzung einer Nebenleistungspflicht des Schuldners (wie etwa Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten) könnte jede vom Gehilfen herbeigeführte Schädigung eine sog positive Forderungsverletzung darstellen,³³⁸ so auch bloß gelegentlich bei Erfüllung herbeigeführte Schäden. Da aber das Gehilfenverschulden ein schwächeres Haftungselement als das Eigenverschulden des Geschäftsherrn darstellt, soll der Geschäftsherr für positive Forderungsverletzungen durch seine Gehilfen nur dann einstehen,

³³⁴ Wolff in Klang VI², 87.

³³⁵ JBl 2005, 256 (Rummel); Harrer in Schwimann³, § 1313a Rz 22.

³³⁶ Siehe Nachweise bei Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 357; Reischauer in Rummel³, § 1313a Rz 3 mwN; sowie Koziol, Haftpflichtrecht II² 343.

³³⁷ JBl 1983, 255; JBl 1988, 650; SZ 63/201.

³³⁸ Koziol, Haftpflichtrecht II², 344.

wenn es sich um typisch nachteilige Folgen, die ganz allgemein bei Einsatz eines Gehilfen zu erwarten sind, handelt.³³⁹

Nach *Reischauer*³⁴⁰ ist hinsichtlich der schädigenden Handlung des Gehilfen der *sachliche Zusammenhang* mit der Interessensverfolgung zu prüfen: Dieser ist etwa dann erkennbar, wenn die auf Leistungserfolg zielende Handlung bzgl der Erfolgserreichung sorgfaltswidrig ist oder wenn in Verbindung mit Leistungshandlungen Fahrlässigkeiten bzgl im Umfeld sich befindender Rechtsgüter geschehen. Überdies sollen auch dann schädigende Handlungen des Gehilfen den Geschäftsherrn nach § 1313a ABGB haftbar machen, wenn sie zwar nicht mit der Leistung unmittelbar zusammenhängen, aber üblicherweise in Verbindung mit der Leistung geschehen, weil sie zur typischen Gefahr eines Gehilfeneinsatzes gehören.³⁴¹ Als Beispiel führt *Reischauer* den Handwerker an, der einmal auf dem Weg zur Jause eine wertvolle Vase umstößt, und ein anderes Mal auf dem Weg zum zu bearbeitenden Gegenstand.

Die eine Frage, der nun nachgegangen werden soll, ist, ob und inwieweit nun bei Festlegung der Bestimmung des § 1313a eine Zurechnung des Wissens des Gehilfen an den Geschäftsherrn mitgedacht wurde, und vor allem auch, in welchem Ausmaß eine Wissenszurechnung in einem solchen Fall erfolgen müsste. In Hinblick auf die Zurechnung von schädigendem Handeln eines Gehilfen interessiert nach hA der Maßstab des Verhaltensunrechtes des Geschäftsherrn, da ja der Gehilfe, zumal nicht selbst verpflichtet, keine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzen kann. Daher betrachtet man das Verhalten des Gehilfen, und setzt dann den Geschäftsherrn an dessen Stelle: wenn dann die Handlung als schuldhaft zu qualifizieren wäre, so muss der Geschäftsherr

³³⁹ *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 345.

³⁴⁰ *In Rummel* II³, § 1313a Rz 2.

³⁴¹ *Reischauer* in *Rummel* II³, § 1313a Rz 3; vgl *SZ* 51/55, wo die Wirtin für ihren Ehemann, der einem betrunkenen Gast einen Schlag versetzte, haftete, da nach Ansicht des OGH die Gefahr vorhersehbar gewesen sei und diese typischerweise mit der Erfüllung des Auftrages, den der Ehemann von der Wirtin erhalten hatte (lautend: „nach dem Gast zu sehen“), verbunden war. Sehr kritisch dazu *Harrer* in *Schwimann*³, § 1313a Rz 23.

sie sich zurechnen lassen;³⁴² es sei denn es handelt sich um eine positive Forderungsverletzung, wo, wie oben schon erwähnt, nach *Koziol*³⁴³ nur gehaftet werden soll, wenn der Schaden innerhalb der typisch bei Einsatz von Gehilfen zu erwartenden nachteiligen Folgen liegt.

Grundsätzlich wird (bei Verletzung der Hauptleistungspflicht) das Verhalten des Geschäftsherrn fingiert – auch wenn der Geschäftsherr selbst deliktsunfähig ist, schadet dies der Zurechnung nicht,³⁴⁴ so auch nicht die Verschuldensunfähigkeit des Gehilfen.³⁴⁵ Die Sorgfaltswidrigkeit einer Handlung wird demnach nach dem Verhalten eines (deliktsfähigen) Geschäftsherrn beurteilt.

³⁴² *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 12.

³⁴³ *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II², 345

³⁴⁴ *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 13.

³⁴⁵ *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 13.

b) Wissenszurechnung von Gehilfen auf Grund von § 1313a ABGB

Der OGH hat in mehreren Erkenntnissen eine Wissenszurechnung von Gehilfenwissen auf Basis von § 1313a, beim Problem der Irreführung durch Gehilfen allerdings in analoger Anwendung, bejaht.³⁴⁶ In der Entscheidung JBl 1980, 424 stellt der OGH seinen Bezug zu § 1313a folgendermaßen dar: Der Verhandlungsgehilfe, der die seinen Machtgeber treffende Aufklärungspflicht verletzt hat, ist dem Machtgeber zuzurechnen und dieser muss sich den vom Gehilfen veranlassten Irrtum wie einen von ihm selbst veranlassten aufbürden lassen. In einer neueren Entscheidung³⁴⁷ ist die Wissenszurechnung von Erfüllungsgehilfen des Werkvertragsunternehmers, die bestimmte Wahrnehmungen am Ort der Ausführungen der Werkleistung tätigten, ohnehin anerkannt, wobei der Unternehmer sich in diesem Fall eine Warnpflichtverletzung anlasten lassen musste, da ihm das Wissen seiner Erfüllungsgehilfen zuzurechnen war. Der OGH präzisiert auch hier, dass hinsichtlich des Umfanges des Wissens es auf den konkreten Aufgabenbereich des Erfüllungsgehilfen ankomme und Wissen, das außerhalb dieses Aufgabenbereiches erworben worden sei, nicht zurechenbar sein könne.³⁴⁸

Dieser Gedanke scheint auf den ersten Blick dem Grundgedanken des § 1313a zu entsprechen, der die Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen im Bereich der Erfüllung des Vertrages regelt. Daher müsste die Kenntnis von Gehilfen, die außerhalb dieser Vertragserfüllung liegen und erworben wurden, nicht zuzurechnen sein.

Damit ist aber in Wahrheit noch nichts über den *Aufgabenbereich* der Gehilfen gesagt: Denn auch bei der schadenersatzrechtlichen Haftung nach § 1313a

³⁴⁶ JBl 1980, 424; auch EvBl 1965/199; HS 4081/36; SZ 32/77, in denen der OGH jedoch die eher allgemeine Aussage trifft, dass „der Geschäftsherr die zivilrechtlichen Wirkungen einer Deliktshandlung seines Vertreters, die dieser beim Abschluss eines Vertrages für ihn setzt, zu verantworten“ habe.

³⁴⁷ SZ 63/20.

³⁴⁸ SZ 63/20.

ABGB kommt es nicht auf die Zuständigkeit des die schädigende Handlung verwirklichenden Gehilfen an, sondern auf den inneren Zusammenhang der Handlung selbst mit der Interessensverfolgung des Geschäftsherrn – dh mit der Vertragserfüllung.

Die Einschränkung der Wissenszurechnung auf Wissen des Gehilfen, das im Rahmen von dessen Zuständigkeit erworben wurde, scheint daher seinen Grund nicht in § 1313a ABGB zu haben.

Meines Erachtens kommt diese Einschränkung eher von anderer Seite, und zwar von der Betrachtung des Organwissens als Wissen der juristischen Person. Bei der Wissenszurechnung von Organwissen an die juristische Person hat man die Zurechnung von „dienstlichem und privaten“ Wissen auf Grund des Gedankens bejaht, dass das Organ selbst als Wissensträger der juristischen Person fungiert, gewissermaßen das „Gehirn“ der juristischen Person darstellt, zumal die juristische Person selbst ja nur ein rechtliches Gebilde ist. Wenn man genau ist, ist das aber gar keine Wissenszurechnung im technischen Sinne, zumal eben eine tatsächliche Zurechnung von einer Person an eine andere in einem solchen Fall eben nicht stattfindet. Das Organ ist eben nur der Wissensträger für die juristische Person, die ja selbst kein Wissen hat. Auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist der juristischen Person das Organwissen in vollem Umfang (also nicht nur das dienstlich erworbene Wissen) „zuzurechnen“, da der Dritte durch die juristische Person im Geschäftsverkehr nicht schlechter behandelt werden darf, als von einer Einzelperson. Im Umgang mit einer Einzelperson setzt diese (z.B. bei Vertragserfüllung) ja schließlich auch ihre gesamte Kenntnis ein, und nicht nur eine „im Inneren“ aufgespaltene Teilkenntnis.

c) Eigene Ansicht

Auf Grund dieser Überlegungen ist meines Erachtens der Verweis auf den Aufgabenbereich des Gehilfen in Hinblick auf die Wissenserlangung des dem Geschäftsherrn zurechenbaren Wissens in Bezug auf § 1313a ABGB verfehlt –

es muss vielmehr, wie auch bei der *Handlungszurechnung* nach § 1313a ABGB der innere Zusammenhang des Wissens mit der Leistungserbringung bestehen. Mit einer solchen Auslegung wäre man auch viel näher bei der Bestimmung, von der man hier ausgeht – § 1313a ABGB.

Wie bei der Zurechnung von schädigenden Handlungen muss es also bei der Wissenszurechnung von Kenntnissen des Erfüllungsgehilfen auf den sachlichen Zusammenhang der Information und deren Erlangung mit der Interessenverfolgung des Geschäftsherrn ankommen. Das bedeutet, dass ein Erfüllungsgehilfe, der im Rahmen seiner Tätigkeit möglicherweise auch außerhalb seines unmittelbaren Zuständigkeitsbereiches eine relevante Information erlangt, dem Geschäftsherrn zuzurechnen sein müsste. Meines Erachtens liegt ja auch gerade hierin die Verwirklichung des Risikos, das durch den Einsatz von Gehilfen entsteht – in vielen Fällen wird eine Information nicht an den „zuständigen“ Gehilfen gelangen, sondern auf Grund von *faktischen, aber zuständigkeitsübergreifenden* Tätigkeiten an einen anderen, an der Leistungserfüllung ebenfalls beteiligten, aber nicht zuständigen Gehilfen.

Um mit dieser Formel nicht in eine völlig überbordende Wissenszurechnung zu Lasten des Geschäftsherrn zu gelangen, könnte man sich jenes Korrektiv, das ich auch schon an anderer Stelle hinsichtlich der Zurechnung von privat erworbenem Wissen angewendet habe, zu Nutze machen: Wenn eine Information, die außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des Gehilfen erworben wurde, auf Grund der Treuepflicht und der Schutzpflichten des Gehilfen gegenüber seinem Geschäftsherrn oder einer zumindest *zuständigen Stelle* im Unternehmen weitergeleitet werden müssten, so ist das Wissen zuzurechnen.

So sollte im Übrigen auch das privat erworbene Wissen von Erfüllungsgehilfen behandelt werden, da nicht einzusehen ist, warum die Zurechnung von der Art des Wissenserwerbsvorganges oder der Zuständigkeit des Gehilfen abhängig gemacht werden sollte.

Außerdem sollte eine genaue Abgrenzung vorgenommen werden, wer nun als Erfüllungsgehilfe tätig geworden ist. *Buck*³⁴⁹ sieht eine Unterscheidung von privat oder dienstlich erworbenem Wissen überhaupt als verfehlt an und spricht sich dagegen für eine genaue Festlegung derjenigen Gehilfen aus, deren (ganzes) Wissen zuzurechnen ist.

³⁴⁹ Wissen und juristische Person 166f.

d) (Verschuldens-) Maßstab bei der Zurechnung nach §§ 1313a, 1315 ABGB und Übertragung auf andere Wissenszurechnungsfälle?

Der Maßstab für die Rechtswidrigkeit und Verschulden der Gehilfenhaftung nach § 1313 a ABGB bezieht sich grundsätzlich auf den Geschäftsherren, da nur er die Pflichten aus dem Schuldverhältnis, das er zu erfüllen hat, verletzen kann. Der Gehilfe ist ja nicht Vertragspartner. Wenn nun der Gehilfe eine Sorgfaltsverletzung begeht und dadurch eine Nichterfüllung oder Schlechterfüllung herbeiführt, so haftet er trotzdem nicht aus dem Vertrag. Daher wird das Verhalten des Gehilfen so bewertet, als hätte es der Geschäftsherr/Schuldner selbst gesetzt.³⁵⁰ Dies bezieht sich auf die Vertragsverletzung und dadurch auch auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens.

Diese „Fiktion“ von rechtswidrigem Verhalten des Schuldners bezieht sich zunächst weit gehend auf die Rechtswidrigkeit.

Auch hinsichtlich des Verschuldens wird der Maßstab des Geschäftsherren angelegt.³⁵¹ Behandelt beispielsweise ein Gehilfe eine Sache unachtsam und beschädigt sie, weil ihm der hohe Wert der Sache nicht bekannt ist, wohl aber dem Geschäftsherrn, so haftet der Geschäftsherr.³⁵² Es kommt also insofern auf die subjektiven Fähigkeiten des Gehilfen nicht an. Dieser Maßstab bezieht sich auf Fähigkeiten und Kenntnis an sich, nicht jedoch auf deren jederzeitigen Einsatz: Wenn einem Gehilfen des Schuldners während einer Operation plötzlich schlecht wird, und er deshalb einen Kunstfehler begeht, so entlastet ihn dies (und somit auch den Geschäftsherrn), weil es dem Geschäftsherrn auch passieren hätte können und dies ein Entschuldigungsgrund gewesen wäre.³⁵³ Von einem Teil der Lehre³⁵⁴ wird dennoch die Ansicht vertreten, dass der Geschäftsherr dann nicht nach § 1313a ABGB haftet, wenn der Erfüllungsgehilfe zurechnungsunfähig ist, es sei denn, es trifft ihn ein

³⁵⁰ SZ 61/190 = EvBl 1989/27 = JBl 1978, 208.

³⁵¹ *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², 347.

³⁵² *Reischauer* in *Rummel*³, § 1313a Rz 3.

³⁵³ *Reischauer* in *Rummel*³, § 1313a Rz 3.

³⁵⁴ *M. Wilburg*, ZBl 1930, 664; weitere Nachweise bei *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², 347.

Auswahl- oder Überwachungsverschulden oder es liegen die Voraussetzungen des § 1315 ABGB vor.

Nach Ansicht von *Koziol*³⁵⁵ ist dies unzutreffend, da der Gläubiger davon ausgehen können muss, dass ihm bei Fehlverhalten eines wirksam bestellten Gehilfen ebenso Ersatz geleistet wird, wie wenn ihm ein verschuldensfähiger Vertragspartner gegenüberstünde. Im Falle der Unzurechnungsfähigkeit des Geschäftsherrn ist nach *Koziol*³⁵⁶ eine Haftung für den Erfüllungsgehilfen ebenfalls zu bejahen, da andernfalls der abwegige Fall eintreten könnte, dass der volltrunkene Geschäftsherr für eine Handlung des Gehilfen nicht haftet, weil er zu diesem Zeitpunkt unzurechnungsfähig ist; außerdem würde auch das Vertrauen des Gläubigers enttäuscht – weil dieser keinen Grund hat, wenn ihm ein (zurechnungsfähiger) Gehilfe gegenüber tritt, an der normalen Handlungsfähigkeit des Schuldners zu zweifeln.³⁵⁷

Wie *Iro*³⁵⁸ richtig bemerkt, ist die Anwendung dieses Maßstabes an sich typisch für § 1313a, aber seine Übertragung auf andere Tatbestände (wie zum Beispiel Verursachung des Irrtums, oder das Offenbar-auffallen-Müssen eines Irrtums) nicht ohne weiteres argumentierbar, weil es sich bei § 1313a ABGB eben um eine schadenersatzrechtliche Norm handelt. Für eine Vertragsanpassung oder -anfechtung nach § 871 ABGB ist grundsätzlich kein Verschulden erforderlich. *Iro* räumt zwar ein, dass das Heranziehen von § 1313a ABGB zur Begründung einer Einstandspflicht des Geschäftsherrn für seine Gehilfen auch in nicht schadenersatzrechtlichen Fällen nicht ganz zurückzuweisen sei, da ja ein Teil der Lehre³⁵⁹ auch für das Offenbar-auffallen-Müssen ein fahrlässiges Nicht-Erkennen fordert, das mit einem schadenersatzrechtlichen Verschulden vergleichbar wäre.

*Iro*³⁶⁰ problematisiert in besonderem Maße auch die Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Aufklärungslast des Gehilfen gegenüber dem Irrenden und untersucht in diesem Zusammenhang, ob es sich dabei (bei der

³⁵⁵ *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², 348, 349.

³⁵⁶ *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², 349.

³⁵⁷ *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², 349.

³⁵⁸ *JB1* 1982, 474.

³⁵⁹ *Rummel* in *Rummel*³, § 871 Rz 16.

³⁶⁰ *JB1* 1982, 477.

Aufklärungslast) um eine bloße Obliegenheit handelt, oder tatsächlich um eine Rechtspflicht, die vom Gehilfen wahrgenommen werden müsse. Als Zwischenergebnis leitet *Iro* eine Rechtspflicht zur Aufklärung unter Verweis auf andere Bestimmungen im Gesetz³⁶¹ her, und begründet damit bei Nicht-Aufklärung eine Art Rechtswidrigkeit, die jener des § 1313a ABGB ähnlich ist. Im Endeffekt sei aus § 1313a ABGB jedoch keine unmittelbare Aussage für die Zurechnung von Irrtumsverursachung und Offenbar-auffallen-Müssen zu gewinnen, obwohl die Problemkreise verwandt seien. *Iro*³⁶² entwickelt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der besagt, dass der Geschäftsherr immer dann, wenn die Einschaltung von Hilfspersonen dazu führt, dass die betroffenen Dritten ihre vom Gesetz eingeräumten Rechte weder gegen den Geschäftsherrn selbst, noch gegen den Gehilfen geltend machen können, sich der Geschäftsherr so behandeln lassen muss, als wäre er selbst tätig geworden.³⁶³

Zweifellos ist in den meisten Fällen, in denen der Geschäftsherr in einer rechtsgeschäftlichen Beziehung zu einem Dritten steht und sich eine Wissenszurechnungsfrage stellt, der Wissensmaßstab des Geschäftsherrn anzuwenden. Von diesem Grundprinzip der schadenersatzrechtlichen Zurechnung kann man schwer abrücken, da man sonst ja dem rechtsgeschäftlichen Verkehr das Risiko von persönlichen Fähigkeiten oder Unfähigkeiten von Gehilfen aufbürden würde. Dies bezieht sich insb auf den Maßstab des Kennen-Müssens sowie auf die Erkennbarkeit der Relevanz der Information.

Bei § 1315 ABGB, der die Haftung für Besorgungsgehilfen normiert, die keiner Feststellung eines Verschuldens des Geschäftsherrn bedarf, spricht man von „erstarrtem Auswahlverschulden“, da man davon ausgeht, dass der Geschäftsherr die Untüchtigkeit des Gehilfen jederzeit erkennen kann.³⁶⁴ Darüber hinaus ist auch das Verschulden des Besorgungsgehilfen für die

³⁶¹ So die §§ 866, 878, 875 ABGB.

³⁶² Siehe oben Kapitel VI.B.2.g).

³⁶³ JBl 1982, 519.

³⁶⁴ Siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 358.

Haftung des Geschäftsherrn unmaßgeblich; sonst könnte man in Fällen der Gefährlichkeit und Untüchtigkeit zu einem Haftungsausschluss gelangen.³⁶⁵

ME ist die der Besorgungsgehilfenzurechnung zugrunde liegende Wertung, die auf die Untüchtigkeit bzw Gefährlichkeit des Gehilfen abstellt, nicht auf die anderen Wissenszurechnungsfälle anwendbar. Es kommt ja bei § 1315 ABGB darauf an, dem deliktisch Geschädigten einen weiteren Haftungsfonds zu ermöglichen, wenn der Geschäftsherr hier bei der Auswahl seines Gehilfen „einen Fehler“ gemacht hat, dh das Risiko des Schadenseintrittes durch den Einsatz eines „besonders unfähigen“ Gehilfen vergrößert wurde. Juristische Personen haften darüber hinaus für das deliktische Verhalten ihrer Organe und ihrer Machthaber.³⁶⁶ Diese Repräsentantenhaftung soll, so der Trend,³⁶⁷ auch auf natürliche Personen ausgedehnt werden.

In Hinblick auf die Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB ist in diesem Zusammenhang folgendes zu sagen: Bedient sich ein Geschäftsherr (Schuldner) zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung eines Sachverständigen, gilt für ihn der Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB.³⁶⁸ ME ist bei Einsatz eines Sachverständigen auch im deliktischen Bereich die Haftung nicht auf „untüchtige und besonders unfähige“ Sachverständige zu beschränken. In Lehre³⁶⁹ und Judikatur³⁷⁰ wird eine Ausweitung der Sachverständigenhaftung nur für Fälle, in denen ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter besteht, bejaht; daher kann der Geschädigte bei Schädigung durch einen Sachverständigen nur via § 1315 ABGB auf den Geschäftsherren greifen.

³⁶⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 358.

³⁶⁶ Siehe oben VI.A.2.a)(1); OGH 17. 12. 2003, 7 Ob 271/02g in *ecolex* 2004, 442.

³⁶⁷ Siehe *F. Bydlinski*, *System*, 217; dem folgend OGH 12.09.2002, 5 Ob 173/02f in *MietSlg* 54.175 = wobl 2003/34; siehe auch *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht II*¹³, 359.

³⁶⁸ OGH 28. 8. 2007, 5 Ob 92/07a in *bbl* 2008/31.

³⁶⁹ *Apathy* in *ÖBA* 2006, 840, so auch *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*², 190 unter Berufung auf *F. Bydlinski*, *JB1* 1960, 359.

³⁷⁰ OGH 7. 3. 2006, 1 Ob 247/05p in *JB1* 2007, 309.

Aus meiner Sicht wäre aber, ähnlich wie bei der Repräsentantenhaftung, im Falle einer Schädigung eines Dritten durch einen Sachverständigen, die Haftung des Geschäftsherrn über § 1315 ABGB hinaus angebracht. Durch die erhöhte Kenntnis und die Expertise eines Sachverständigen ist es durchaus gerechtfertigt, den Sorgfaltsmaßstab auch in Hinblick auf andere Schädigungen als jene, die im Zuge der Vertragserfüllung entstehen, auszudehnen. Freilich wäre an eine solche „Erhöhung“ der Haftung Dritter gegenüber wiederum nur innerhalb jenes Bereiches zu denken, innerhalb dessen der Schädiger Sachverständiger ist.

Für die Wissenszurechnung ist der Grundsatz (§ 1315 ABGB), einen größeren Haftungsfonds zu schaffen, nicht brauchbar, da es hier auf die Aufteilung von Informationen ankommt, die durch die erweiterte Wissensplattform, die durch die Verwendung von Personen, welche die Interessen des Geschäftsherrn verfolgen, entsteht. Die Zurechnung des Wissens kann daher nicht auf jene Gehilfen beschränkt werden, die untüchtig oder gefährlich sind.

Für die Wissenszurechnung außerhalb von rechtsgeschäftlichen Beziehungen (also beispielsweise Zurechnung der Unredlichkeit eines Gehilfen beim gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 367 ABGB) muss es daher darauf ankommen, ob (i) der Gehilfe tatsächlich wusste (also positives Wissen hatte), (ii) wenn er nicht wusste: kommt es auf das Erkennen-Müssen aus einer internen Verpflichtung des Gehilfen an, die er gegenüber dem Geschäftsherrn hatte, und (iii) ob der Gehilfe auf Grund seines Verhältnisses zu seinem Geschäftsherrn die Information weitergeben hätte müssen sowie (iv) dass der Gehilfe zur Interessensverfolgung des Geschäftsherrn bestellt war.

Als Beispiel für eine Zurechnung nach diesen Grundsätzen könnte man folgenden Fall heranziehen: Der Bauherr beauftragt eine Firma (=Bauunternehmer) mit dem Bau eines Hauses auf seinem Grundstück, wobei die Materialien, die verwendet werden, nicht im Eigentum des Bauherrn stehen. Der Polier erfährt von diesen Umständen, weil auf einer anderen Baustelle diese Materialien fehlen, da sie möglicherweise an den falschen Ort

transportiert wurden. Die Materialien fallen durch den Einbau (§ 417 ABGB) ins Eigentum des Bauherren. Der Polier hat, (i) obwohl er positives Wissen hatte, (ii) den Bauauftrag ausführte und (iii) der Interessenverfolgung des Bauherren diente, den Bauherren von diesem Umstand nicht in Kenntnis gesetzt. Hier ist mE das Wissen des Poliers dem Bauherren zuzurechnen, unabhängig davon, ob der die betreffende Information bei Ausführung des Bauwerkes für den Bauherr oder auf einer anderen Baustelle erlangt hat. Er ist auf Grund seines Verhältnisses zu seinem Bauherren dazu verpflichtet, sein Wissen und seine Fähigkeiten einzusetzen, um den Auftrag zu erfüllen, und dabei den Bauherren möglichst vor einem Schaden zu bewahren.

Man könnte dem aber folgendes entgegensetzen: Weshalb sollte ein Dritter (also der Geschädigte) davon profitieren, dass der Bauherr hier einen Polier eingesetzt hat, der zufälligerweise erfahren hat, dass diese Materialien nicht dem Bauherren gehörten, weil er auf dieser anderen Baustelle arbeitet?

Meiner Ansicht ist die Frage relativ einfach zu beantworten: (i) wäre der Bauherr an der Stelle des Poliers gewesen, so hätte er den Einbau der fremden Materialien verhindert, und (ii) der Bauherr profitiert schließlich auch im positiven Sinne von allen Kenntnissen des Poliers, den er einsetzt, er muss daher auch die nachteiligen Kenntnisse in Kauf nehmen. Diese beiden Argumente sind im Wesentlichen Ausdruck des Gleichstellungsargumentes sowie des Argumentes der Risikoverteilung, die der Bauherr dem Verkehr zumutet. Wenn man dem entgegensetzt, dass durch eine solche Zurechnung der Bauherr einem zu großen Zurechnungspool ausgesetzt ist, so scheint das auf den ersten Blick möglicherweise gerechtfertigt. Dennoch ist das Vertragsverhältnis, in dem sich der Gehilfe gegenüber dem Bauherren befindet, maßgeblich für die Zurechenbarkeit seines Wissens – der Bauherr kann also durch die Definition der Vertragsverhältnisse mit seinen Gehilfen seinen eigene Risikobereich ebenfalls einschränken und gestalten.

e) Wer ist Erfüllungsgehilfe?

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit dem Willen des Geschäftsherrn bei der Erfüllung seiner Verpflichtung tätig wird.³⁷¹ Der Schuldner muss den Gehilfeneinsatz gebilligt haben, bzw ihn billigend in Kauf genommen haben. Der Gehilfe muss, wie schon aus der oben definierten Formel des § 1313a hervorgeht, vom Schuldner in das Interessenverfolgungsprogramm einbezogen worden sein.³⁷²

Ein Dienstverhältnis oder ein anderes Rechtsverhältnis ist für die Qualifikation des Erfüllungsgehilfen nicht Voraussetzung – jedoch sehr wohl für den oben referierten Ansatz der Treuepflicht des Gehilfen gegenüber dem Geschäftsherrn. Das bedeutet: Wenn man festlegen will, ob man eine Information, die dem Gehilfen außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches zugekommen ist, dem Geschäftsherrn zurechnen möchte, ist sehr wohl fraglich, wie sein Verhältnis zum Geschäftsherrn beschaffen ist: Wenn ein Dienstverhältnis besteht, wird die Treuepflicht wohl eine höhere Informationspflicht durch den Gehilfen zur Folge haben, als wenn es sich um eine bloße Gefälligkeit handelt. Dann wird die Informationspflicht wohl eher geringer sein und daher das erworbene Wissen damit nicht zurechenbar sein. Diese Unterscheidung ist jedoch nur dann relevant, wenn der Dritte (Geschädigte) dem Geschäftsherrn keine (oder eine geringere) Gegenleistung erbringt. Wenn der Dritte dahingegen die volle Gegenleistung erbringt, so ist es unbeachtlich, in welchem „Innenverhältnis“ der Geschäftsherr zu seinem Erfüllungsgehilfen steht.

4. Wissenszurechnung des Boten und Unterscheidung zum Empfangsvertreter

Bote ist, wer Erklärungen des Geschäftsherrn überbringt (Erklärungsbote) oder zur Beförderung an den Geschäftsherrn empfängt (Empfangsbote).³⁷³ Der Begriff des Boten kommt grundsätzlich aus dem Bereich des Rechtes über den

³⁷¹ *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 8.

³⁷² OGH 15.06.1988, 1 Ob 566/88 in WBl 1988, 403.

³⁷³ *Strasser* in Rummel I³, § 1002 Rz 53.

Zugang über die Willenserklärungen.³⁷⁴ Es wurde dabei an eine „menschliche“ Empfangsvorrichtung gedacht, die mit keinen intellektuellen Befugnissen ausgestattet ist. Daher wird grundsätzlich auch die Ansicht vertreten, dass das Wissen von Boten dem Geschäftsherrn nicht zurechenbar ist.³⁷⁵ Betreffend die Zurechnung von Botenfehlverhalten hat die Judikatur³⁷⁶ entschieden, dass selbst fahrlässige Botschaftsfehler dem Geschäftsherrn zuzurechnen sind. Eine Irrtumsanfechtung durch den Geschäftsherrn ist jedoch möglich.³⁷⁷

Begeht ein Bote vorsätzlich einen Fehler, so unterliegt er nach *Strasser*³⁷⁸ gegenüber dem Dritten einer „Art Falsushaftung“. Worin diese Falsushaftung aber genau besteht, erklärt *Strasser* nicht. Auch *Apathy*³⁷⁹ spricht sich dafür aus, die vorsätzliche Entstellung einer Erklärung nicht dem Geschäftsherrn zuzurechnen. In diesem Zusammenhang hat der OGH³⁸⁰ entschieden, dass die vorsätzliche Entstellung einer Erklärung durch einen Empfangsboten dem Geschäftsherrn zuzurechnen sei. Diese Entscheidung wurde insofern von *Wilhelm*³⁸¹ kritisiert, dass auch die vorsätzliche Entstellung einer Erklärung durch den Übermittlungsboten dem Geschäftsherrn nicht zuzurechnen ist und keine Veranlassung bestehe, den Übermittlungsboten anders als den Empfangsboten zu behandeln.³⁸² Zur genaueren Analyse und Kritik zur Judikatur und Lehre siehe weiter unten Kapitel VII.A.1.c).

Empfangsvertreter hingegen sind Personen, die über eine Vertretungsmacht zum Empfang von Willenserklärungen verfügen.³⁸³ Wenn der Empfangsvertreter Kenntnis von der Willenserklärung hat, so gilt die Erklärung dem Vertretenen sogleich als zugegangen.³⁸⁴ Kenntnis liegt dann vor, wenn der Empfangsvertreter die Erklärung wahrgenommen und

³⁷⁴ Siehe unten insb Kapitel VII.A.1.

³⁷⁵ Siehe etwa *Iro*, JBl 1982, 517.

³⁷⁶ SZ 55/57; SZ 59/36.

³⁷⁷ SZ 55/75; JBl 1986, 784.

³⁷⁸ In Rummel I³, § 1002 Rz 53

³⁷⁹ In Schwimann³ § 1002 Rz 7.

³⁸⁰ OGH 19.02.1986, 1 Ob 547/86 in JBl 1986, 784.

³⁸¹ In JBl 1986, 786.

³⁸² Siehe meine weiterführende Kritik unten unter Kapitel VII.A.1.a).

³⁸³ *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen 104.

³⁸⁴ *Rummel* in Rummel I³, § 862a Rz 3.

verstanden hat. Zwar liegt grundsätzlich das Risiko beim Erklärenden, dass der Empfangsvertreter die Erklärung nicht richtig verstehen konnte, aber in jenen Fällen, in denen ein unerkennbares Hindernis, wie etwa Schwerhörigkeit oder sonstige Behinderungen vorliegen, ist das Risiko dem Adressaten aufzuerlegen.³⁸⁵ Durch diese Konstellation ist also grundsätzlich eine Zurechnung (nämlich der Kenntnis des Empfangsvertreters) immer dann möglich, wenn positive Kenntnis (d.h. Wahrnehmung und Einordnung der Information) vorliegt.

Die Wissenszurechnung wird beim Empfangsvertreter aufgrund der *rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht* angenommen. Es sei hier angemerkt, dass man in den meisten Fällen einen Aktivvertreter auch als Empfangsvertreter in der entsprechenden Angelegenheit einstufen wird können. Die Wissenszurechnung aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht ist im rechtsgeschäftlichen Bereich völlig unproblematisch.

Zu bemerken ist hier, dass das Erfordernis des *physischen Machtbereiches* in Hinblick auf einen Empfangsvertreter keine Rolle spielt. Der physische Machtbereich wird gewissermaßen durch die Vertretungsmacht substituiert. Das bedeutet im konkreten Fall, dass einem Empfangsvertreter eine schriftliche oder auch mündliche Erklärung außerhalb des physischen Machtbereiches des Vertretenen übergeben werden kann und der Zugang der Erklärung dadurch wirksam wird.³⁸⁶

In Hinblick auf die Empfangsvertretung ist hier noch auf Entscheidung des OGH³⁸⁷ zu verweisen, in der über die Wirksamkeit der Zustellung eines gerichtlichen Schriftstückes, das an eine OHG zugestellt werden hätte sollen, aber an den vertretungsbefugten Gesellschafter adressiert war, entschieden wurde. Obwohl in diesem Falle der vertretungsbefugte Gesellschafter jedenfalls auch Empfangsvertreter war, wurde die Wirksamkeit der Zustellung

³⁸⁵ *Rummel* in *Rummel I*³, § 862a Rz 3.

³⁸⁶ Siehe auch unten unter Kapitel VII.A.1.a).

³⁸⁷ RdW 1997, 275.

verneint, da hier niemals der richtige Adressat (nämlich die OHG) als Empfänger des Schriftstückes bezeichnet worden war, weder auf dem zuzustellenden Schriftstück, noch auf der Zustellverfügung selbst. Daher konnte in diesem Fall gar nicht von einer Zustellung iSd § 87 ZPO gesprochen werden. Aus diesem Grund kam es auch auf das Wissen des vertretungsbefugten Gesellschafters nicht an, weil dieses Wissen den Zustellvorgang nicht ersetzte.³⁸⁸

Meines Erachtens ist diese Rechtsansicht zu befürworten, da es grundsätzlich einen Unterschied zwischen der gesetzlichen Zustellung und dem Zugang von Erklärungen im rechtsgeschäftlichen Bereich gibt: Die Zustellung iSd § 87 ZPO stellt einen im Rahmen eines förmlichen Verfahrens vorgenommenen Hoheitsakt dar, der die Wirksamkeit der Zustellung an ganz bestimmte Kriterien knüpft: Zumal der Adressat in vielen Fällen von der Erklärung oder dem Schriftstück, das ihm zugestellt wird, zum ersten Mal erfährt (wie beispielsweise bei einer Klage), besteht daher ein erhöhtes Schutzbedürfnis.

Für nähere Ausführungen zum Thema der Zurechnung von vorsätzlichen Übermittlungsfehlern durch Boten und Empfangsvertreter siehe unten unter Kapitel VII.A.1.

³⁸⁸ Mit Verweis auf *Gitschtaler* in *Rechberger* § 87 ZPO Rz 2.

5. Die Wissenszurechnung des Lobbyisten

Die Beschaffung von Kampfflugzeugen („Eurofighter“) durch die Republik Österreich hat politisch und juristisch zu ausgesprochen brisanten Diskussionen geführt. Es wurde ein Untersuchungsausschuss dazu berufen, den Vertragsabschluss und Erwerb der Flugzeuge hinsichtlich einer Ausstiegsmöglichkeit aus dem Kaufvertrag zu überprüfen.

Diese Untersuchung hat sich teilweise auf die Handlungen eines Rüstungslobbyisten bezogen, der Schmiergeldzahlungen an (mit)verantwortliche Personen getätigt haben soll, um den Vertragsabschluss herbeizuführen.

Da im Kaufvertrag im Rahmen der „Verhaltensregeln“ sog Schmiergeld-Klauseln³⁸⁹ eingebaut wurden, die einen Vertragsausstieg im Falle von Zuwendungen im Sinne des § 304 StGB³⁹⁰ an bestimmte Personen durch die Bieterseite ermöglichten und nach Vertragsabschluss bekannt wurde, dass

³⁸⁹ Z.1 dieser Verhaltensregeln sieht folgendes vor: „...von Bieterseite ausdrücklich zugesagt wird, es zu unterlassen, natürlichen oder juristischen Personen, die mittelbar oder unmittelbar an der Auftragsvergabe mitwirken oder auf die Auftragsvergabe Einfluss nehmen können, in Kenntnis dieser Umstände Vorteile iSd § 304 StGB anzubieten oder zu gewähren oder darauf hinzuwirken, dass Dritte solchen Personen einen derartigen Vorteil anbieten oder gewähren“; Z.2 besagt: „...von Bieterseite ausdrücklich zugesagt wird, dafür zu sorgen, dass auch durch sonstige Dritte, welche dem unmittelbaren oder mittelbaren beherrschenden Einfluss eines Bieters unterliegen, kein gem Z1 untersagtes Verhalten gesetzt wird, es sei denn, dass dieses Anbieten oder Gewähren eines Vorteils nachweislich weder im Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung steht, noch geeignet ist, die Auftragsvergabe mittelbar oder unmittelbar zu beeinflussen – wofür der Bieter die Beweislast trägt;“ Z. 3: „...von Bieterseite wird ausdrücklich zugesagt, dafür zu sorgen, dass auch durch Rechtsgeschäfte, die aus oder in Zusammenhang mit der gegenständlichen Angebotseinholung abgeschlossen werden, insb im Zuge der Abwicklung von Gegengeschäften kein Anbieten oder gewähren von Vorteilen in dem nach Z.1 oder Z.2 untersagten Umfang erfolgt, wobei der Bieter dieser Unterlassungspflicht genügt, wenn der die Einhaltung dieser Verpflichtung durch zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen, insb hinsichtlich der im Zuge dieser Angebotseinholung anzubietenden Gegengeschäfte bestmöglich sicherstellt.“ Z.4: „Die in obiger Z 3. enthaltene Verpflichtung des Bieters gilt nur, wenn und soweit die dort definierten Rechtsgeschäfte vom Bieter selbst abgeschlossen wurden.“

³⁹⁰ Geschenkkannahme durch Beamte.

solche Zahlungen durch einen Rüstungslobbyisten vorgenommen wurden, war fraglich, ob dieser Rüstungslobbyist der Bieterin zuzurechnen war. Einerseits stellte sich die Frage nach der Zurechnung dieser Bestechungshandlung, und andererseits das Problem der Zurechnung des Wissens, also der *Unredlichkeit* dieses Lobbyisten an die Bieterin. Die gegebenen Verhaltensregeln stellen nämlich ein Abwehrsystem dar, dass gegenüber dem Vertragspartner im „Unredlichkeitsfall“ schlagend werden sollte, um eine inkorrekte, von vergabefremden Motiven beeinflusste und daher kostspielige Auftragserteilung zu vermeiden.³⁹¹

Im Folgenden soll (a) eine kurze Sachverhaltsdarstellung erfolgen, dann (b) eine Charakterisierung des Lobbyistenvertrags erarbeitet, und schlussendlich (c) auf Grund dieser Kriterien untersucht werden, ob eine Zurechnungsgrundlage für das Wissen des Lobbyisten zur Bieterin besteht.

Verteidigungsminister *Darabos* hat hinsichtlich eines Vertragsausstieges *Helmut Koziol* mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt. Der Untersuchungsausschuss im Parlament hat ein zweites Gutachten, das sich ua mit der Zurechnung des Rüstungslobbyisten beschäftigt, bei *Josef Aicher*, *Andreas Kletecka* sowie *Heinz Mayer* in Auftrag gegeben. Dieses Gutachten³⁹² soll meinen Ausführungen hier als Grundlage dienen – teilweise werde ich mich, wenn notwendig (insb hinsichtlich der Sachverhaltsdarstellung) auf die Sitzungsprotokolle, die auf der Homepage des österreichischen Parlamentes³⁹³ veröffentlicht sind, beziehen.

a) Anlassfall: „Eurofighter“ – Sachverhalt

Der Vertrag über die Lieferung der 18 Abfangjäger wurde zwischen der Republik Österreich, vertreten durch das BMLV auf der einen, und der Eurofighter Jagdflugzeug GmbH (EF-GmbH) auf der anderen Seite,

³⁹¹ 101/KOMM XXIII.GP. 13.

³⁹² 101/KOMM XXIII.GP.

³⁹³ www.parlinkom.gv.at

geschlossen. Die EF-GmbH ist selbst Bieterin, da sie die Leistung erbringen sollte, hat aber zu den Verhandlungen über den Vertragsabschluss von Beginn an die EADS Deutschland GmbH bevollmächtigt.³⁹⁴ Die EADS Deutschland GmbH wiederum hat Herrn F bevollmächtigt, „die Verhandlungen für das Österreich-Beschaffungsvorhaben Eurofighter zu führen“.³⁹⁵ Weiters gab die EF-GmbH an, dass die Firma EADS Deutschland GmbH in Deutschland und Österreich durch Erhard *Steininger* und Fred *Plattner* vertreten ist und diese Herren die Vollmacht hätten, „die Dokumente für die erweiterte Angebotseinholung in unserem Namen (sc: im Namen der EF-GmbH) in Empfang zu nehmen.“³⁹⁶ *Steininger* erhielt monatliche Zahlungen von EADS Deutschland, führte an seiner Wohnadresse ein „EADS-Verbindungsbüro Österreich“ und war Teil des Verhandlungsteams.

Die EADS Deutschland GmbH ist zusammen mit ihrer spanischen Tochter zu 46% an der EF-GmbH beteiligt.³⁹⁷

Der Lobbyist *Steininger* hat eine Zahlung in der Höhe ca 80.000 EUR an eine Firma namens „Creativ Promotion“ geleistet, wobei der Leiter einer Unterkommission der Bewertungskommission (Generalmajor Erich *Wolf*), Kommanditist und Prokurist und seine Ehefrau Anna Maria *Frühstück-Wolf* die Geschäftsführerin dieses Unternehmens war.³⁹⁸ Die Zahlung wurde zu einem Zeitpunkt geleistet, der zwischen Typenentscheidung (02.07.02) und Vertragsabschluss (30.06./01.07.03) lag.³⁹⁹

³⁹⁴ Siehe 101/KOMM XXIII.GP. 28 FN 25.

³⁹⁵ Siehe 101/KOMM XXIII.GP. 28 FN 26. Besagter Herr F wurden dann zu einem späteren Zeitpunkt auch bevollmächtigt, die Verträge mit dem BMLV für die EF-GmbH zu unterzeichnen.

³⁹⁶ Siehe 101/KOMM XXIII.GP. 30.

³⁹⁷ 101/KOMM XXIII.GP. 12 FN 13.

³⁹⁸ 70/KOMM XXIII.GP. 10.

³⁹⁹ Auf den Einwand, dass die Zahlung eben erst nach der offiziellen Typenentscheidung getätigt wurde, und daher sozusagen außerhalb des „Einflussbereiches“ von *Wolf*, der in der Bewertungskommission hinsichtlich der Typenentscheidung in leitender Stellung tätig war, soll hier nicht näher eingegangen werden. Nur soviel: Das Vergabeverfahren war eine sog „freihändige Vergabe“, die auch nach Abgabe des ursprünglichen Angebotes einen weiten Spielraum für Preisreduktionen, Vertragskonditionen, Verschiebung von Zahlungsterminen erlaube. Daher war eine Einflussnahme des

b) Lobbyistenvertrag

(1) Inhalt und Charakter des Lobbyistenvertrages

Der Begriff „Lobbyismus“ (nach dem englischen Begriff „lobby“ = Wandelhalle des Parlaments) ist eine Erscheinung des modernen Parlamentarischen Staates. Er bezeichnet das Bestreben von Interessengruppen durch ihre Beauftragten (Lobbyisten) über die Abgeordneten und maßgebliche Personen in der Exekutive Einfluss auf Gesetzgebung und Verwaltungspraxis im Sinne ihrer Ziele und Wünsche zu gewinnen.⁴⁰⁰

Grundsätzlich besteht die Funktion eines Interessensvertreters einerseits darin, Daten und Informationen zu beschaffen und zu bewerten, um damit eine Hilfestellung im Strategiefindungsprozess des Kunden zu erwirken. Andererseits versorgt der Lobbyist diejenigen, der beeinflusst werden soll (also in einem politischen Entscheidungsprozess zum Beispiel den Abgeordneten), mit Informationen, um das Erscheinungsbild des Unternehmens, das der Lobbyist vertritt, zu prägen.⁴⁰¹ Außerdem muss der Lobbyist Kontaktaufnahme und Beeinflussung der entsprechenden Institutionen übernehmen. Er muss die relevanten Gesprächspartner ausmachen, konkrete Handlungs- und Argumentationsmuster ausmachen, Treffen arrangieren und inhaltlich vorbereiten, Positionspapiere und Dokumente erstellen und vorbringen, den Informationsaustausch durchführen und nachbereiten, und bei Unklarheiten und Unstimmigkeiten nachhaken und dem entgegen wirken.⁴⁰²

Das Ziel des Einsatzes eines Lobbyisten liegt in den meisten Fällen in der Herbeiführung einer politischen Entscheidung zu Gunsten einer

Schmiergeldempfängers auch im Nachhinein möglich (siehe dazu 101/KOMM XXIII. GP. 39).

⁴⁰⁰ Creifelds, Rechtswörterbuch¹⁶, 845.

⁴⁰¹ Seiler, Lobbying – ein strategisches Instrument der Kommunikationswissenschaft 1996, 10.

⁴⁰² Christian Lahusen/Claudia Jauß, Lobbying als Beruf 109.

Interessensgruppe – wie in unserem Anlassfall der Vertragsabschluss mit der EF-GmbH über den Kauf der 18 Kampfflugzeuge. Es kann sich aber natürlich auch um die Herbeiführung einer Entscheidung im Parlament handeln, die ein Gesetz beschließt, oder auch eine andere politische Entscheidung. Arbeitgeber von Lobbyisten sind grundsätzlich Verbände, Repräsentanten einzelner Organisationen wie Unternehmen, oder „consultancies“.⁴⁰³ Lobbyisten sind überwiegend selbstständig tätig. Sie erhalten einerseits ein Honorar für ihre Tätigkeit, und andererseits gewisse Beträge für ihre Ausgaben⁴⁰⁴ durch die Lobbyistentätigkeit.

(2) Stellungnahme im Gutachten

Im Rechtsgutachten, das für diese Ausführungen als Basis herangezogen wurde, wird auf die Stellung Lobbyisten und den „Lobbyistenvertrag“ inhaltlich nicht näher eingegangen, da die Fragestellung, die der Untersuchungsausschuss an die Gutachter gerichtet hat, sich eher auf die Definition des Begriffes „Bieterseite“ (zumal dies der Begriff ist, von dem die Verhaltensregeln im Vertrag sprechen) konzentriert – insb auf die Frage, ob der Rüstungslobbyist der Bieterseite zuzurechnen ist.

Das Rechtsgutachten erklärt zunächst die EADS Deutschland GmbH als der „Bieterseite“ zugehörig.⁴⁰⁵ Hinsichtlich der Zurechnung beruft man sich im Rechtsgutachten auf § 1313a ABGB, da es sich bei der Verletzung der Verhaltensregeln um ein rechtswidriges Verhalten handle und daher der schadenersatzrechtlichen Norm nahe komme. Eine rechtsgeschäftliche Zurechnungsbasis wird ausgeschlossen, da ja sonst einfach mit dem Mangel an Vertretungsmacht für die verpönte Handlung argumentiert werden und so die Haftung ausgeschlossen werden könnte.

⁴⁰³ Dabei handelt es sich um eine Art Beratungsunternehmen, die für eine bestimmte Branche „public relations“, also Öffentlichkeitsarbeit verrichten und zu diesem Zweck spezialisierte Lobbyisten beschäftigen.

⁴⁰⁴ Man denke beispielsweise an die Liste der von Lobbyisten erhaltenen Geschenke, die den Wert von EUR 150,- übersteigen, die Parlamentarier des Europäischen Parlamentes vorlegen müssen. Siehe beispielsweise unter http://ec.europa.eu/commission_barroso/gifts/gifts_fr.pdf.

⁴⁰⁵ 101/KOMM XXIII.GP. 42.

Hinsichtlich der Gehilfenkette EF-GmbH – EADS Deutschland GmbH – *Steininger* wird folgendermaßen argumentiert: Die Zurechnung des ersten Gliedes der Kette, also zwischen der EF-GmbH und der EADS Deutschland GmbH beruht nicht auf § 1313a ABGB, sondern auf vertraglicher Vereinbarung. Dies ergebe sich aus dem Begriff „Bieterseite“. Daher sei die Einstandspflicht für einen Gehilfen, auch wenn dieser nach den allgemeinen Regeln nicht zuzurechnen wäre, durch die vertragliche Vereinbarung gegeben⁴⁰⁶ und deshalb sinngemäß die Heranziehung der Grundsätze, die für eine klassische Gehilfenkette gelten, heranzuziehen.

Der Lobbyist *Steininger* wird als Erfüllungsgehilfe der EF-GmbH qualifiziert, da er von der EADS Deutschland GmbH zur Erfüllung der die EF-GmbH treffenden (Verhaltens-) Pflichten eingesetzt wird.⁴⁰⁷ Der „Pflichtgehalt“, zu dessen Erfüllung sich die EF-GmbH des Gehilfen *Steininger* via die EADS Deutschland GmbH bedient, ist nach dem Gutachten die Unterlassung der Verletzung der Verhaltensregeln.⁴⁰⁸ Es muss sich nach der Meinung der Gutachter für eine Zurechenbarkeit nach § 1313a ABGB also um eine Person handeln, die typischerweise in einem Bereich eingesetzt wird, für den die Einhaltung der Verhaltenspflichten zentrale Vorschriften sind. Nach dieser Ansicht wäre *Steininger* der EF-GmbH jedenfalls dann zuzurechnen, wenn er mit Geldbeträgen für die Schmiergeldzahlungen ausgestattet worden wäre.⁴⁰⁹

Zur Frage nach der Zurechnung von vorsätzlichem Verhalten eines Gehilfen schließen sich die Gutachter der Ansicht an, dass immer dann, wenn die Schädigung für das konkrete Schuldverhältnis typisch ist, eine Zurechnung auch außerhalb der Leistungspflichten möglich ist.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ 101/KOMM XXIII.GP. 46.

⁴⁰⁷ 101/KOMM. XXIII.GP. 48.

⁴⁰⁸ 101/KOMM. XXIII.GP. 49.

⁴⁰⁹ 101/KOMM. XXIII.GP. 49.

⁴¹⁰ So auch *Reischauer* in Rummel II³, § 1313a Rz 3; aA *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 345f.

Hinsichtlich der Verknüpfung der Pflichtverletzung mit der Erfüllung wird angeführt, dass, da der Lobbyist im Wesentlichen nur eine einzige Pflicht aus dem Verhältnis des Bieters zum Auftraggeber erfülle, nämlich die zum Betreiben des Lobbyismus erhaltenen Gelder nicht zu nach den Verhaltensregeln verbotenen Zwecken zu verwenden, der nötige Zusammenhang bestehe.⁴¹¹

Da die Verhaltensregeln im gegenständlichen Kaufvertrag die EF-GmbH binden, und nicht die EADS Deutschland GmbH, muss nach Ansicht der Gutachter der Rüstungslobbyist *Steininger* als Erfüllungsgehilfe der EF-GmbH qualifiziert werden.

c) Eigene Ansicht

Die zentrale Frage, die sich für mich in diesem Zusammenhang ergibt, ist: Warum hat man den Rüstungslobbyist nicht schlichtweg als Verhandlungsgehilfe der EF-GmbH qualifiziert und seine Unredlichkeit bei seiner Tätigkeit zur Herbeiführung des Kaufvertragsabschlusses der EF-GmbH zugerechnet?

Für die Qualifikation als Erfüllungsgehilfe muss in der Regel entweder ein Schuldverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertragspartner oder eben eine Gehilfenkette wie oben dargestellt vorliegen. Außerdem muss der Erfüllungsgehilfe typischerweise eine Pflichtverletzung begehen, die mit der von ihm zu erledigenden Tätigkeit und der Vertragserfüllung durch den Verpflichteten (also dem Geschäftsherrn) zusammenhängt.

Beim oben genauer geschilderten WEB- Fall wurde in der Judikatur und Lehre kein einziges Mal an der Tätigkeit des Anlageberaters als Verhandlungsgehilfe der Bank gezweifelt, und sogar zugestanden, dass eine Unredlichkeit seinerseits der Bank zuzurechnen wäre.

⁴¹¹ 101/KOMM. XXIII.GP. 50.

Im gegenständlichen Fall ist dies sogar noch offenkundiger: Die Tätigkeit des Lobbyisten ist *typischerweise* auf Herbeiführung eines Vertragsabschlusses ausgerichtet – man könnte sogar sagen, der Lobbyist ist *der* Vertragstyp eines Verhandlungsgehilfen schlechthin. Üblicherweise qualifiziert man jene Personen als Verhandlungsgehilfen, die *faktisch* bei den Vertragsverhandlungen tätig werden,⁴¹² warum qualifiziert man also eine Person, deren *vertragliche* Pflicht es sogar ist, einen Vertragsabschluss herbeizuführen, *nicht* als Verhandlungsgehilfe und rechnet deren Unredlichkeit der EF-GmbH, deren Interessen sie verfolgt, zu?

Die (vor)vertragliche Pflicht, die Verhaltensregeln nicht zu verletzen, besteht ohnehin und würde durch eine Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen an die EF-GmbH verletzt, was mE auch einen Vertragsausstieg auf Grund von Irrtum bzw. List und durch die Qualifikation von *Steiniger* als Erfüllungsgehilfe Schadenersatzansprüche ermöglichen würde.

⁴¹² Siehe oben genauer im Kapitel VI.B.2..

6. Die Wissenszurechnung beim Wissensvertreter

Die Rechtsfigur des Wissensvertreters kommt ursprünglich aus dem Versicherungsvertragsrecht.⁴¹³ Der Versicherungsnehmer wird in einigen Fällen mit der Obliegenheit belastet, eine Wissenserklärung abzugeben, wie zum Beispiel in § 16 VVG, nach dem der Versicherungsnehmer alle ihm bekannten Umstände angeben muss, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind. Ein anderes Beispiel bilden die §§ 23 und 27 VVG, wonach der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, eine Gefahrenerhöhung während des Versicherungsverhältnisses anzuzeigen. So auch § 33 VVG, wonach der Versicherungsnehmer dem Versicherer den Eintritt eines Versicherungsfalles unverzüglich anzuzeigen hat.

Naturgemäß muss der Versicherungsnehmer diese Umstände kennen, um sie anzeigen zu können. Auf Grund dieser Kenntnisnotwendigkeit wurde im Versicherungsvertragsrecht die Rechtsfigur des Wissensvertreters entwickelt. Der Wissensvertreter ist eine Person, die den Versicherungsnehmer in der Kenntniserlangung vertritt, und ist streng vom Wissenserklärungsvertreter zu unterscheiden, der eine Wissenserklärung weitergibt.⁴¹⁴ Bei der Wissensvertretung geht es also nicht um ein Handeln im fremden Namen, sondern tatsächlich um ein *Wissen* für eine andere Person. Nicht nur *Ricardi*⁴¹⁵ vertritt die Ansicht, dass die Wissensvertretung auch außerhalb des Versicherungsrechts einen Zurechnungstatbestand bilden soll, sondern dieser Grundsatz findet sich auch teilweise in der österreichischen Judikatur wieder: Beispielsweise wurde die Hausverwaltung als Wissensvertreter des Liegenschaftseigentümers in Hinblick auf den Beginn der schadenersatzrechtlichen Verjährungsfrist gesehen,⁴¹⁶ da nach Ansicht des OGH die Hausverwaltung damit betraut worden ist, Tatsachen, deren Kenntnis

⁴¹³ *Oldenbourg*, Die Wissenszurechnung 55ff.

⁴¹⁴ *Ricardi*, AcP 169, 386f.

⁴¹⁵ *Ricardi*, AcP 169, 388.

⁴¹⁶ SZ 68/179.

von Rechtserheblichkeit ist, entgegenzunehmen oder anzuzeigen. So wurde auch die Rechtsschutzversicherung als Wissensvertreter der klagenden Partei hinsichtlich der Kenntnis der Unfallsbeteiligten angesehen.⁴¹⁷

Wie wird man nun zum Wissensvertreter?

Der BGH setzt für die Stellung als Wissensvertreter ein gewisses Maß an Selbstständigkeit und Verantwortlichkeit voraus, weswegen er den Fahrer eines Lastzuges nicht als Wissensvertreter des Firmeninhabers gesehen hat.⁴¹⁸ Im Versicherungsrecht wurde der Begriff des Wissensvertreters weitgehend konkretisiert: Wissensvertreter ist, wer in *nicht ganz* untergeordneter Stellung vom Versicherungsnehmer zumindest in einem Teilbereich damit betraut ist, an dessen Stelle für das Versicherungsverhältnis rechtserhebliche Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen.⁴¹⁹ Betrauen bedeutet, dass die bloße Übertragung der Aufgabe genügt, wobei aber eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht für die Charakterisierung als Wissensvertreter nicht Voraussetzung ist. Es reicht auch nicht, dass eine Hilfsperson aus tatsächlichen Gründen besser als der Versicherungsnehmer unterrichtet ist, oder die tatsächliche Möglichkeit hatte, Wahrnehmungen an Stelle des Versicherungsnehmers zu machen.⁴²⁰

Wenn die Ehefrau des Versicherungsnehmers die Schadensanzeige ausfüllt oder der Versicherungsnehmer den Angaben der Ehefrau bei der Ausfüllung der Schadensanzeige folgt, so ist diese als Wissensvertreterin des Versicherungsnehmers anzusehen.⁴²¹ Ebenso ist der Angestellte des Versicherungsnehmers, dem rechtserhebliche Tatsachen zur Kenntnis gebracht werden, wenn der Betrieb so organisiert ist, dass der Versicherungsnehmer üblicherweise keine Informationen selbst entgegen nimmt, als Wissensvertreter des Versicherungsnehmers zu betrachten.⁴²²

⁴¹⁷ SZ 74/89.

⁴¹⁸ VersR 1971, 538.

⁴¹⁹ Honsell, Berliner Kommentar zum VVG § 6 Rz 248.

⁴²⁰ Honsell, Berliner Kommentar zum VVG § 6 Rz 250.

⁴²¹ OLG Celle ZfS 1988, 186.

⁴²² VersR 1970, 613.

*Ricardi*⁴²³ vertritt die Ansicht, dass Wissensvertreter ist, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn die rechtserhebliche Kenntnis haben und erlangen kann. Es sei nicht erforderlich, dass die Person zum „Wissensvertreter“ bestellt wird, da es für die Wissenszurechnung nicht darauf ankommen könne, dass der Geschäftsherr sie gewollt habe.

Ricardi vergleicht die Position des Wissensvertreters mit jener des Empfangsvertreters, dem im Gegensatz zum Empfangsboten Erklärungen „direkt“ zugehen. Der Empfangsvertreter sei dem Stellvertreter näher, wobei er andererseits scharf vom bloßen Geschäftsgehilfen abzugrenzen sei. Daher sei ein Buchhalter, der vom Geschäftsherrn zu Vertragsverhandlungen hinzugezogen wird, kein Wissensvertreter und nicht zuzurechnen.⁴²⁴ Nach *Ricardi* ist das Wissen von Geschäftsgehilfen ohne Bedeutung, obwohl sie für den Geschäftsherrn mit dessen Wissen und Wollen tätig werden.

Ricardi begründet diese Ansicht mit dem Zweck der Institution der Stellvertretung, die ermöglichen soll, einem anderen für bestimmte Dinge *Entscheidungsgewalt* einzuräumen. Daher sei der Vertreter für bestimmte Bereiche zuständig, dafür wird der Vertreter sozusagen eigener *Zuordnungsmittler*. Der Stellvertreter kann also aus eigener Macht einen Willensentschluss für den Geschäftsherrn zustande bringen.

Über diese Fähigkeit verfügt der Geschäftsgehilfe, der eben nur vorbereitend tätig ist, nicht, weswegen sein Wissen auch nicht relevant sein kann. Er ist eben am Willensentschluss des Geschäftsherrn nicht beteiligt, und handelt nicht aus eigener Verantwortung. Daher ist er nach *Ricardi* kein Wissensvertreter.⁴²⁵ Nach *Ricardi* ist Wissensvertreter, wer mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn rechtserhebliche Kenntnis für diesen erlangen kann.

⁴²³ AcP 169, 398.

⁴²⁴ AcP 169, 401.

⁴²⁵ AcP 169, 401.

a) Kritik

Meines Erachtens ist die Ansicht *Ricardis*, das Institut des Wissensvertreters auch außerhalb des Versicherungsrechtes anzuerkennen, richtig, wobei man an der eben geschilderten Übersicht der Judikatur sehen kann, dass dem auch der OGH zustimmt und den Wissensvertreter als solchen anerkennt.

Die Schwachstelle *Ricardis* in seiner Definition des Wissensvertreters liegt meines Erachtens in der Parallele zur Stellvertretung bzw zur Empfangsvertretung. *Ricardi* bemerkt einerseits, dass der Geschäftsherr nicht mit seinem Willen (nämlich durch Erteilung von Vertretungsmacht) steuern können soll, ob die Wissenszurechnung zu seinen Lasten stattfindet. Andererseits sagt *Ricardi*, es könne nur jemand Wissensvertreter sein, der mit Wissen und Wollen des Geschäftsherrn selbstständig tätig wird und schließt daher einen Geschäfts-, oder Verhandlungsgehilfen aus, da dieser keinen eigenen Willensentschluss fassen kann. Es kann jedoch nicht richtig sein, einerseits das Rechtsinstitut der Wissensvertretung anzuerkennen zu wollen, das vom Willen des Geschäftsherrn unabhängig sein soll, aber andererseits die Wissensvertretung zu verneinen, wenn der Gehilfe keine eigene Entscheidungsmacht hat und selbst Willensentschlüsse fassen kann.

Ricardi räumt zwar ein, dass es keiner formalen Ernennung zum „Wissensvertreter“ bedarf, dies scheint jedoch nur ein rein rhetorisches Argument zu sein – man kann schließlich auch eine Vertretungsmacht stillschweigend erteilen.

Daher geht *Ricardi* in seiner Darstellung der Institution „Wissensvertreter“ nicht wesentlich über das, was bereits über die Wissenszurechnung bei der Stellvertretung gesagt wurde hinaus, und ermöglicht im Ergebnis keine Wissenszurechnung an den Geschäftsherrn, ohne dass dieser eine solche mehr oder weniger ausdrücklich gewollt hätte.

b) Eigene Ansicht

Meiner Ansicht nach ist die Wissensvertretung als eigener Zurechnungstatbestand im allgemeinen Zivilrecht zu bejahen. Die Abgrenzungskriterien haben sich jedoch nicht nach dem Willen des Geschäftsherrn zu richten, sondern nach der faktischen Tätigkeit, einem selbstständigen Aufgabenkreis des Wissensvertreters und dem Wissen (und nicht dem *Wollen*) des Geschäftsherrn von dessen Handeln.

Ob jemand Wissensvertreter ist, kann nicht davon abhängen, dass er Entscheidungsgewalt hat, da ein Wissensvertreter ja *typischerweise* keine Handlungen setzt oder Willensentschlüsse fasst, sondern eben nur zur Wissenserlangung für den Geschäftsherrn da ist. Daher ist meines Erachtens die *Betrauung* des Wissensvertreters mit einem Aufgabenbereich insofern als Zurechnungsgrundlage zu sehen, als ein Gehilfe, der über einen gewissen Aufgabenbereich verfügt und dort eine gewisse Selbstständigkeit besitzt, jedenfalls als Wissensvertreter zu qualifizieren ist. Weiters muss ein Gehilfe, der möglicherweise außerhalb seines Aufgabenbereiches für den Geschäftsherrn mit dessen *Wissen* tätig wird, ebenfalls als Wissensvertreter anerkannt werden. Daher muss auch ein Verhandlungsgehilfe als Wissensvertreter gelten – es geht nicht an, die Wissenszurechnung auch in diesem Fall vom Willen des Geschäftsherrn abhängig zu machen. Handhabt man die Zurechnungsgrundlage nämlich in dieser Weise, so öffnet man dem Geschäftsherrn wieder Tür und Tor, „nicht zuständige“ oder nicht „betrante“ Gehilfen einzusetzen und sich so der Wissenszurechnung zu entziehen.

Für die Qualifikation als Wissensvertreter muss daher folgendes gelten: Wissensvertreter ist, wer ohne Vollmacht in einem gewissen Aufgabenbereich tätig ist und dabei relevantes Wissen für den Geschäftsherrn erlangt. Wenn jemand keinem dezidierten Aufgabenbereich zugeordnet ist, oder sich außerhalb des Aufgabenbereiches bewegt und dabei aber faktisch für den Geschäftsherrn tätig wird, so muss auch dieser Gehilfe Wissensvertreter sein, sofern der Geschäftsherr von dessen Handeln *weiß*.

Sieht man sich die Einstufung der Ehefrau des Versicherungsnehmers als Wissensvertreterin an,⁴²⁶ so entsteht hier der Eindruck, dass die Ehefrau mehr kraft ihrer Stellung als Ehefrau Wissensvertreterin ist, und nicht, weil sie vom Versicherungsnehmer mit einer Aufgabe „betraut“ wurde. Tatsächlich scheint hier das Abgrenzungskriterium des faktischen Tätigwerdens für das Zurechnungsobjekt mit dessen Wissen am meisten geeignet, eine sinnvolle Bestimmung von Wissensvertretern vorzunehmen.

⁴²⁶ Siehe FN 421.

7. Wissenszurechnung bei gesetzlicher Vertretung

Die gesetzliche Stellvertretung soll jenen Personen, die minderjährig, oder sonst in ihrer Handlungsfähigkeit beeinträchtigt sind, die Teilnahme am Verkehr mit Hilfe eines gesetzlichen Vertreters, ermöglichen. Im Gegensatz zur Stellvertretung, die Ausdruck der Privatautonomie ist und einer Person ermöglicht, in Selbstbestimmung eine andere Person zu autorisieren, substituiert die gesetzliche Stellvertretung diese Selbstbestimmungsmöglichkeiten.⁴²⁷ Gesetzliche Vertreter sind die Eltern des minderjährigen Kindes (§ 144 ABGB), die Mutter des minderjährigen unehelichen Kindes (§§ 166, 167 ABGB); eine andere Person, die mit der Obsorge des Kindes betraut ist (§ 187 ABGB), der Jugendwohlfahrtsträger in Fällen des § 211 ABGB sowie der Sachwalter einer behinderten, volljährigen Person im Rahmen des übertragenen Wirkungskreises (§ 273 ABGB).

Hinsichtlich der Haftung des Vertretenen für den gesetzlichen Vertreter wurde die Meinung vertreten, dass der Vertretene für das Verschulden des Vertreters beim Vertragsschluss einstehen müsse,⁴²⁸ da das betreffende Schuldverhältnis nicht anderer Art sei als andere, für die die Bestimmungen der Gehilfenhaftung gelten. Dagegen wurde vorgebracht, dass immer dann von dieser Regelung eine Ausnahme gemacht werden solle, wenn der Vertreter selbst wegen der Deliktsnatur seiner Handlung verantwortlich gemacht werden könne.⁴²⁹ Die Rechtfertigung für diese Argumentation liegt darin, dass der Vertretene schließlich den Vertreter nicht auswählen könne und der Vertreter zu seinem Schutz eingesetzt werde. Im Folgenden schildere ich kurz die Ergebnisse der Untersuchung *Iros* zu diesem Themenkreis, die sich insb mit der Zurechnung der Unredlichkeit beim Besitzerwerb beschäftigen:

⁴²⁷ Flume, Das Rechtsgeschäft⁴, 754.

⁴²⁸ Flume, Das Rechtsgeschäft⁴, 798.

⁴²⁹ Etwa Larenz, Schuldrecht I 243.

*Iro*⁴³⁰ vertritt die Ansicht, dass hinsichtlich Schadensverursachung durch den (schlechtgläubig vorgehenden) Vertreter dieser *ex delicto* haften solle. Daher solle ein Schadenersatzanspruch gegen den Vertretenen nicht zugelassen werden. Dies kann jedoch nicht eine vollkommene Immunität des Vertretenen zur Folge haben, da er ja im Rechtsverkehr auch nicht besser gestellt werden soll als andere Verkehrsteilnehmer. Die Unredlichkeit des Vertreters beim Besitzerwerb ist laut *Iro*⁴³¹ dem Vertretenen daher dann zuzurechnen, wenn man annimmt, ein redlicher, ordentlicher Vertreter hätte das Geschäft vorgenommen, diesem die Fehlerhaftigkeit des Erwerbsaktes aufgefallen wäre und er daher das Geschäft nicht getätigt hätte. In einem solchen Fall hätte das Mündel (also der Vertretene) nicht Besitz erworben. Es ist also nicht einzusehen, warum dem Mündel aufgrund der Vertretungshandlung eines unredlichen Vertreters Vorteile erwachsen sollten, die ihm bei Verwendung eines „ordentlichen Vertreters“ nicht erwachsen wären. Es kann daher ein mögliches Versagen des gesetzlichen Vertreters nicht auf die restlichen Verkehrsteilnehmer überwältzt werden.

Hinsichtlich des Wissens und Wissen-Müssens bei der gesetzlichen Vertretung ist in *allen* Fällen auf die Fähigkeiten des gesetzlichen Vertreters abzustellen,⁴³² was sich schon daraus ergibt, dass die mangelnden intellektuellen Fähigkeiten des Mündels durch ihn substituiert werden sollen. Das private Wissen des gesetzlichen Vertreters ist wohl auch relevant; da er, wie auch beispielsweise der Machthaber bei der (handlungsunfähigen) juristischen Person, als „Gehirn“ *und* Handelnder des Vertretenen fungiert.

Wenn nun das Mündel unredlich ist, aber der gesetzliche Vertreter redlich erwirbt, wird man auch der Ansicht von *Iro*⁴³³ folgen können, nach der es einerseits darauf ankommt, ob das Mündel mit dem Erwerb rechnen musste, wobei hier tatsächlich auf die individuellen Fähigkeiten des Mündels abzustellen ist. Wenn das unredliche Mündel den gesetzlichen Vertreter auf die

⁴³⁰ Besitzerwerb durch Gehilfen 213.

⁴³¹ Besitzerwerb durch Gehilfen 251.

⁴³² *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 252.

⁴³³ Besitzerwerb durch Gehilfen 265.

Rechtsverletzung nicht aufmerksam machte, aber dieser ohnehin nicht darauf eingegangen wäre, hätte dies zur Folge, dass es an der Kausalität des Mündels für einen Schadenseintritt beim Geschädigten fehlen würde. Der Schaden wäre hier eben auch bei Tätigwerden des Vertretenen eingetreten. Trotz Verneinung eines Schadenersatzanspruches mangels Kausalität müsste das Mündel in einem solchen Fall die Folgen des §§ 335ff tragen.⁴³⁴

Wenn nun der gesetzliche Vertreter unredlich, das Mündel aber redlich ist und selbstständig eine Sache erwirbt, dann wird es für die Wissenszurechnung darauf ankommen, ob der Vertreter hinsichtlich der Betätigung des Mündels einer Überwachungspflicht unterliegt und er diese im konkreten Fall nicht wahrgenommen hat. Wenn dies zutrifft, dann könnte man eine Wissenszurechnung vom Vertreter zum Mündel bejahen, da der Verkehr nicht dadurch belastet werden soll, dass der gesetzliche Vertreter seine Überwachungs- und Aufsichtspflicht verletzt hat.⁴³⁵

Einen Schadenersatzanspruch gegen das Mündel wird man verneinen können, da die Aufsichtspflichtverletzung des gesetzlichen Vertreters nur diesen trifft.⁴³⁶

8. Wissenszurechnung im Verbandsorganismus sowie im Konzern

a) Verbandsorganismus

Der oben unter IV.C geschilderte Fall⁴³⁷ wirft die Frage auf, inwiefern eine Wissenszurechnung innerhalb eines Verbandsorganismus wie einer Bank von der Geschäftsleitung zur einlösenden Filiale möglich ist. Zweifellos kann man davon ausgehen, dass im Falle der Unredlichkeit des einlösenden Schalterbeamten die Bank als unredlich zu betrachten ist. Ob dahingegen die Unredlichkeit der Geschäftsleitung am Hauptsitz gegenüber der Gutgläubigkeit des einlösenden Schalterbeamten durchschlägt, ist fraglich.

⁴³⁴ Besitzerwerb durch Gehilfen 263f.

⁴³⁵ *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 266f.

⁴³⁶ *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 266.

⁴³⁷ *ecolex* 1996, 359.

Eine Bankfiliale ist in der Regel nicht mehr als eine Zweigstelle des Unternehmens. In der Filiale haben gewisse Mitarbeiter bestimmte Befugnisse, wobei sie über Vertretungsmacht verfügen und im Namen der Bank handeln. Dennoch liegt hier keine selbstständige Handlungsbefugnis vor, weil die Filiale keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und organisatorisch sehr strengen Maßgaben unterliegt, deren Befugnisse genau determiniert sind. Wie ich oben schon erwähnt habe, geht die hL davon aus, dass die Bösgläubigkeit des Vertretenen gegenüber der Gutgläubigkeit des Vertreters durchschlägt.⁴³⁸ Aufgrund der organisatorischen Nähe einer Filiale zur Geschäftsleitung ist diese Situation mit einem Vertretungsverhältnis wohl vergleichbar. Die Frage, die bleibt, ist dennoch, ob eine solche Wissenszurechnung erst dann greift, wenn man vom Ablauf einer angemessenen Frist, in der die entsprechende Information üblicherweise hätte weitergeleitet werden müssen, ausgeht. Dies ist meiner Ansicht nach zu bejahen, da auch die Wissenszurechnung des Vertretenen an den Vertreter sinnvollerweise erst dann greifen kann, wenn er beispielsweise vom bevorstehenden Geschäft hätte wissen müssen oder davon Kenntnis hatte. Denn ein bloßer Bewusstseinszustand der Bösgläubigkeit allein ist nicht rechtswidrig.⁴³⁹

Daher kann eine Wissenszurechnung von der Geschäftsleitung wohl nur dann bejaht werden, wenn die angemessene Zeit für die Informationsweitergabe abgelaufen ist und diese unterlassen wurde.

b) Wissenszurechnung im Konzern

§ 15 AktG definiert den Konzern als eine Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung. Einheitliche Leitung besteht dann, wenn die verschiedenen Unternehmen planvoll zu wirtschaftlichen Zwecken koordiniert werden und die Leitungsfunktionen tatsächlich wahrgenommen werden müssen, also die bloße

⁴³⁸ *Strasser* in Rummel I³, § 1018 Rz 12; siehe auch Kapitel VI.B.1.b).

⁴³⁹ Damit ist gemeint: ohne Handlung bzw ohne Kenntnis einer bevorstehenden Handlung.

Möglichkeit einheitlicher Leitung nicht ausreicht.⁴⁴⁰ Es kommt dabei nicht auf ein Weisungsrecht des übergeordneten Unternehmens an, sondern es genügt die tatsächliche Koordinierung des Verhaltens der Unternehmen; dies kann durch Beteiligungen, personelle Verflechtungen, gesellschaftsrechtliche Sondervereinbarungen, Finanzierungen oder langfristige Lieferverträge geschehen.⁴⁴¹

Es wird zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern unterschieden;⁴⁴² grundsätzlich lässt das Bestehen eines Konzerns die Eigenständigkeit der verbundenen Gesellschaften und die Eigenverantwortlichkeit ihrer Organe unberührt.⁴⁴³

Daher können meiner Ansicht nach die Regeln über die Wissenszurechnung für die Einschaltung von Hilfspersonen nicht direkt auf das irgendwo im Konzernunternehmen vorhandene Wissen übertragen werden, sondern diese Frage muss differenziert und in Zusammenhang mit den konkreten Umständen beantwortet werden.⁴⁴⁴

*Drexel*⁴⁴⁵ hat sich mit der Problematik auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wissenszurechnung zunächst auf Organisationspflichten basiert. Diese Ableitung stammt aus einer Entscheidung des BGH⁴⁴⁶ vom Jahr 1996, die die Wissenszurechnung auf eine wertende Betrachtung stützt, nach der die Pflicht zur internen Organisation der internen

⁴⁴⁰ *Jabornegg* in *Jabornegg-Strasser*, Kommentar zum AktienG³, § 15 Rz 14.

⁴⁴¹ *Jabornegg* in *Jabornegg-Strasser*, Kommentar zum AktienG³, § 15 Rz 15.

⁴⁴² Wobei im Unterschied zum deutschen Recht der Begriff des Vertragskonzerns auf das Vorliegen eines besonderen Beherrschungsvertrages abstellt, aber im österreichischen Recht schon dann ein Vertragskonzern vorliegt, wenn irgendwelche Verträge abgeschlossen werden, die die Konzernlage unterstützen. Der Begriff „faktischer Konzern“ bedeutet, dass eine Konzernlage ohne solche Verträge vorliegt, wobei die faktische Konzernierung dennoch durch die Satzung gedeckt sein muss.

⁴⁴³ Beispielsweise ist die völlige Unterordnung einer Gesellschaft unter die Interessen des herrschenden Unternehmens als totale Selbstaufgabe der eigenen Rechtspersönlichkeit nach § 879 ABGB unwirksam; siehe *Jabornegg* in *Jabornegg-Strasser*, Kommentar zum AktienG³, § 15 Rz 33; so werden auch teilweise Beherrschungsverträge als ungültig erachtet, wenn sie gegen zwingende Normen, die beispielsweise die Eigenverantwortlichkeit der AG bestimmen, verstoßen (siehe §§ 70; 84 AktG).

⁴⁴⁴ In diese Richtung auch *Iro*, ÖBA 2001, 120.

⁴⁴⁵ Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 1997, 491ff.

⁴⁴⁶ BGHZ 131, 30.

Kommunikation besteht. Diese ergebe sich aus einer Beherrschbarkeit des selbst eröffneten Verkehrsbereiches, wobei eine Anpassung an die berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs zu erfolgen habe. Die Rechtsform der konkreten Organisation sei unerheblich, und die entwickelten Grundsätze seien auf alle arbeitsteiligen Organisationen anzuwenden, bei denen das Risiko der Wissensaufspaltung bestehe.

Nach *Drexl*⁴⁴⁷ richtet sich die Wissenszurechnung im Konzern nach drei Grundsätzen: Über die anzuwendende Wissensnorm ist das organisationspflichtige Unternehmen zu identifizieren; es kommt weiters auf die Beherrschbarkeit der Wissensorganisation im anderen Konzernunternehmen, oder auf ein einheitliches Auftreten zweier Konzernunternehmen gegenüber einem Dritten an, oder ein Konzernunternehmen ist alleiniger Gesellschafter des anderen Konzernunternehmens. Außerdem müssen das herrschende und das beherrschte Unternehmen als arbeitsteilige Organisation erscheinen und daher über ein Mindestmaß an einheitlicher Unternehmensplanung verfügen.

Auch *Iro*⁴⁴⁸ vertritt die Ansicht, dass die Wissenszurechnung einer Gesellschaft zur anderen eine besonders starke Verbundenheit der beiden Gesellschaften voraussetzt, die wohl dann zu bejahen ist, wenn die eine Gesellschaft die andere trotz rechtlicher Selbstständigkeit beherrscht.

In Hinblick auf einen Unterordnungskonzern spricht sich *Iro* dafür aus, wie bei § 15 Abs 2 AktG⁴⁴⁹ bei potentieller Leitung die Konzernierung zu vermuten und eine Wissenszurechnung prinzipiell zu bejahen. Betreffend den Gleichordnungskonzern befürwortet *Iro* eine Wissenszurechnung immer dann, wenn ein Gesellschafter an beiden Gesellschaften derartige Beteiligungen besitzt, die ihn gegenüber den Gesellschaften als Unternehmer erscheinen lassen, der alle auf die Konzerngesellschaften aufgeteilten Tätigkeiten in

⁴⁴⁷ Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 1997, 519.

⁴⁴⁸ ÖBA 2001, 121.

⁴⁴⁹ § 15 Abs 2 AktG: „(2) Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.“

seinem Betrieb vereint. Der Einfluss des Gesellschafters muss tatsächlich zum Zwecke der einheitlichen Unternehmensplanung ausgeübt werden. *Iro*⁴⁵⁰ spricht sich hier für eine gegenseitige Wissenszurechnung der beiden Konzerngesellschaften aus, wobei er sich dennoch an der Zweifelsregel orientieren möchte, dass, zumal es sich um selbstständige wirtschaftliche Einheiten handelt, das Wissen nicht zugerechnet werden kann.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine Wissenszurechnung im Konzern nur dann möglich sein kann, wenn (i) eine Gesellschaft die andere Gesellschaft wie eine Hilfsperson im Rahmen einer Vertragserfüllung einsetzt oder in Zusammenhang mit einer anderen Verpflichtung, jedoch im Sinne einer arbeitsteiligen Organisation einsetzt, oder (ii) wenn die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft (vor allem auf Grund einer Mehrheitsbeteiligung) so beherrscht, dass der Eindruck entsteht, es handle sich um eine unselbstständige Betriebsabteilung.

§ 244 UGB, der die Voraussetzungen für die Verpflichtung der Aufstellung eines Konzernabschlusses normiert und insb das Verhältnis zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft bestimmt, das zu einer solchen Verpflichtung führt, könnte möglicherweise als Zurechnungsgrundlage herangezogen werden. Im Konzernabschluss ist die Lage des Unternehmens so darzustellen, als handelte es sich um ein einziges Unternehmen (§ 250 UGB).

Dennoch wird der Einfluss einer Gesellschaft, der sich auf eine rein wirtschaftliche Beteiligung beschränkt, nicht als Zurechnungsgrundlage ausreichen.⁴⁵¹ Zur wirtschaftlichen Beteiligung müssen Elemente und Handlungsweisen hinzutreten, die auch auf eine faktische Abhängigkeit der Gesellschaft, deren Wissen zugerechnet werden soll, schließen lassen.

Meiner Ansicht nach ist innerhalb eines Konzerns (i) überhaupt nur jenes Wissen, das gesellschaftsrechtlich weitergegeben werden *darf*, zuzurechnen,

⁴⁵⁰ ÖBA 2001, 122.

⁴⁵¹ So auch *Schüler*, Die Wissenszurechnung im Konzern 142.

und (ii) wird in den meisten Zurechnungsfällen überhaupt eine Gehilfenstellung iS des Einsatzes einer Konzerngesellschaft als Gehilfin einer anderen Konzerngesellschaft die Zurechnungsgrundlage bilden. Ich halte es nicht für sinnvoll, innerhalb des Konzerns eine Zurechnung der „Wissenszustände“ *nur* kraft Konzerneigenschaft vorzunehmen. Eine rechtliche Grundlage für eine derartige Annahme gibt es nicht.

VII. Wissensnormen

Im folgenden Abschnitt soll ein Überblick über die Wissensnormen im ABGB gegeben werden. Unter Wissensnormen sind Normen zu verstehen, die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis als Tatbestandselemente enthalten. Im Zusammenwirken mit einer rechtsgeschäftlichen Handlung, in besonderen Fällen auch ohne solchen Zusammenhang, löst das Wissen daher Rechtsfolgen aus.

Es gilt nun herauszuarbeiten, ob aufgrund der Verschiedenartigkeit der Wissensnormen unterschiedliche Zurechnungskriterien notwendig sind. Wie schon aus den obigen Ausführungen zum Wissen als Zurechnungsgegenstand hervorgeht, geben die Normen durch ihre systematische Einordnung eine Richtung vor, nach der der Wissensbegriff einerseits und die Zurechnung andererseits indiziert werden.

Einige der vorhandenen Wissensnormen können auch als Basis für eine Wissenszurechnung dienen, da sie inhaltlich einerseits Wissensnorm, aber gleichzeitig auch Zurechnungsnorm sind. In solchen Fällen wird im Laufe der Untersuchung dem (Wissens-)Zurechnungsgehalt der Norm nachgegangen, um eine unübersichtliche Behandlung dieser Normen zu vermeiden.

A. Wissensnormen im ABGB

1. Der Zugang von Willenserklärungen und die Wissenszurechnung - § 862 a ABGB

Willenserklärungen entfalten erst dann ihre Wirkung, wenn sie dem Adressaten zugegangen sind. Der wirksame Zugang einer Willenserklärung wird gem § 862a ABGB nach der Empfangstheorie dann angenommen, wenn die Erklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, und zwar derart, dass sich der Adressat nach den gewöhnlichen Umständen Kenntnisnahme von der Erklärung verschaffen konnte bzw mit der Kenntnisnahme durch ihn gerechnet werden konnte⁴⁵² und Störungen nur mehr in seiner Sphäre, nicht beim Absender oder der Übermittlungsanstalt möglich sind.⁴⁵³ Naturgemäß ist der Zugang bei Kenntnis der Erklärung durch den Adressaten anzunehmen. Ob allerdings der Empfänger von der Erklärung tatsächlich Kenntnis nimmt, ist für den wirksamen Zugang einer Willenserklärung gleichgültig; es reicht auch die objektive Kenntnisnahmemöglichkeit; vorübergehende individuelle Zugangshindernisse tangieren den Zugang nicht.⁴⁵⁴ Versucht der Erklärungsempfänger den Zugang der Erklärung absichtlich zu vereiteln, so ist der Zugang der Erklärung in jenem Zeitpunkt anzunehmen, in dem die Erklärung dem Erklärungsempfänger die Erklärung unter gewöhnlichen Umständen zugegangen wäre.⁴⁵⁵

Erklärungsadressaten bzw Erklärende bedienen sich vielfach unterschiedlicher Gehilfen, die Erklärungen für sie entgegennehmen bzw überbringen. Es handelt sich dabei einerseits um Vertreter des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers, und andererseits um Boten des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers; zur Unterscheidung zwischen Empfangsboten und Empfangsvertretern sogleich. Hinsichtlich des Zugangszeitpunktes macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung von einem Empfangsboten oder einem

⁴⁵² *Rummel* in *Rummel I*³, § 862a Rz 2.

⁴⁵³ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³, § 862a Rz 3.

⁴⁵⁴ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³, § 862a Rz 3.

⁴⁵⁵ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³, § 862a Rz 3 mwN.

Empfangsvertreter entgegengenommen wird; hier gilt die ebengenannte Regel des § 862a ABGB.

Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch in der Dauer der Bindungswirkung des durch die Erklärung an den Empfangsboten bzw den Empfangsvertreter zugegangenen Angebotes, sowie in der Zurechnung der vorsätzlichen Entstellung einer Erklärung durch den Empfangsboten bzw den Empfangsvertreter. Im Folgenden soll diese Unterscheidung dargestellt und insbesondere die Zurechnung vorsätzlicher Botschafts- bzw Empfangsvertretungsfehler einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

a) Zur Unterscheidung zwischen Empfangsboten und Empfangsvertretern

Ob nun jemand als Bote oder Vertreter eines anderen anzusehen ist, richtet sich allein nach seinem tatsächlichen Auftreten gegenüber dem Geschäftspartner.⁴⁵⁶

Bote ist derjenige, von dem der Kontrahent den Eindruck haben muss, dass er für die abgegebene oder zu empfangende Willenserklärung nur eine Übermittlerfunktion ausübt.⁴⁵⁷ Erweckt der potenzielle Erklärungsempfänger nach der Verkehrsauffassung bei seinem Vertragspartner den Eindruck, er habe einen Dritten ermächtigt, für ihn Erklärungen entgegen zu nehmen, ist dieser Dritte als Empfangsbote dem Risikobereich des Erklärungsempfängers zuzurechnen; er kann die Erklärungen für diesen entgegennehmen.⁴⁵⁸

Sowohl der Bote als auch der Stellvertreter werden für den Geschäftsherrn tätig. Während der Stellvertreter fremde Geschäfte besorgt, also gegenüber dem Dritten eigene rechtserhebliche Erklärungen im Namen des Geschäftsherrn abgibt (aktiver Stellvertreter) oder solche Erklärungen selbst im Namen des Geschäftsherrn entgegennimmt (passiver Stellvertreter), überbringt der Bote Erklärungen des Geschäftsherrn oder nimmt sie für diesen

⁴⁵⁶ OGH 15. 12. 1980, 8 Ob 527/80 in MietSlg 32.131.

⁴⁵⁷ OGH 19.05.1982, 1 Ob 538/82 in SZ 55/75.

⁴⁵⁸ OGH 28. 9. 2006 , 4 Ob 127/06i in RdW 2007/165.

entgegen.⁴⁵⁹ Auch das Tätigwerden als Bote setzt im Innenverhältnis eine Ermächtigung, die Botenermächtigung, voraus.⁴⁶⁰ Der Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Stellvertretung entspricht die in *Erklärungsboten* und *Empfangsboten*, je nachdem ob die Übermittlungsperson für den Erklärenden oder den Erklärungsempfänger tätig wird. Gehört der Bote der Sphäre des Erklärungsempfängers an und ist er von diesem zur Empfangnahme ermächtigt, wird er (jedenfalls auch) für diesen tätig, so ist er nicht mehr Erklärungsbote, sondern Empfangsbote.⁴⁶¹

In der österreichischen Rechtsprechung findet man etwa folgende Beispiele einer „Empfangsbotenschaft“: Der mit der Entgegennahme und Übermittlung von Offerten beauftragte Abschlussvermittler (besser: Vermittlungsvertreter) ist etwa, soweit er die Offerte dem Geschäftsherrn überbringt, wie dessen Empfangsbote anzusehen; ersterem gilt die Offerte als so zugekommen, wie sie der Vermittler übernommen hat.⁴⁶² Der Verhandlungsgehilfe einer Bank ist deren Empfangsbote. Das ihm gemachte Kreditvertragsangebot des Anlegers gilt als der Bank zugegangen.⁴⁶³ Hat der Leasinggeber den Lieferanten des Leasinggutes etwa dadurch, dass er seine Vertragsformulare durch ihn verwenden ließ, mit der Entgegennahme von Offerten beauftragt, muss er eine unrichtige oder unvollständige Übermittlung der wahren Vertragsbedingungen gegen sich gelten lassen. Insoweit ist der Hersteller oder Lieferant des Leasinggegenstandes anlässlich des Abschlusses des Leasingvertrages Empfangsbote des Leasinggebers.⁴⁶⁴ Nach einer Entscheidung des OGH⁴⁶⁵ zur Empfangsboteneigenschaft der Hausgenossen sind etwa auch die geistigen

⁴⁵⁹ OGH 19.05.1982, 1 Ob 538/82 in SZ 55/75, *Stanzl* in Klang² IV, 786.

⁴⁶⁰ OGH 19.05.1982, 1 Ob 538/82 in SZ 55/75.

⁴⁶¹ OGH 19. 5. 1982, 1 Ob 538/82 in JBl 1984, 37 = SZ 55/75 = MietSlg 34.156 = MietSlg 34.198; OGH 15. 9. 1982, 1 Ob 576/82 in MietSlg 34.114; OGH 19. 2. 1986, 1 Ob 547/86 in SZ 59/36 = JBl 1986, 784 (*Anm Wilhelm*); OGH 14. 6. 1989, 9 Ob A 125/89 (9 Ob A 126/89); OGH 29. 3. 1994, 1 Ob 599/93 in RdW 1995, 11 = ÖBA 1994, 558 (mit *Anm Apathy*); OGH 30. 6. 1994, 6 Ob 600/94 in ÖBA 1995, 235; OGH 20. 12. 1994, 5 Ob 550/93 in HS 25.527 = ÖBA 1995, 473 = RdW 1995, 341; OGH 12. 11. 1996, 4 Ob 2287/96v in HS 27.526.

⁴⁶² OGH 19. 2. 1986, 1 Ob 547/86 in SZ 59/36 = JBl 1986, 784 (mit *Anm Wilhelm*).

⁴⁶³ OGH 21. 11. 1995, 4 Ob 586/95 in ÖBA 1996, 379 (mit *Anm Apathy*); RdW 1996, 210; *ecolex* 1996, 252 (mit *Anm G. Graf*).

⁴⁶⁴ OGH 14. 6. 1988, 8 Ob 625/87 in HS 18.806 = JBl 1988, 719 = ÖBA 1989, 316 (mit *Anm Iro*)

⁴⁶⁵ SZ 34/118.

Fähigkeiten der Hausgenossen ausschlaggebend dafür, ob sie als Empfangsbote zu qualifizieren sind oder nicht.

Ein Vollmachtsverhältnis schließt sicherlich die Botenstellung mit ein, die Botenstellung jedoch nicht das Tätigwerden als Vertreter.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ *Strasser* in *Rummel I*³, § 1002 Rz 53.

b) Unterschiedliche Bindungswirkung des Angebotes bei Zugang an den Oblaten durch den Empfangsvertreter bzw den Empfangsboten

Grundsätzlich ist der Antragsteller iSd § 862 ABGB an sein Angebot gebunden und kann es ab seiner Wirksamkeit nicht mehr widerrufen. Unter der Wirksamkeit versteht man den Beginn der Bindungswirkung, der mit Zugang (§ 862a ABGB) des Angebotes beim Oblaten oder dessen (passivem) Vertreter eintritt. Bis zum Zugang des Angebotes bzw bis zur gegebenenfalls späteren Kenntnisnahme durch den Oblaten kann der Antragsteller sein Angebot widerrufen.⁴⁶⁷

Die Dauer der Bindungswirkung eines Angebotes kann der Antragsteller grundsätzlich frei bestimmen.⁴⁶⁸ Wenn er eine Fristsetzung für die Geltungsdauer des Angebotes unterlassen hat, so ist die gesetzliche Regel des § 862 ABGB anwendbar: Danach ist zu unterscheiden, ob das Angebot unter Anwesenden zugegangen ist (dh entweder der Adressat selbst oder sein Vertreter anwesend war) bzw fernmündlich (in direktem Kontakt zwischen den Vertragsschließenden), oder unter Abwesenden (schriftlich, fernschriftlich, oder an einen Boten des Oblaten).⁴⁶⁹

Das Angebot unter Anwesenden ist im Zweifel sofort, dh während derselben Unterredung, anzunehmen; der Antragsteller ist andernfalls nicht gebunden.⁴⁷⁰

Die Annahmefrist beim Angebot unter Abwesenden setzt sich aus folgender dreiteiliger Frist zusammen: (i) der regelmäßigen Beförderungsfrist für das Angebot, (ii) der Zeit die der Oblat zur Prüfung des Angebots, und zur

⁴⁶⁷ *Apathy/Riedler* in Schwimann³, § 862 Rz 4.

⁴⁶⁸ *Apathy/Riedler* in Schwimann³, § 862 Rz 1.

⁴⁶⁹ *Apathy/Riedler* in Schwimann³, § 862 Rz 1.

⁴⁷⁰ OGH 27.03.2002, 9 ObA 262/01x.

reiflichen Überlegung und zur Beantwortung benötigt, und (iii) der zu erwartenden Zeit der Beförderung der Annahme.⁴⁷¹

Die unterschiedliche Dauer der Bindungswirkung eines Angebotes bei Zugang an einen Empfangsboten oder an einen Empfangsvertreter resultiert aus dem Gedanken, dass der Bote keinen eigenen Willen bildet, sondern bereits *Vollzogenes*⁴⁷² übermittelt oder eine fremde Erklärung für den Geschäftsherrn entgegen nimmt. Daher wird der Zugang einer Erklärung durch einen Empfangsboten auch als Zugang unter „Abwesenden“ qualifiziert, weil die Willensbildung nur irgendwann später durch den Geschäftsherrn erfolgen kann. Der Empfangsvertreter hingegen repräsentiert den Geschäftsherrn auch „mental“, und kann daher sofort nach Zugang den entsprechenden Willen selbst bilden.

c) Unrichtige Übermittlung und vorsätzliche Entstellung einer Erklärung und Kritik an der herrschenden Lehre und Rsp

Der Bote ist die "verlängerte Hand" des Auftraggebers. Bedient sich der Erklärende zur Übermittlung seiner Erklärung eines Boten, so gilt die Erklärung so, wie sie vom Boten übermittelt wurde; der Erklärende trägt demnach das Risiko, dass der Bote die Erklärung unrichtig übermittelt und auf dieser Grundlage ein Vertrag zustande kommt; es bleibt dem Erklärenden nur die Geltendmachung der Irrtumsfolgen vorbehalten.⁴⁷³ Hingegen ist die dem Empfangsboten abgegebene Willenserklärung dessen Auftraggeber gegenüber so, wie sie abgegeben wurde, wirksam. Der Empfangsbote ist das "Ohr seines Herrn"; eine unrichtige Übermittlung geht zu Lasten des Erklärungsempfängers.

⁴⁷¹ *Apathy/Riedler* in Schwimann³, § 862 Rz 3; OGH 27.03.2002, 9 ObA 262/01x.

⁴⁷² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 198.

⁴⁷³ OGH 19.05.1982, 1 Ob 538/82 in SZ 55/75.

Das Wissen des Empfangsboten ist nach der hA⁴⁷⁴ nur begrenzt zuzurechnen, nämlich insoweit, als der Geschäftsherr fahrlässige Botschaftsfehler gegen sich gelten lassen muss, wohingegen die absichtliche Entstellung einer Erklärung dem Geschäftsherrn nicht zuzurechnen ist.⁴⁷⁵

Die vorsätzliche Pflichtverletzung eines Vertreters hingegen ist dem Geschäftsherrn zuzurechnen (soweit von der Vertretervollmacht gedeckt). Begründungen für diese unterschiedliche Zurechnungen finden sich im wesentlichen keine; einzig *Apathy*⁴⁷⁶ äußert sich dahingehend, dass eine solche Zurechnung der absichtlichen Entstellung der Erklärung durch den Boten „*die Interessen des Geschäftsherrn zu stark beeinträchtigt bzw durch eine erweiterte Irrtumsanfechtung gegen Ersatz des Vertrauensschadens das Konzept des § 871 ABGB durchbrochen werde*“.

Dieses Argument scheint insofern allzu überzeugend, da sich der Geschäftsherr auch bei „Verwendung“ eines Vertreters bzw eines Verhandlungshelfen eine Irrtumsanfechtung gefallen lassen muss und hier auch keine diesbezüglichen Einwände bestehen. Der Grund für die unterschiedliche Bewertung der Zurechnung von absichtlichem Verhalten durch Vertreter und Boten liegt vermutlich darin, dass dem Geschäftsherrn bei der Auswahl eines Vertreters eine erhöhte „Achtsamkeit“ unterstellt wird als bei der Auswahl des Boten.

Aus meiner Sicht gibt es dennoch kein einschlägiges Argument, das der Zurechnung von absichtlichem Botenfehlverhalten an den Geschäftsherrn entgegensteht; wie natürlich auch im Vertretungsrecht, muss von einer Zurechnung dann abgesehen werden, wenn der Dritte unredlich war bzw gemeinsam mit dem Boten zum Nachteil des Geschäftsherrn agierte; der diesbezügliche Verschuldensmaßstab mag höher angelegt werden, als beim

⁴⁷⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 221.

⁴⁷⁵ Siehe dazu die von *Wilhelm* in JBl 1986, 786 heftig ausgedrückte Kritik zur dort veröffentlichten Entscheidung des OGH, nach der vorsätzliches Handeln des Empfangsboten dem Geschäftsherrn zurechnet, wobei beim Übermittlungsboten keine solche Zurechnung stattfinden solle.

⁴⁷⁶ In *Schwimann*³, § 1002 Rz 7.

Dritten, der mit dem Vertreter kontrahiert,⁴⁷⁷ aber die Grundstruktur der Zurechnung muss wohl ähnlich gehandhabt werden wie bei diesem. Mangels Bestimmungen im ABGB zur Botenschaft ist zur Lösung dieser Probleme eine Analogie zum Vertretungsrecht naheliegend.

Eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der Zurechnung vorsätzlichen Verhaltens von Empfangsboten und Übermittlungsboten ist, wie *Wilhelm*⁴⁷⁸ zutreffend feststellt, schon gar unverständlich. In der von Wilhelm, besprochenen Entscheidung⁴⁷⁹ werden die schon weiter oben zitierten Sätze zur Charakterisierung von Erklärungs- und Empfangsboten herangezogen und apodiktisch wiederholt: *„Bedient sich ein Erklärender zur Übermittlung seiner Erklärung eines Boten, so gilt die Erklärung so, wie sie vom Boten übermittelt wurde; der Erklärende trägt demnach das Risiko, dass der Bote die Erklärung unrichtig übermittelt und auf dieser Grundlage ein Vertrag zustande kommt; es bleibt dem Erklärenden nur die Geltendmachung der Irrtumsfolgen vorbehalten. Beim Empfangsboten hingegen, der als das „Ohr seines Herren“ darstellt, ist die Erklärung so wirksam, wie sie abgegeben wurde.“* Aus diesem Rechtssatz leitet der OGH ab, dass eine vorsätzliche Erklärungsentstellung durch den Empfangsboten dem Geschäftsherrn jedenfalls zuzurechnen sei; im Gegensatz dazu stehe, wie *Wilhelm*⁴⁸⁰ betont, die hA zur Zurechnung des vorsätzlichen Handelns von Erklärungsboten: Dessen vorsätzliches Handeln sei dem Geschäftsherrn nicht zuzurechnen. Tatsächlich übermittelt auch der Empfangsbote eine Erklärung, er steht auf Grund der Abgrenzung durch den Machtbereich eben auf Seiten des Empfängers; es ist hieraus aber kein wesentlicher Grund ersichtlich, die Zurechnung vorsätzlichen Verhaltens eines Erklärungs- bzw eines Empfangsboten unterschiedlich zu behandeln.

⁴⁷⁷ Dort ist der Verschuldensmaßstab strittig, siehe etwa *Ehrenzweig*, ist der Ansicht ist, der Dritte müsse den Vertreter pflichtwidrig zum Missbrauch der Vollmacht verleitet haben; *System*², I/1, 273; oder *Stanzl* drückt es so aus, dass der Dritte der Missbrauch aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein müsse, in *Klang*, IV/1², 857 f; insb *Wilhelm*, JBl 1985, 449.

⁴⁷⁸ JBl 1986, 784.

⁴⁷⁹ OGH 19. 2. 1986, 1 Ob 547/86.

⁴⁸⁰ Unter Verweis auf *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*³, 758f.

d) Lösungsvorschlag hinsichtlich der Zurechnung von vorsätzlichem Verhalten der Boten

Die von *Apathy*⁴⁸¹ angeführte Begründung, dass vorsätzliches Botenfehlverhalten dem Geschäftsherrn nicht zuzurechnen sei, da „*die Interessen des Geschäftsherrn zu stark beeinträchtigt bzw durch eine erweiterte Irrtumsanfechtung gegen Ersatz des Vertrauensschadens das Konzept des §871 ABGB durchbrochen werde*“ beinhaltet einen Grundgedanken, der aus praktischer und auch aus rechtspolitischer Sicht nicht von der Hand zu weisen ist: Der Geschäftsherr geht bei der Auswahl seiner Boten vermutlich nicht mit derselben Sorgfalt vor, wie bei der Auswahl seiner Vertreter. Zudem ist jemand, wie oben dargestellt, bereits dann als Bote zu qualifizieren, wenn er dem Machtbereich des Geschäftsherrn zugehörig ist und für einen Dritten erkennbar als Bote tätig war. Aus diesen Erwägungen, erscheint es nachvollziehbar, die Zurechnung von vorsätzlichem Botenfehlverhalten restriktiv zu handhaben, oder zumindest auf bestimmte Fälle einzuschränken.

In einer unlängst ergangenen Entscheidung⁴⁸² zur Geltendmachung einer Leistungskondition gem 1431 ABGB durch einen Lieferanten gegen seinen (ehemaligen) Kunden, der aufgrund der Manipulation der Lieferungen durch den Mitarbeiter des Lieferanten mit mehr Gütern beliefert wurde, als er bestellt hatte, hat sich der OGH zur Frage der Wissenszurechnung folgendermaßen geäußert: „*Da die Leistung als solche der Klägerin (Anm: des Lieferanten) zu sehen ist und es damit um deren Schutzwürdigkeit geht, spricht der Gesetzeszweck (Anm. des § 1432 ABGB) keineswegs dafür, den Kreis jener Personen, deren Kenntnis jener des (rechtlich) Leistenden gleichzuhalten ist, weit zu ziehen. Die Auffassung der Beklagten (Anm. des Kunden) führte im Übrigen auch dazu, dass sie ohne Rechtsgrund erhaltene Vermögenszuwendungen (auch solche erheblichen Wertes) ohne jede Gegenleistung behalten dürfte, nur weil einem Mitarbeiter der Klägerin, der im gesamten Leistungsprozess eingebunden war, bewusst war, dass es letztlich zu*

⁴⁸¹ In Schwimann³, § 1002 Rz 7.

⁴⁸² OGH 03.04.2008, 1Ob 32/08 z.

einer über bestehende Verbindlichkeiten hinausgehende Leistung kommen werde. “

Der OGH bezieht sich in dieser Aussage zwar spezifisch auf den Schutzzweck von § 1431 ABGB, spricht aber folgendes grundsätzliches Problem, dem insbes bei der Zurechnung von vorsätzlichem Verhalten von Gehilfen mehr Bedeutung beigemessen werden sollte, an: Die Schutzwürdigkeit des Zurechnungssubjektes, oder anders ausgedrückt, die Frage, ob der Geschäftsführer, dem das vorsätzliche Verhalten zugerechnet werden soll, aus diesem vorsätzlichen Verhalten des jeweiligen Gehilfen einen Vorteil bezieht.

Da im gegenständlichen Fall der Leistende aus dem vorsätzlichen Verhalten seines Gehilfen nur Nachteile erlitten hat, hat sich der OGH dafür entschieden, ihm das Wissen seines Gehilfen nicht zuzurechnen.

ME ist aus diesem Grundgedanken auch für die Zurechnung des vorsätzlichen Verhaltens eines Boten etwas zu gewinnen: Die sich aus den obenangeführten Erwägungen ergebende Grundregel, dass ein Geschäftsherr nicht im Allgemeinen für vorsätzliches Verhalten seiner Boten haften sollte, ist mE zu erhalten. Sollte dieses jedoch dem Geschäftsherrn zum Vorteil gereichen, ist es ihm zuzurechnen.

In diesem Zusammenhang sei am Rande hier auch jener Gedanke, der dem 2005 beschlossenen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz⁴⁸³ (das „VbVG“) zugrunde liegt, erwähnt: Nach § 3 VbVG ist ein Verband für eine Straftat verantwortlich, wenn drei Kriterien erfüllt sind: Zum einen muss die Anlasstat die Interessen des Verbands betreffen (die gesetzliche Bestimmung spricht von einer „Tat zu Gunsten des Verbandes“), die Person, die die Anlasstat begangen hat, muss organisatorisch in den Verband eingebunden sein (das Gesetz unterscheidet zwischen Entscheidungsträgern und Mitarbeitern), und letztlich

⁴⁸³ BGBI I 151/2005.

müssen die entscheidenden tatbezogenen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sein.⁴⁸⁴

Unter einer Tat „zu Gunsten des Verbandes“ ist nach Ansicht von *Steininger*⁴⁸⁵ eine Tat zu verstehen, die dem Verband materielle Vorteile verschafft bzw ihn bereichert. Dies gilt natürlich auch für Taten, durch die sich der Verband einen wirtschaftlichen Aufwand erspart hat. Eine ausführliche Behandlung des VbVG ist an dieser Stelle nicht möglich, da sich diese Arbeit mit den zivilrechtlichen Folgen der Wissenszurechnung befasst. Dennoch möchte ich an dieser Stelle betonen, dass die Zurechnung von vorsätzlichem Gehilfenverhalten an einen Geschäftsherrn, dem aus einem solchen Verhalten Vorteile erwachsen, nicht nur als strafrechtliches Phänomen behandelt werden, sondern auch Eingang in die zivilrechtliche Grundsätze der Wissenszurechnung finden sollte.

e) Exkurs: Zurechnung von Boten und Vertretern nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht

Wird einem Erklärenden gegenüber der äußere Anschein, insb durch das Zutun des (Schein)vertretenen, erweckt, dass ein wirksamer „Empfangshorizont“ geschaffen wurde, so scheint er schützenswert. *Apathy*⁴⁸⁶ steht allerdings einer „Scheinbotenschaft“ negativ gegenüber; er ist der Ansicht (allerdings ohne Begründung), dass Handlungen von Personen, die nicht zum Boten bestellt wurden („Scheinboten“), dem scheinbaren Geschäftsherren nicht zugerechnet werden und wie Scheinvertreter wegen *culpa in contrahendo* haften.

*Brinkmann*⁴⁸⁷ sieht hingegen auch die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht als geeignet an, eine nicht zum Empfang von Erklärungen ermächtigte Person als Empfangsbote zu qualifizieren, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Nach den äußeren, dem Erklärenden erkennbaren

⁴⁸⁴ *Steininger*, Kommentar zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 2.

⁴⁸⁵ Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 7.

⁴⁸⁶ In Schwimann³, § 1002 Rz 7.

⁴⁸⁷ Der Zugang von Willenserklärungen 131.

Umständen muss der objektive Anschein einer Empfangsboteneinsetzung vorhanden sein; der Adressat muss diesen Rechtsschein in zurechenbarer Weise veranlasst haben. Der Erklärende musste von diesen den Rechtsschein begründenden Umständen Kenntnis haben sowie auch gutgläubig darauf vertraut haben.

Das zweite Kriterium trifft nach *Brinkmann* dann zu, wenn er die Entgegennahme von Erklärungen durch die Person bewusst duldet; oder dieser eine Stellung einräumt, die typischerweise die Entgegennahme von Erklärungen mit sich bringt; oder er das ihm unbekannt gebliebene Auftreten der Person als Empfangsbote mit gehöriger Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können.⁴⁸⁸

Meines Erachtens ist der eben referierten Ansicht von *Brinkmann* zu folgen: Wenn der Geschäftsherr ein Verhalten gesetzt hat, das den Erklärenden dazu veranlasst, anzunehmen, dass der Gehilfe Empfangsbote ist und der Geschäftsherr sich seines Verhaltens bewusst war, dann ist der Gehilfe wie ein Empfangsbote zu behandeln.

Es ist nicht einzusehen, warum der Erklärende den Nachteil eines verspäteten bzw gar keines Zugangs einer Erklärung auf sich nehmen sollte, wenn der Geschäftsherr bewusst und adäquat einen entsprechenden Rechtsschein verursacht hat. Der Geschäftsherr erweitert durch ein solches Verhalten schließlich auch seinen nach außen hin wahrnehmbaren Machtbereich und erhöht so die Gefahr, dass eine Erklärung bei ihm nicht (oder verspätet) ankommt.

⁴⁸⁸ Der Zugang von Willenserklärungen 132.

f) Zusammenfassung

Ob eine Erklärung einem Oblaten durch einen Boten oder einen Vertreter zugeht, ist maßgeblich für die Bindungswirkung der Offerte für den Antragsteller (also den Erklärenden). Die Erklärung an den Empfangsvertreter gilt als Angebot unter Anwesenden; ein solches muss im Zweifel sofort, im gleichen Gespräch, angenommen werden. Die Erklärung an den Boten ist als „Angebot unter Abwesenden“ einzuordnen; daher ist der Antragsteller auch während der oben dargelegten dreiteiligen Frist daran gebunden. Hinsichtlich der Wissenszurechnung wird zwischen Boten und Vertreter beim vorsätzlichen Verhalten wie folgt unterschieden: Grundsätzlich ist vorsätzliches Verhalten des Boten dem Geschäftsherrn nicht zuzurechnen, wobei hier im Detail (insb bei der Unterscheidung zwischen Erklärungs- und Empfangsboten die Meinungen auseinandergehen); das vorsätzliche Verhalten von Vertretern ist dem Geschäftsherrn aber sehr wohl zurechenbar.

ME ist ein Ausschluss der Zurechnung vorsätzlichen Botenfehlverhaltens insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn der Geschäftsherr aus diesem Verhalten einen Vorteil erhält. Er erscheint dann nicht schutzwürdig; daher ist mE in einem solchen Fall vorsätzliches Verhalten zurechenbar.

In Bezug auf die Unterscheidung der Zurechnung vorsätzlichen Verhaltens bei Empfangs- und Erklärungsboten schließe ich mich der oben⁴⁸⁹ referierten Ansicht von *Wilhelm* an, der sich für eine Gleichbehandlung von Empfangs- und Erklärungsboten ausspricht.

In Hinblick auf die Zurechnung von Boten nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht ist im Ergebnis bei der Feststellung, ob jemand als (Anscheins-) Empfangsbote zu qualifizieren ist, nicht nur darauf abzustellen, wie er dem Dritten gegenüber aufgetreten ist, sondern es ist auch

⁴⁸⁹ VII.A.1.c).

zu überprüfen, ob der Geschäftsherr bewusst ein Verhalten gesetzt hat, das beim Dritten die Annahme einer besondere Empfangsermächtigung des Boten ausgelöst hat.

Hinsichtlich der Zurechnung von vorsätzlichem Verhalten von „Anscheinsboten“ ist mE den bereits referierten Grundsätzen zu folgen und vorsätzliches Verhalten, dass dem Geschäftsherrn zum Vorteil gereicht, diesem zuzurechnen.

2. Irrtumsrecht

a) Irrtum

Grundsätzlich sind hinsichtlich der Wissenszurechnung in Zusammenhang mit dem Irrtumsrecht zwei Grundkonstellationen denkbar: Einerseits die Zurechnung auf Seiten des Irrenden: Dies umfasst jene Fälle, bei denen sich entweder der Gehilfe/Vertreter und/oder der Geschäftsherr im Irrtum befinden und, wenn die Voraussetzungen des § 871 ABGB vorliegen, zur Anfechtung/Anpassung des Vertrages berechtigt sind. Auf der anderen Seite steht die Zurechnung Offenbar-auffallen-Müssens des Irrtums des Vertragspartners durch den Gehilfen und/oder des Geschäftsherrn.

Wenn sich nun Geschäftsherr und sein Vertreter im Irrtum befinden, so scheint, wenn die anderen Voraussetzungen für die Anfechtung oder Anpassung des Vertrages gegeben sind, die Ausübung dieser Gestaltungsrechte unproblematisch.

Wenn sich hingegen der Vertreter im Irrtum befindet, aber nicht der Geschäftsherr, dann ergeben sich folgende Überlegungen: Zumal der Irrtum ein Willensmangel ist und der Vertreter den rechtsgeschäftlichen Willen bildet, liegt der Schluss auf Grund der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht nahe, dem Geschäftsherrn eine Irrtumsanfechtung zu gewähren.⁴⁹⁰ Wenn nun der Vertreter keinem Irrtum unterliegt, aber der Geschäftsherr eine falsche Vorstellung von der Wirklichkeit hat, so müsste man nach dieser Ansicht eine Irrtumsanfechtung ausschließen.⁴⁹¹ Das führt zu dem Ergebnis, dass immer dann, wenn sich der Geschäftsherr im Irrtum befindet, aber nicht sein Vertreter, dem Geschäftsherrn der Rechtsbehelf der Irrtumsanfechtung bzw -anpassung nicht zur Verfügung steht; aber dahingegen im umgekehrten Fall, also wenn der Geschäftsherr keinem Irrtum unterliegt, aber wohl der Vertreter, und es

⁴⁹⁰ *Strasser* in Rummel I³, § 1018 Rz 10.

⁴⁹¹ In diese Richtung auch *Strasser* in Rummel I³, § 1018 Rz 10.

daher gar nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegt, anzufechten, er dies tun könnte.

Weiter oben habe ich das Problem bereits angesprochen und mich grundsätzlich im Sinne einer Zurechnung des Wissens des Vertretenen zum Vertreter geäußert⁴⁹² und für eine Möglichkeit der daraus resultierenden Rechte plädiert, wenn die anderen Voraussetzungen der jeweiligen Wissensnorm vorliegen.

Wenn nun im Falle eines Irrtums beim Geschäftsherrn (wenn der Vertreter also nicht irrt) der Irrtumsverursachungsstatbestand gegenüber dem Geschäftsherrn verwirklicht wurde und der Geschäftsherr vom Geschäft, das der Vertreter vornimmt, weiß, so bin ich der Ansicht, dass das Wissen (also der Willensmangel) des Geschäftsherrn dem Vertreter zuzurechnen ist, als hätte er selbst geirrt. Der Geschäftsherr ist also in diesem Fall zwar unbeteiligt und eigentlich nicht an der Willensbildung des Vertreters beteiligt, dennoch *könnte* er den Vertragsabschluss *verhindern*, wenn er sich nicht im Irrtum befände. Daher ist der Irrtum des Geschäftsherrn auch kausal für den Geschäftsabschluss. Zumal das österreichische Vertretungsrecht nicht von der Repräsentationstheorie beherrscht ist, spricht auch aus dogmatischer Sicht nichts gegen diese Lösung.

Die Rsp⁴⁹³ orientiert sich hier an der in Deutschland vertretenen (engeren) Ansicht – sie erlaubt die Beachtlichkeit eines Irrtums, wie auch der List beim Geschäftsherrn nur dann, wenn der Geschäftsherr eine Weisung an den Vertreter erteilt hat, das Geschäft abzuschließen. Dies gilt nach dieser Entscheidung auch für die Drohung. Sonst fehle es nämlich an der Kausalität dieser Umstände für den Vertragsabschluss.

Befindet sich nun der Vertreter im Irrtum und wurde der Verursachungsstatbestand ihm gegenüber verwirklicht, so scheint die

⁴⁹² Siehe oben Kapitel VI.B.1.b).

⁴⁹³ OGH in 6 Ob 281/00t; 5 Ob 99/02y.

Anfechtung problemlos gewährt zu werden.⁴⁹⁴ Rechtlich scheint diese Lösung insofern einfacher, da für den Geschäftsherrn immerhin, wenn er vom Geschäft erfährt und das Geschäft billigt, obwohl der Vertreter irrte, eine Anfechtung nicht notwendig erscheint. Wenn nun der Geschäftsherr nichts vom Geschäft wusste, und der Vertreter irrte, so ist eine Zurechnung jedenfalls auf Grund der Stellvertretung zu befürworten.

b) Offenbar-auffallen-Müssen

Bei der Zurechnung des Offenbar-auffallen-Müssens geht es um den Vertragspartner, der dem Anfechtenden gegenübersteht. Ich verweise in diesem Zusammenhang auf die oben genau ausgeführte Judikatur und Literatur im Kapitel zum Verhandlungsgehilfen.⁴⁹⁵ Zusammenfassend ist zu sagen, dass dem Geschäftsherrn das fahrlässige Nicht-Erkennen eines Irrtums der Gegenseite durch seine Vertreter und Gehilfen zuzurechnen ist. Dies ergibt sich aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der von *Iro*⁴⁹⁶ nachgewiesen wurde. Die Zurechnung des Wissens über einen Irrtum bzw der Erkennbarkeit des Irrtums wird in jenem Umfang gewährt, in dem sich beim Einsatz eines Gehilfen das typische Risiko des fahrlässigen Nicht-Erkennens verwirklicht.

Wenn der Gehilfe Vertretungsmacht besitzt, so ist eine Zurechnung schlechthin anzunehmen, da es ja hier auf die Willensbildung des Gehilfen ankommt und diese für den Geschäftsherrn auf jeden Fall (aufgrund der vorhandenen Vollmacht) zurechenbar ist. Für Gehilfen, die keine Vertretungsmacht besitzen, kommt es darauf an, ob deren Aufgabenbereich dazu geeignet ist, Irrtümer zu erkennen, wobei dies auch für Boten gilt. Bei vorsätzlichem Fehlverhalten des Boten könnte man, der Judikatur⁴⁹⁷ zur Handlungszurechnung folgend, eine Wissenszurechnung (also Zurechnung des Vorsatzes) ausschließen; zur Kritik an der Verschiedenbehandlung von Boten und Vertretern siehe oben Kapitel 1.a) und VI.B.4.

⁴⁹⁴ So MietSlg 36.078.

⁴⁹⁵ Siehe VI.B.2

⁴⁹⁶ *Iro*, JBl 1982, 470 und 510, 514.

⁴⁹⁷ Siehe oben Kapitel VI.B.4.

c) List § 870 ABGB

Im obigen Kapitel über die Wissenszusammenrechnung im Abschnitt zur Arglist⁴⁹⁸ wurde diskutiert, ob die Zusammenrechnung von Teilwissen zwischen Vertreter und Geschäftsherrn eine Möglichkeit zur *Konstruktion* von Arglist bietet. Die Voraussetzungen für eine solche Arglist kraft Wissenszusammenrechnung wurden oben genauer herausgearbeitet, daher werden sie an dieser Stelle nicht wiederholt.

Wenn nun der Vertreter des Geschäftsherrn listig handelt, so ist es einhellige Lehre⁴⁹⁹ und Rsp,⁵⁰⁰ dass der Geschäftsherr dieses „zivilrechtlich deliktische Verhalten seiner Vertreter wie sein eigenes Verhalten zu verantworten hat.“ Daher ist dem Geschäftsherrn die List seines Vertreters zuzurechnen und er muss sich eine Vertragsauflösung durch den getäuschten Vertragspartner gefallen lassen.

Dies gilt grundsätzlich für alle Gehilfen, die keine Dritten iSd § 875 ABGB sind.⁵⁰¹ Zur genauen Abgrenzung des zurechenbaren Gehilfenkreises siehe meine Ausführungen oben unter V.A.6.a).

Wenn nun nicht der Vertreter, sondern der Geschäftsherr listig ist, muss seine List durchschlagen⁵⁰² – jedoch nur in jenen Fällen, in denen die listig verursachte Täuschung des Vertragspartners kausal für den Vertragsschluss ist. Dies kann auch bei listigem Schweigen⁵⁰³ des Geschäftsherrn der Fall sein. Die Voraussetzungen sind hier wie bei der Zusammenrechnung von Teilwissen, dass der Geschäftsherr vom Abschluss des Geschäftes Kenntnis hat, sowie über die entsprechende Täuschungsabsicht verfügt.

⁴⁹⁸ V.A.6.a).

⁴⁹⁹ *Rummel* in *Rummel I*³, § 875 Rz 2; siehe genau unter *Iro*, JBl 1982, 518.

⁵⁰⁰ Etwa schon EvBl 1965/199; JBl 1971, 304; JBl 1980, 424.

⁵⁰¹ *Rummel* in *Rummel I*³, § 875 Rz 2.

⁵⁰² Wie auch oben unter Kapitel V.A.6.a)(1).

⁵⁰³ Siehe *Bydlinski*, Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, JBl 1980, 393.

Hinsichtlich der List oder Drohung *gegenüber* dem Geschäftsherrn kann eine Anfechtung nach Ansicht des OGH⁵⁰⁴ nur dann in Betracht kommen, wenn der Geschäftsherr aufgrund des listig hervorgerufenen Irrtums oder seiner Furcht dem Vertreter gegenüber eine Weisung (zum Vertragsschluss) erteilt hat, da es sonst an der Kausalität dieser Umstände für den Vertragsschluss mangelt.

Wurde der Vertretene vom Geschäftspartner listig irreführt und hat er dem Vertreter keine Weisung (zum Vertragsschluss) erteilt, ist aufgrund der besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung des redlichen Geschäftsverkehrs ein Widerruf der Vollmacht (§ 1020 ABGB) in Betracht zu ziehen, um eine Aufhebung des Geschäftes zu ermöglichen. Ein solcher Widerruf könnte auch nachträglich erfolgen, wobei für die Aufhebung des Geschäftes natürlich Voraussetzung ist, dass der Geschäftsherr vom Geschäftspartner oder eines Gehilfen des Geschäftspartners (listig) irreführt wurde. Denn in einem solchen Fall kann sich der irreführende Geschäftspartner trotz der Grundregel des § 1026 ABGB der dem Schutz eines gutgläubigen Dritten dient nicht auf die Vollmacht berufen, da er selbst unredlich ist.

Aus meiner Sicht ist daher im obengenannten Fall ein nachträglicher Widerruf der Vollmacht gerechtfertigt.

Wird der Vertretene bestochen oder schädigt er den Geschäftsherrn in Zusammenarbeit mit dem Dritten in anderer Weise, so kommen die Regeln über die Vertragsaufhebung wegen Kollusion⁵⁰⁵ zur Anwendung.

⁵⁰⁴ OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 281/00t in MietSlg 52.083 sowie OGH 11. 6. 2002, 5 Ob 99/02y in MietSlg 54.117 = wobl 2003/45.

⁵⁰⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 215 mwN.

3. Zession

Nach § 1395 ABGB kommt die Zession durch Willenseinigung zwischen Zedent und Zessionar zustande. Die Mitwirkung des Zessus ist nicht von Nöten. Der Zessus kann an den Zessionar nach dessen Willensübereinkunft immer schuldbefreiend leisten, auch wenn er von der Zession nicht unterrichtet war.⁵⁰⁶ An den Zedenten kann er jedoch nur solange leisten, als er von der Zession nicht verständigt wurde.⁵⁰⁷ Die Verständigung ist eine Wissenserklärung und muss über den Umfang der Forderung sowie über die Person des Zessionars Klarheit geben. Nachvollziehbare Zweifel bewirken, dass der Schuldner an seinen ursprünglichen Gläubiger mit schuldbefreiender Wirkung zahlen darf.

Die Verständigung des Zessus unterliegt üblicherweise der Empfangstheorie, wonach es genügt, dass die Mitteilung von der Abtretung dem Schuldner zugekommen ist. Es muss also von ihm erwartet werden können, dass er die Information unter gewöhnlichen Umständen zur Kenntnis nehmen konnte.⁵⁰⁸ Keine gültige Benachrichtigung liegt vor, wenn die Verständigung von der Zession an eine *völlig unübliche* Stelle im Geschäftsverkehr erfolgt, selbst wenn es sich beim Zessus um einen Unternehmer handelt, an dessen Aufmerksamkeit höhere Anforderungen gestellt werden müssen.⁵⁰⁹

Außerdem kommt nach der hL⁵¹⁰ die Begünstigung des § 1395 ABGB auch dem fahrlässigen Zessus zu Gute, das bedeutet, die Verständigung gilt selbst dann als nicht wirksam zugegangen, wenn der Zessus sie eigentlich hätte kennen müssen. Dies zeigt sehr deutlich die Wertung der Norm, die den Maßstab, der auch bei der Wissenszurechnung anzulegen sein wird, determiniert: Zumal die Zession an sich nicht selbstverständlich ist und für den

⁵⁰⁶ OGH 18. 10. 1979, 7 Ob 757/79.

⁵⁰⁷ Ertl in Rummel II³, § 1395 Rz 1.

⁵⁰⁸ Ertl in Rummel II³, § 1395 Rz 2.

⁵⁰⁹ EvBl 1979/189.

⁵¹⁰ Siehe Nachweise bei Ertl in Rummel II³, § 1395 Rz 3.

Zessus wirtschaftlich nachteilig sein kann, sind ihm diesbezüglich keine besonderen Sorgfalts- und Nachforschungspflichten aufzuerlegen.

a) Sonderfall Sicherungszession

Die Sicherungszession wird von der hA⁵¹¹ den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften unterworfen. Das bedeutet, die Verpfändung von Rechten wird in Analogie zu § 452 ABGB mit Buchvermerk oder Verständigung des Drittschuldners wirksam. Die Sicherungszession soll nach hL⁵¹² mit Zugang der Erklärung über die Abtretung wirksam werden. *Spitzer*⁵¹³ vertritt hingegen die Auffassung, dass die Sicherungszession erst bei positiver Kenntnis über die Abtretung wirksam werden könne, da die rechtsgeschäftliche Empfangstheorie den Erfordernissen der Publizität nicht gerecht werde. Denn auch wenn die Erklärung in die Machtsphäre des *debitor zessus* gelangt ist, so ist der Zweck, eine verlässliche Auskunftsquelle (nämlich den Drittschuldner) zu schaffen, dann nicht erfüllt, wenn der Dritte nichts von der Abtretung weiß.

Spitzer begründet seine Ansicht mit dem Grundgedanken der Publizität, die dem Schutz Dritter dienen soll und nicht eine Risikoverteilung zwischen zwei Parteien, also dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger, beabsichtige. Er vertritt weiters die Auffassung, dass im Falle der absichtlichen Vereitelung der Kenntnisnahme durch den Drittschuldner die Sicherungszession trotzdem nicht wirksam sei.

Meines Erachtens ist dieser Ansicht grundsätzlich zu folgen, wobei ein absichtliches Sich-Verschließen vor der Kenntniserlangung die Wirksamkeit der Sicherungszession dennoch nicht verhindern sollte. Hinsichtlich der Wissenszurechnung ist hier wohl der zurechenbare Personenkreis etwas einzuschränken und positives Wissen nur bei Bekanntgabe an bevollmächtigte Vertreter oder Empfangsvertreter anzunehmen.

⁵¹¹ Siehe *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 125 mwN.

⁵¹² So etwa OGH SZ 48/2; JBl 1986, 235, weitere Nachweise bei *Spitzer*, Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 697.

⁵¹³ JBl 2005, 697.

4. Redlichkeit im Sachenrecht

Die Redlichkeit im Sachenrecht nach § 326 ABGB ist insb für die Auseinandersetzung von Eigentümer und Besitzer (§§ 329ff; 417ff, 824 ABGB), beim Erwerb vom Nichtberechtigten (§§ 367f, 371, 456, 824, § 63 GBG) sowie für die Ersitzung (§§ 1463, 1477) von Bedeutung. Nach überwiegender Auffassung ist redlich, wer sich ohne Fahrlässigkeit für berechtigt hält. Es kommt hier auf einen subjektiven Maßstab des Besitzers an,⁵¹⁴ wobei in der Lehre auch die Ansicht vertreten wurde, dass es auf das objektive Erscheinungsbild ankomme, also die „besonderen Umstände“ des Erwerbers nicht berücksichtigt werden sollen.⁵¹⁵ Nach § 326 ist also redlich, wer nicht weiß und keinen Verdacht schöpft. Es kommt nicht auf eine objektive Verdächtigkeit des Erwerbes an. Einige vertreten hingegen die Ansicht, dass der Erwerber nur dann als unredlich behandelt werden soll, wenn er Verdacht hätte schöpfen können – also wenn der Erwerb nach objektiven Kriterien *verdächtig* war,⁵¹⁶ bzw dass der Erwerber nur bei Wissen⁵¹⁷ oder bei grober Fahrlässigkeit⁵¹⁸ als unredlich angesehen wird.

Durch § 368 ABGB in der Fassung des HaRÄG wurde im Sinne der herrschenden Ansicht klargestellt, dass bereits bei leichter Fahrlässigkeit ein gutgläubiger Eigentumserwerb zu verneinen ist.⁵¹⁹ ME hätte auch zu § 328 eine Klarstellung erfolgen sollen, um den literarischen Streit endgültig beilegen zu können.

a) Besitz

Es sollen nun kurz die Konsequenzen (un)redlichen Besitzes dargestellt werden, um eine Einordnung des Normenkomplexes zu erleichtern: Hier ist insb auf das Recht, die Sache zu verwenden und zu gebrauchen (§ 329 ABGB), den Fruchterwerb des redlichen Besitzers (§ 330 ABGB), den Aufwendersatz

⁵¹⁴ *Spielbüchler* in Rummel³, § 326 Rz 2.

⁵¹⁵ Siehe *Schey* in Klang², II 92f.

⁵¹⁶ *Spielbüchler* in Rummel³, § 368 Rz 1 f.

⁵¹⁷ *Schey*, Über den redlichen und unredlichen Besitzer (1898) 73 ff, und

⁵¹⁸ *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 45 f; *Kastner-FS* 142; *Ehrenzweig*, System², I/2, 190.

⁵¹⁹ Vgl *Kühnberg*, JAP 2005/06, 250f.

für Erhaltung der Substanz der Sache (§ 331 ABGB), und den Anspruch auf Ersatz des Preises (§ 333 ABGB) zu verweisen. Diese Regeln gelten naturgemäß für den Besitz, für den eine Rechtsgrundlage fehlt. Nach *Iro*⁵²⁰ sind diese Bestimmungen vor allem auf Sachbesitz und nicht auf Rechtsbesitz anwendbar, außer im Falle des § 330 ABGB, sofern das besessene Recht die Befugnis zur Nutzung beinhaltet.⁵²¹

Der unredliche Besitzer muss einerseits alle Vorteile, die ihm durch den Besitz entstanden sind, herausgeben sowie auch dem Verkürzten entstandene Nachteile⁵²² und Schäden ersetzen. Wie *Iro*⁵²³ überzeugend darlegt, sind zum schlechtgläubigen Besitz(erwerb) immer die Haftungsvoraussetzungen Rechtswidrigkeit und Verschulden notwendig. Hinsichtlich des Zurechnungskreises der Gehilfen vertritt *Iro*⁵²⁴ die Ansicht, dass die Unredlichkeit von Machthabern,⁵²⁵ wenn sie nach Außen hin tätig werden, jedenfalls auf die von ihnen vertretene juristische Person durchschlägt. Ist ein Machthaber als Innenorgan der juristischen Person tätig, so ist seine Unredlichkeit in jenen Fällen, in denen er den Besitzerwerb anordnet, davon wusste oder wissen hätte müssen, der juristischen Person zuzurechnen.⁵²⁶ Wenn die Tätigkeit eine besondere intellektuelle Leistung erfordert (§ 1299 ABGB), ist ein objektiver Maßstab des Wissens bzw Wissenmüssens heranzuziehen. Außerhalb eines solchen speziellen Tätigkeitsbereiches wäre ein subjektiver Maßstab anzulegen, da auch bei natürlichen Personen grundsätzlich auf deren subjektive Fähigkeiten hinsichtlich des Verschuldens abgestellt wird.⁵²⁷ Dennoch spricht sich *Iro*⁵²⁸ für einen objektiven Maßstab hinsichtlich des Wissens und Wissenmüssens aus, da der Vertragspartner üblicherweise beim Kontrahieren mit einer juristischen Person nicht mit den typischen Fähigkeiten eines besonderen Machthabers rechnet, sondern regelmäßig mit objektivierbaren Kenntnissen eines „normalen“ Machthabers

⁵²⁰ Besitzerwerb durch Gehilfen 114.

⁵²¹ Also vor allem *nicht* beim Faustpfand.

⁵²² Zur Frage, ob auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist, siehe *Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen 115 f.

⁵²³ Besitzerwerb durch Gehilfen 118, 139 f und 150.

⁵²⁴ Besitzerwerb durch Gehilfen 175 ff.

⁵²⁵ Zum Machthaberbegriff VI.A.2.a).

⁵²⁶ Besitzerwerb durch Gehilfen 178 f.

⁵²⁷ Besitzerwerb durch Gehilfen 182.

⁵²⁸ Besitzerwerb durch Gehilfen 183 f.

der juristischen Person. Der Parteiwille ist daher eher auf die üblichen Eigenschaften eines Machthabers einer bestimmten juristischen Person gerichtet, wohingegen bei Kontrahieren mit einer Einzelperson der Vertragspartner sich eine besondere Person aussucht und daher deren Unterdurchschnittlichkeit auch in Kauf nehmen muss, sowie auch deren besondere Fähigkeiten.⁵²⁹

Bei einem unredlichen Machthaber in einem Kollegialorgan ist eine Wissenszurechnung laut *Iro*⁵³⁰ zu befürworten, da dies dem Gedanken der Vertretung durch ein Kollegialorgan entspreche.⁵³¹ Er wendet sich mit dieser Ansicht gegen die hL,⁵³² die von einer Unredlichkeit der „Mehrheit“ ausgeht.

Der OGH hat in Zusammenhang mit der Redlichkeit einer Eigentümergemeinschaft entschieden, dass schon die Schlechtgläubigkeit eines Miteigentümers der ganzen Miteigentümergemeinschaft schade.⁵³³ Das Berufungsgericht führte dazu aus, dass, da aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Miteigentümer gewisse Verpflichtungen der Miteigentümer zueinander abzuleiten seien und darüber hinaus Miteigentümer gemäß § 361 ABGB in Beziehung auf das Ganze als eine einzige Person anzusehen seien, die Unredlichkeit eines Miteigentümers der ganzen Gemeinschaft schade.

Der OGH begründete seine Entscheidung damit, dass auch bei der Gesamthand die Schlechtgläubigkeit eines Miteigentümers schade; da Besitz und Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache nach § 833 ABGB allen Teilhabern insgesamt zukomme, seien die Grundsätze des Gesamthandeneigentums anzuwenden, nach denen die Schlechtgläubigkeit eines einzigen Miteigentümers schade. Dass Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung von der Mehrheit der Stimmen entschieden werden, bleibt davon unberührt.

⁵²⁹ Besitzerwerb durch Gehilfen 184.

⁵³⁰ Besitzerwerb durch Gehilfen 196.

⁵³¹ Damit ist gemeint: Nicht zuviel Macht in einer Hand zusammenkommen zu lassen, und eben auch vor einer Beschlussfassung eine kollektive Meinungsbildung zu vollziehen.

⁵³² *Burckhard*, Besitz 150; *Ehrenzweig* I/2, 199; *Schober*, Die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes einer Gemeinde nach § 337 ABGB.

⁵³³ OGH 30. 10. 1995, 2 Ob 570/95; Gegenstand der Entscheidung war der gutgläubige lastenfreie Erwerb eines Grundstückes durch eine Miteigentümergemeinschaft.

Hinsichtlich des zurechenbaren Gehilfenkreises bei mehr oder weniger untergeordneten Hilfspersonen macht *Iro*, der in diesem Zusammenhang seine Theorie der Realisierung der typischen Gefahr eines Gehilfeneinsatzes, die weiter oben im Kapitel über den Verhandlungsgehilfen erörtert wurde, entwickelte, keinen Unterschied in der hierarchischen Stellung der Gehilfen.⁵³⁴ Intern beschäftigte Gehilfen sind, wie auch interne Machthaber, dann zuzurechnen, wenn sie den Erwerb anordnen bzw in einer für den Erwerbsvorgang kausalen Art und Weise mitwirken. Die Zurechnung von „irgendwie“ am Erwerb beteiligten Personen, wie Sekretärinnen, Boten, Geschäftsvermittler, die eben idR von Lehre und Judikatur abgelehnt wird, verneint auch *Iro*,⁵³⁵ und zwar in jenen Fällen, in denen die Tätigkeiten dieser Personen nicht geeignet sind, die („Betriebs“) Gefahr des Gehilfeneinsatzes zu verwirklichen.

Meines Erachtens richtet sich die Zurechnung von intern beschäftigten Gehilfen wie eben geschildert nach der Kausalität betreffend den Erwerbsvorgang. Ich bin auch der Ansicht, dass „derart“ untergeordnete Gehilfen wie eine Sekretärin oder ein Bote, wenn sie am Erwerbsvorgang in irgendeiner Weise beteiligt sind, dann zuzurechnen sind, wenn ihnen eine Information bekannt war und sie nach ihrem Rechtsverhältnis zum Geschäftsherrn verpflichtet gewesen wären, den Geschäftsherrn über die Rechtswidrigkeit des Erwerbsvorganges aufzuklären. Voraussetzung ist naturgemäß, dass eine solche Information auch nach dem Erkenntnishorizont des jeweiligen Gehilfen die entsprechende Bedeutung aufweist. Im weitesten Sinne kann man sogar hier einen Kausalitätszusammenhang herstellen, da „auch solche“ Gehilfen den rechtswidrigen Erwerb verhindern hätten können.

Zweifellos ist aber eine Wissenszurechnung gar nicht beteiligter (untergeordneter) Gehilfen auszuschließen,⁵³⁶ da diese Personen auch

⁵³⁴ Besitzerwerb durch Gehilfen 224.

⁵³⁵ Besitzerwerb durch Gehilfen 228.

⁵³⁶ Besitzerwerb durch Gehilfen 228.

regelmäßig über keine Kenntnis verfügen und deren Handeln nicht einmal kausal sein wird.

Das Kennen und Kennenmüssen des Gehilfen beurteilt *Iro*⁵³⁷ nach den einzelnen beim Gehilfen vorhandenen Fähigkeiten und Kenntnissen, da man nicht davon ausgehen kann, dass ein Gehilfe prinzipiell unsorgfältiger handelt als ein Geschäftsherr und daher nicht *automatisch* ein objektiver Maßstab gelten kann. Bei größeren Betrieben, räumt *Iro*⁵³⁸ ein, ist eine solche Gefahr schon eher gegeben, da durch die unzähligen Anschaffungen die Chance, dass bei einem der Erwerbsakte ein Fehler unterläuft, ein erhöhtes Risiko besteht, als bei einer Person, die ihre Erwerbstätigkeit nach eigenen Kräften ausrichtet. Da dieses Risiko für den Geschäftsherrn kalkulierbar sei und er es über die Preisgestaltung auf einen größeren Personenkreis ausdehnen könne, könne man von einer spezifischen Verrichtungsgefahr sprechen und daher dem Geschäftsherrn objektiv pflichtwidriges Verhalten anlasten.

b) Ersitzung

Die Redlichkeit bei der Ersitzung nach § 1477 ABGB muss über die ganze Ersitzungszeit hinweg gegeben sein, Echtheit im Zeitpunkt des Besitzerwerbes. Aus der Unmöglichkeit, einen Titel nachzuweisen, kann noch nicht auf Schlechtgläubigkeit geschlossen werden,⁵³⁹ woran man erkennen kann, dass der „Wissensstandard“ über die Redlichkeit bei dieser Norm relativ niedrig ist. Die Tatsache, dass über eine sehr lange Zeit idR 30 Jahre, (gegenüber begünstigten Personen 40 Jahre), bei unbeweglichen Sachen sowie drei Jahre bei beweglichen Sachen ein Besitzer die Sache wie ein Eigentümer verwendet und niemand die Benützung hindert bzw Entgelt verlangt, bildet einen wahrscheinlichen Grund für die Berechtigung zur Benützung.⁵⁴⁰ Unredlichkeit ist jedoch dann anzunehmen, wenn der Eigentümer des als dienend in

⁵³⁷ Besitzerwerb durch Gehilfen 232.

⁵³⁸ Besitzerwerb durch Gehilfen 231.

⁵³⁹ *Schubert* in *Rummel*³, § 1477 Rz 2.

⁵⁴⁰ 6 Ob 25/70; 5 Ob 47/71; SZ 50/53.

Anspruch genommenen Grundstückes dem Ersitzungsbesitzer seinen Rechtsstandpunkt, wonach ein Recht nicht besteht, mitteilt.⁵⁴¹

Grundsätzlich bin ich der Ansicht, dass die Wissenszurechnung bei der Ersitzung sehr restriktiv gehandhabt werden sollte, da das Gesetz eine sehr lange Ersitzungszeit vorsieht, und daher die Gefahr eines Eingriffes in ein fremdes Recht relativ gering ist, zumal demjenigen, in dessen Recht eingegriffen wird, genug Zeit gegeben wird, der Ersitzung entgegenzuwirken.

Wenn beim (*Besitz-*)*Erwerbsvorgang* des zu ersitzenden Gegenstandes ein Gehilfe unredlich war, so soll meines Erachtens das Gleiche gelten wie oben dargelegt. In einem späteren Zeitpunkt soll mE zunächst eine Einschränkung der Wissenszurechnung auf positives Wissen erfolgen. Hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse des Geschäftsherrn ist insb bei der Ersitzung eine Nachforschungspflicht, die eine Zurechnung des Wissen-Müssens zur Folge hätte, zu vereinen. Gerade bei der Ersitzung sind die äußeren Umstände meist „besonders unverdächtig“, da der Geschäftsherr über die Sache verfügt. Es kommt hier auf die subjektiven Fähigkeiten des Gehilfen an. Wenn ihm zur Kenntnis gebracht wird, dass der Geschäftsherr nicht Eigentümer ist und er zum Geschäftsherrn in einem gewissen Naheverhältnis steht, so ist sein Wissen zuzurechnen.

c) Gutgläubiger Eigentumserwerb gem § 367 ABGB

Nach § 367 ABGB kann ein redlicher Erwerber unter bestimmten Voraussetzungen vom Nichtberechtigten Eigentum erwerben. Die Redlichkeit des Erwerbers muss bei Abschluss des Titelgeschäftes vorhanden sein und zumindest bis zur Übergabe der Sache andauern.⁵⁴² Das Erfordernis der Redlichkeit ist, wie oben schon angedeutet, durch § 368 ABGB präzisiert worden. In Hinblick auf den schwerwiegenden Eingriff in ein fremdes Eigentumsrecht ist eine solche „Intensivierung“ auch gerechtfertigt.

⁵⁴¹ SZ 27/284; EvBl 1962/265.

⁵⁴² *Koziol/Welser Bürgerliches Recht I*¹³, 332.

Betreffend die Wissenszurechnung beim gutgläubigen Eigentumserwerb ist anzumerken, dass die Bösgläubigkeit des Erwerbers, also des (zukünftigen) Eigentümers immer schaden muss, auch wenn sein Vertreter bzw. Gehilfe gutgläubig war. Hier greift wieder die Überlegung, die schon weiter oben bei den Willensmängeln vertreten wurde: Sofern der unredliche Geschäftsherr vom Erwerb wusste und bzw. er mit dem Erwerb der Sache rechnen musste, ist jedenfalls Bösgläubigkeit anzunehmen, wenn er den Erwerb nicht verhindert. In diesem Sinne argumentiert auch *Iro*,⁵⁴³ der die Annahme der Unredlichkeit hier auf eine Pflicht des Geschäftsherrn zur Überwachung zur Verhinderung von Schäden und Rechtsverletzungen stützt.

Hinsichtlich der Zurechnung von Gehilfen beim gutgläubigen Eigentumserwerb gilt für die Zurechnung grundsätzlich das oben Gesagte; der Maßstab des Wissens und Wissen-Müssens muss sich jedoch auch hier nach § 368 ABGB richten.

5. Redlichkeit im Bereicherungsrecht

§ 1437 ABGB bestimmt, dass der Empfänger einer bezahlten Nichtschuld als redlicher oder unredlicher Besitzer angesehen wird, je nachdem, ob er den Irrtum des Gebers kannte oder aus den Umständen kennen musste. Diese Bestimmung gilt (zumindest analog) für alle Ansprüche dieses Typs.⁵⁴⁴ Die Redlichkeit des Empfängers bezieht sich in erweiterter Auslegung der Bestimmung auf die Existenz des Kondiktionsanspruches, wobei nach hA Fahrlässigkeit schadet.⁵⁴⁵ Der Grad der Fahrlässigkeit ist jedoch umstritten, der OGH verlangte positive Überzeugung von Rechtmäßigkeit, wobei Zweifel daran die Redlichkeit ausschließen,⁵⁴⁶ wohingegen *Spielbüchler*⁵⁴⁷ die Folgen

⁵⁴³ Besitzerwerb durch Gehilfen 261.

⁵⁴⁴ *Rummel* in *Rummel II*³, § 1437 Rz 1.

⁵⁴⁵ SZ 43/229; SZ 57/44; *Rummel* in *Rummel II*³, § 1437 Rz 2 mwN.

⁵⁴⁶ SZ 57/44.

⁵⁴⁷ Der Dritte im Schuldverhältnis 286ff.

des § 335 ABGB nur in Fällen der Kenntnis oder jedenfalls objektiver Evidenz der Nichtberechtigung eingreifen lassen will.⁵⁴⁸

Im Falle der Bekämpfung von Unterhaltstiteln beginnt die Unredlichkeit mit Klagszustellung;⁵⁴⁹ bei Wandlung und Irrtumsanfechtung unterscheidet *Rummel*.⁵⁵⁰ Der Gegner des Gestaltungsberechtigten wird spätestens durch Klagszustellung oder wirksame Gestaltungserklärung unredlich. *Rummel* kritisiert den Ansatz, die Unredlichkeit des Gestaltungsberechtigten ab Kenntnis des Aufhebungsrechtes anzunehmen⁵⁵¹, da die strenge Haftung des § 335 ABGB einen Zwang zur Vertragsauflösung bewirkt, der dem Gesetz fremd ist. Der Täuschende bzw Drohende ist naturgemäß ab Vertragsschluss unredlich. Der Käufer wird bei Rücktritt wegen Verzuges des Vorbehaltsverkäufers erst bei Rücktritt selbst unredlich, und nicht bei Kenntnis des Rücktrittsgrundes.⁵⁵²

Der Wissenszustand der Unredlichkeit im Bereicherungsrecht muss recht ausgeprägt sein, wie schon aus der oben zitierten Auslegung hervorgeht – die Unredlichkeit muss sich auf die Existenz eines Kondiktionsanspruches beziehen. Wie aber auch aus den verschiedenen Fällen, die einen Kondiktionsanspruch bewirken können, hervorgeht, variiert der Zeitpunkt der Annahme einer Unredlichkeit stark nach dem jeweiligen Auslöser. Je „verpönter“ der Auslöser des Kondiktionsanspruches, desto strenger die Annahme der Unredlichkeit. Bei Täuschung oder Drohung etwa ist der maßgebliche Zeitpunkt schon der Vertragsschluss, bei Irrtum dagegen erst die Klagszustellung beim Gegner des Gestaltungsberechtigten. Zumal die Irrtumsverursachung schuldlos erfolgen kann, ist hier erst ein späterer Zeitpunkt angebracht.

⁵⁴⁸ So auch *Kerschner*, JBl 2001, 758.

⁵⁴⁹ EF Slg. 24.909 f.

⁵⁵⁰ In *Rummel II*³, § 1437 Rz 2.

⁵⁵¹ Wie in SZ 61/162 sowie *Schwimann/Honsell/Mader*², § 1437 Rz 7.

⁵⁵² *Rummel* in *Rummel II*³, § 1437 Rz 2.

Für das Bereicherungsrecht kann keine allgemeine Regel der Wissenszurechnung aufgestellt werden, da die Konstellationen, die einen Bereicherungsanspruch auslösen, so unterschiedlich sind. Es wird insgesamt ein sehr „klarer“ Wissenszustand verlangt, was auch hier für eine Zurechnung nur positiven Wissens spricht.

Ob jedoch im konkreten Fall eine Nachforschungspflicht verletzt wurde, hängt von der Norm ab, die den Bereicherungsanspruch ausgelöst hat.

6. Verjährung von Schadenersatzansprüchen

Nach § 1489 ABGB bestehen für Entschädigungsklagen zwei Verjährungsfristen: eine dreijährige, die von jenem Zeitpunkt an läuft, in dem der Beschädigte *Kenntnis* vom Schaden und der Person des Schädigers erlangte, und eine dreißigjährige, die zu laufen beginnt, wenn dem Geschädigten die Person des Schädigers nicht bekannt geworden ist, oder wenn der Schaden aus einer strafbaren Handlung entstanden ist.⁵⁵³

An dieser Stelle interessiert die Einordnung der Norm und diejenigen Eigenschaften, die nach Lehre und Judikatur maßgeblich für eine Wissenszurechnung in Zusammenhang mit § 1489 ABGB sind.

Zum Kenntniserfordernis des Geschädigten: Der Geschädigte muss nicht nur über Kenntnis betreffend die Person des Schädigers verfügen, sondern insb auch den Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten kennen, sowie auch über jene Umstände Bescheid wissen, die ein Verschulden des Schädigers begründen.⁵⁵⁴ Der Sachverhalt muss dem Geschädigten zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch soweit bekannt sein, dass er in der Lage ist, das zur Begründung eines Schadenersatzanspruches erforderliche Sachvorbringen zu

⁵⁵³ *M.Bydlinski* in Rummel³, § 1489 Rz 1.

⁵⁵⁴ OGH 30.01.2001, 1 Ob 64/00v in ÖBA 2001, 817 mit Anm *Koziol*.

erstatten.⁵⁵⁵ Andererseits darf sich der Geschädigte aber auch nicht zurücklehnen, sich passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, ob er über diese Umstände eines Tages zufällig Kenntnis erhält.

Hinsichtlich der Wissenszurechnung bei der Verjährung wurde judiziert, dass Wissensvertreter,⁵⁵⁶ die über rechtserhebliches Wissen verfügen, dem Geschädigten zuzurechnen sind. So etwa der Hausverwalter in Hinblick auf Bauschäden,⁵⁵⁷ ein Architekt, der über die Erfolglosigkeit von Sanierungsmaßnahmen Bescheid wusste, für die Verjährung von Ansprüchen des Bauherrn.⁵⁵⁸

Bei juristischen Personen wird nicht nur das Wissen der Organe, sondern auch jenes von Handlungsbevollmächtigten, Prokuristen, oder Rechtsvertretern zugerechnet, soweit es sich im konkreten Fall auf das übertragene Aufgabengebiet erstreckt und diese Personen mit der betreffenden Sache befasst waren.⁵⁵⁹

Eine Ausnahme der Wissenszurechnung wird dann gemacht, wenn das Zurechnungssubjekt (obwohl ein Vertretungsverhältnis besteht, dass eine Wissenszurechnung zulassen würde) selbst Schädiger ist bzw den schädigenden Umstand verursacht hat.⁵⁶⁰ In diesem Sinne wurde auch der Fall⁵⁶¹ entschieden, bei dem das Wissen eines GmbH Geschäftsführers, der selbst Schädiger war, der GmbH nicht zuzurechnen war. Die GmbH wurde erst mit Kenntnisnahme durch die einzige Gesellschafterin als „wissend“ qualifiziert, daher begann die fünfjährige Verjährungsfrist nach § 25 Abs 6

⁵⁵⁵ Etwa JBI 1987, 450; JBI 1988, 321; ecolex 1994, 537; ecolex 2000, 797.

⁵⁵⁶ Also Personen, die vom Geschäftsherrn damit betraut sind, Tatsachen, deren Kenntnis von Rechtserheblichkeit ist, entgegenzunehmen und anzuzeigen. Siehe oben VI.B.6.

⁵⁵⁷ SZ 68/179; ecolex 2000, 797.

⁵⁵⁸ 9 Ob 91/99v.

⁵⁵⁹ SZ 62/167; OGH 14. 4. 1982, 3 Ob 510/82; OGH 14. 4. 1999, 9 Ob 88/99b; OGH 13. 11. 1979, 5 Ob 613/79.

⁵⁶⁰ Siehe ÖBA 2001/990 sowie ecolex 2007, 41.

⁵⁶¹ ecolex 2007/17.

GmbHG erst ab Kenntnis durch sie.⁵⁶² Die Begründung dieser Ausnahme liegt im Vorliegen einer Interessenskollision, wobei hier die Bestimmung des § 1494 ABGB eingreift, nach der die Verjährung mangels gesetzlicher Vertretung solcher Personen, die aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte selbst nicht verwalten können, nicht zu laufen beginnt.⁵⁶³

Auch einer Wissenszusammenrechnung steht der OGH⁵⁶⁴ bei Anwendung des § 1489 ABGB kritisch gegenüber, da dies den tragenden Grundsätzen der Verjährung widerspreche. Das Wissen über Teilbereiche des relevanten Sachverhaltes des Vertretenen auf der einen und des Vertreters auf der anderen Seite sei nicht zusammenzurechnen, da eben auch in diesem konkreten Fall die Vertreterin gleichzeitig Schädigerin war.

Ich stehe einer Wissenszusammenrechnung betreffend den Kenntnisstand des Geschädigten grundsätzlich kritisch gegenüber, es sei denn, er hat sich der Kenntnisnahme der relevanten Umstände geradezu verschlossen. Da es ja hier auch nicht um eine Vorteilszuwendung geht, sondern um eine Bestimmung, die die Rechte eines Geschädigten wahren helfen soll, ist meines Erachtens auch in Fällen, in denen keine solche Interessenskollision besteht, von einer Wissenszusammenrechnung abzusehen.

B. Wissen als rechtsgeschäftliche oder vorvertragliche Pflicht

1. Aufklärungspflichten

Der Tatbestand der Verletzung der Aufklärungspflichten wird hier zunächst im Zusammenhang mit der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien im vorvertraglichen Schuldverhältnis diskutiert. Die vorvertraglichen Pflichten

⁵⁶² Siehe dazu *Eckert/Linder*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, *ecolex* 2005, 449.

⁵⁶³ SZ 53/136; SZ 60/163; EvBl 2000/2; Aussetzen der Vertretungsmacht des Machthabers im Falle von Doppelvertretung sowie Selbstkontrahieren im Zusammenhang mit eigenberechtigten Personen im Grundbuchsrecht in NZ 1988/112; NZ 1991/202; 5 Ob 1084/91. Im Bereich des Gesellschaftsrechtes zeitweiliger Mangel der Vertretungsmacht wegen Interessenskollision etwa in SZ 51/16; EvBl 2000/176.

⁵⁶⁴ ÖBA 2001, 818.

sind den Vertragspflichten ähnlich, sie richten sich aber nicht auf die Erfüllung einer Hauptleistung.⁵⁶⁵ Die schuldhafte Verletzung von vorvertraglichen Pflichten bezeichnet man als *culpa in contrahendo*, sie macht den Pflichtwidrigen ersatzpflichtig. Die dogmatische Herleitung der culpa in contrahendo beruht auf zwei Rechtsgedanken: Einerseits auf dem Verbot rücksichtslosen Verhaltens bei Vertragsabschluss, das für den Aufbau einer funktionstüchtigen und ökonomischen Rechtsgeschäftsordnung nötig ist, und andererseits auf der Zumutbarkeit der Wahrnehmung solcher Pflichten durch den Geschäftspartner, da der bloße Geschäftskontakt seinen Interessen dient.⁵⁶⁶

Da keine allgemeine Bestimmung des ABGB die vorvertraglichen Pflichten regelt, wurde auf der Basis von §§ 874 und 878 ABGB, sowie § 16 VersVG eine Rechtsanalogie gebildet,⁵⁶⁷ deren Basis nun nach dem HaRÄG durch § 1019 ABGB erweitert wurde.

2. Sonderfall: Aufklärungspflichten versus Verschwiegenheitspflichten und Wissenszurechnung

a) Aufklärungspflicht bei Vertretung durch Organe bzw Machthaber, insb bei Pflichtenkollision mit der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes

Der oben unter Kapitel IV.B dargestellte Fall des Bankmitarbeiters, der gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied eines Unternehmens ist, ist zur Darstellung und Lösung der Problematik gut geeignet.

In diesem Abschnitt wird erörtert, inwieweit und in welchem Umfang die Bank sich das Wissen des Mitarbeiters zurechnen lassen muss, der über eine Vertretungsbefugnis für die Bank verfügt bzw satzungsgemäßes Organ der Bank ist.

⁵⁶⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 13.

⁵⁶⁶ *Genauer Welser*, Vertretung 73ff.

⁵⁶⁷ *Welser*, Vertretung 59ff.

Koziol kommt in seiner Analyse⁵⁶⁸ des Problems zum Ergebnis, dass das Wissen des Aufsichtsratsmitgliedes des Unternehmens, das gleichzeitig Organ der Bank ist, nur dann zuzurechnen ist, wenn die Information entweder nicht von der Geheimhaltungspflicht umfasst ist oder ohne Offenlegung von der Bank verwertet werden konnte.

Er begründet dies mit der Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsratsmitgliedes, die im österreichischen Recht aus den §§ 99 und 84 Abs 1 AktG in Verbindung mit § 122 StGB hervorgeht. Grundsätzlich dürfe das Wissen eines Aufsichtsratsmitgliedes, das von der Geheimhaltungspflicht umfasst ist, nicht der Bank zugerechnet werden. Er stützt sich insoweit auf *von Stebut*⁵⁶⁹ und *Lutter*⁵⁷⁰, die für die Wissenszurechnung eine Redepflicht des Aufsichtsratsmitgliedes maßgeblich halten. Das Wissen eines Bankvorstandes über die internen Zustände des Unternehmens, dessen Aufsichtsrat er angehört, könne nicht zugerechnet werden, da ihn ja sonst eine Verpflichtung treffen müsste, geheime bzw geheimzuhaltende Informationen weiterzugeben. Damit würde er gegen die Geheimhaltungspflicht verstoßen.⁵⁷¹

Soweit das Geheimnis für die Bank verwertbar gemacht wurde (auch ohne die tatsächliche Offenlegung des Geheimnisses), etwa durch einen Geschäftsabschluss, der im Interesse der Bank lag und durch das Aufsichtsratsmitglied selbst getätigt wurde, solle das Wissen der Bank zugerechnet werden.

Im Falle der Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch das Aufsichtsratsmitglied soll das Wissen nur dann zuzurechnen sein, wenn der Empfänger des Wissens (etwa ein anderer Mitarbeiter der Bank) berechtigt ist, das Wissen der Bank mitzuteilen. Besteht hingegen wiederum ein

⁵⁶⁸ FS Frotz 361.

⁵⁶⁹ Geheimnisschutz 147ff.

⁵⁷⁰ ZHR 145, 242.

⁵⁷¹ ZHR 145, 242.

Verschwiegenheitsgebot gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied, so soll dieses Wissen nicht zurechenbar sein.⁵⁷²

Die dargelegte Ansicht, die sich auf die zitierte deutsche Literatur stützt, lässt aber einen in Österreich durch Judikatur und Lehre herausgearbeiteten Grundsatz außer Acht: Die juristische Person (in unserem Fall die Bank) muss sich jedes Wissen des zuständigen Machthabers so zurechnen lassen, wie die natürliche Person die eigenen Kenntnisse.⁵⁷³ Davon ist typischerweise auch das private (bzw privat erlangte) Wissen des Machthabers betroffen.

Der Begriff des Machthabers wurde weiter oben⁵⁷⁴ genauer erörtert. Es soll nur soviel gesagt werden, dass er grundsätzlich weiter zu verstehen ist als jener des Organs, da das Kriterium für den Machthaberbegriff nicht eine formelle Vertretungsmacht ist, sondern eine leitende Stellung,⁵⁷⁵ wovon der Organbegriff, der hier zur Anwendung kommt, jedenfalls erfasst ist.

Die Verschwiegenheitspflicht des Aufsichtsrates ist zwar eine Pflicht, die das Organ auf Grund seiner Position als Aufsichtsratsmitglied trifft, das Wissen als solches ist aber in Hinblick auf seine Position in der Bank als *außerdienstlich* bzw *privat* zu qualifizieren. Es mag strittig sein, inwieweit das private Wissen eines Gehilfen, der keine Machthaber-, oder Organstellung besitzt, zuzurechnen ist. *Iro*⁵⁷⁶ billigt sogar eine Zurechnung von privatem Wissen zu, falls der Gehilfe überwiegend mit der Vertragsanbahnung befasst war bzw eine *Art Repräsentantenfunktion* für den Geschäftsherrn ausübt. Unbestritten ist jedoch, dass die Zurechnung des Wissens des zuständigen Machthabers in vollem Umfang erfolgen muss.

Verneint man in unserem Fall die Zurechnung mit der Argumentation, es handle sich beim Wissen, das durch die Tätigkeit als Aufsichtsrat erworben

⁵⁷² FS Frotz 360.

⁵⁷³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 75 mwN.

⁵⁷⁴ VI.A.2.a).

⁵⁷⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 75.

⁵⁷⁶ Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel 518.

wurde, um ein besonders schützenswertes „Sonderwissen“, so würde man zu folgendem Ergebnis kommen:

Der Aufsichtsrat, der über die (schlechte) wirtschaftliche Lage des Unternehmens Bescheid weiß, und gleichzeitig bei der emissionshelfenden Bank als Machthaber/Organ (bsp als Vorstand) fungiert, verletzt seine Verschwiegenheitspflicht nicht und gibt die Information auch an die Bank nicht weiter. Die Anleger erwerben die Wertpapiere eines maroden Unternehmens und können sich auch dann nicht an der Bank schadlos halten, wenn ihnen gegenüber Aufklärungspflichten bestehen würden, weil der Bankvorstand der Verschwiegenheitspflicht als Aufsichtsratsmitglied unterliegt.

Wüsste jedoch der Bankvorstand von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nicht aus eigener aufsichtsrätlicher Tätigkeit, sondern beispielsweise, weil seine Ehefrau Aufsichtsrätin in besagtem Unternehmen ist, so wäre das Wissen des Vorstandes, da es keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegt, zurechenbar.

Dass dieses Ergebnis nicht befriedigend ist, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Es ist abschließend noch zu bemerken, dass auch die neuere deutsche Lehre sich für eine Zurechnung allen Wissens der Organmitglieder an die juristische Person ausspricht⁵⁷⁷ und auch eine Differenzierung nach der tatsächlichen Nutzbarkeit des Wissens für seine Zurechenbarkeit, wie sie *Koziol* annimmt und in Deutschland von *Mertens*⁵⁷⁸ vertreten wird, ablehnt.

Meines Erachtens soll dies auch für das österreichische Recht gelten, zumal auch nicht einzusehen ist, dass sich ein Dritter durch eine interne Verschwiegenheitspflicht eines vertretungsbefugten Mitarbeiters der Bank aufgrund seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied schädigen lassen muss.

⁵⁷⁷ *Buck*, Wissen und juristische Person 245 mwN in FN 287.

⁵⁷⁸ Kölner Kommentar § 76 AktG Rz 67.

In diese Richtung geht auch die Ansicht *Königs*,⁵⁷⁹ der insb auf die „Wirklichkeit“ und den Zweck dieser Vorgangsweise, Bankvorstände in die Aufsichtsräte von Unternehmen zu entsenden, hinweist: Die Vertreter der Banken werden einerseits zu Aufsichtsratsmitgliedern der Unternehmen ernannt, um „günstige Konditionen“ bei den betreffenden Banken zu erreichen, andererseits handeln sie auch im Interesse der Bank. Sie sind sozusagen „Auge und Ohr“ der Bank im Unternehmen, und können diese so über die wesentlichen Vorgänge informieren. Zweifellos handeln die entsandten Aufsichtsratsmitglieder in diesem Sinne auch ganz offensichtlich im Interesse der Bank, weswegen nicht einzusehen ist, warum ihr Wissen nicht zurechenbar sein sollte.

Koziol sieht eine Lösung des Konfliktes der gegenläufigen Interessen darin, dass der Machthaber sich in der Bank von allen Angelegenheiten fernhält, die das Unternehmen betreffen, dessen Aufsichtsratsmitglied er ist und die Zustimmung der Bank für seine Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied einholen muss. Mit dieser Zustimmung toleriert die Bank nach *Koziol*⁵⁸⁰ die Einschränkung der absoluten Wahrung der Interessen der Bank, die durch eine etwaige Enthaltung in einer Abstimmung entstehen könnte.

Meiner Ansicht nach ist ein derartiges Zustimmungserfordernis der Bank zur Aufsichtsratsstätigkeit eines ihrer Organe zu befürworten – dies jedoch nicht mit der Konsequenz, dass die Bank eine Enthaltung des Mitarbeiters in „brenzligen“ Angelegenheiten tolerieren muss, sondern sich sein gesamtes Wissen, nämlich auch das als Aufsichtsratsmitglied erworbene, zurechnen lassen muss.

⁵⁷⁹ Anfechtung³ Rz 11/20 FN 44.

⁵⁸⁰ FS Frotz 363.

**b) Aufklärungspflichten wegen Wissens eines Gehilfen,
der kein Machthaber bzw Organ der juristischen
Person ist**

Nimmt man nun die zweite Sachverhaltsvariante an, bei welcher der Mitarbeiter nicht Organ bzw Machthaber ist, sondern bloßer Angestellter oder Schalterbeamter der Bank und gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied in besagtem Unternehmen ist, so ergeben sich daraus folgende Fragen:

Inwieweit kommt es bei der Zurechnung von Wissen, das der Mitarbeiter der Bank in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied erworben hat, einerseits auf sein Verhältnis zur Bank, und andererseits auf seine Beteiligung am schädigenden Geschäft mit dem Dritten an? Außerdem ist fraglich, inwiefern der Mitarbeiter einen Dritten in Hinblick auf die wirtschaftliche Lage des Unternehmens aufklären muss, an dem sich der Dritte beteiligen möchte?

Wie im vorigen Kapitel dargestellt, ist das Wissen, das der Mitarbeiter der Bank über das Unternehmen erlangt hat, als privates Wissen einzustufen, da es eben nicht durch die Wahrnehmung einer dienstlichen Tätigkeit bei der Bank erworben wurde.

Die Frage ist also, inwieweit das private Wissen eines Mitarbeiters ohne Organ- bzw Machthaberstellung zurechenbar ist und er insoweit die Aufklärungspflicht der Bank im gegenständlichen Fall auslösen würde.

Hier ist für die Begründung einer Wissenszurechnung zunächst an die Stellvertretung zu denken. Die Zurechnung einer *Handlung* des Stellvertreters, der dadurch vorvertragliche Pflichten verletzt, ist durch die Rechtsprechung⁵⁸¹ grundsätzlich anerkannt und wird mit der Anwendung von § 1313a ABGB begründet.⁵⁸² Dieser Grundsatz ist auch für das *Wissen* des Stellvertreters zu übernehmen sein.⁵⁸³

⁵⁸¹ Siehe oben VI.B.1.

⁵⁸² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 19.

⁵⁸³ Siehe oben VI.B.1.a).

Wenn es sich also in unserem Fall um einen Mitarbeiter der Bank handelt, der bevollmächtigt ist, Wertpapiergeschäfte zu tätigen, und tatsächlich Wertpapiere des besagten Unternehmens verkauft, so wird auf Grund der Vollmacht sein Wissen, das er als Aufsichtsratsmitglied erworben hat, der Bank zuzurechnen sein.

ME ist dieser Umfang der Zurechnung aber nicht ausreichend, da dem Geschäftsherrn dadurch die Möglichkeit eingeräumt wird, an Hand eines rechtsgeschäftlichen Aktes, nämlich der Erteilung einer Vollmacht zu bestimmen, welchen Mitarbeiter er einsetzt, um sich eventuelle Verletzungen vorvertraglicher Pflichten nicht zurechnen lassen zu müssen. Es ist daher ein Maßstab, der dem des § 1313a ABGB entspricht, anzuwenden.

Da die Haftung aus culpa in contrahendo wie eine vertragliche Haftung behandelt wird, sind nicht nur Handlung des Gehilfen, sondern auch sein Wissen, zuzurechnen. Bleibt noch zu fragen, in welchem Umfang das Wissen zugerechnet werden soll. Wie oben dargelegt, ist die österreichische Judikatur bezüglich der Zurechnung privaten Wissens recht zurückhaltend, und lässt diese nur bei Machthabern zu. Der Argumentation von *Iro*,⁵⁸⁴ der das private Wissen von Gehilfen immer dann für zurechenbar hält, wenn der Gehilfe an Stelle des Kontrahenten entweder die gesamte (oder zumindest in überwiegendem Maße die) Vertragsanbahnung übernimmt, sodass der Geschäftsherr am Zustandekommen des Vertrages nicht mehr beteiligt ist, ist in diesem Zusammenhang zu folgen. Dem Dritten soll schließlich durch den Einsatz eines Gehilfen kein Nachteil entstehen.

c) Ergebnis

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass bei der Wissenszurechnung von Machthabern/Organen keine Wissensabstufung zwischen privatem, dienstlichem und besonders geschütztem Wissen gemacht werden kann. Die Zurechnung des Wissens an die juristische Person erfolgt in vollem Umfang,

⁵⁸⁴ JBl 1982, 518.

unabhängig von einer Verschwiegenheitsverpflichtung des Organs einem anderen Unternehmen gegenüber.

Eine Vermeidung der Interessenkollision kann durch die Einholung der Zustimmung der Bank erreicht werden, die dadurch den Radius des Risikos der Beschäftigung eines Machthabers, der gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied in einem Unternehmen ist, so abschätzen kann, dass ihr die Zurechnung allen Wissens dieser Person zumutbar ist.

In Hinblick auf die Beschäftigung eines Mitarbeiters, der keine Machthaberstellung inne hat, sei auf die oben zitierten Ausführungen von *Iro* verwiesen, der immer dann auch das private Wissen des Gehilfen zurechnet, wenn der Gehilfe einzig und allein oder in überwiegendem Maße mit der Vertragsanbahnung befasst ist.

C. Wissensnormen außerhalb des ABGB, insb KO und Anfo

Wissensnormen außerhalb des ABGB sind grundsätzlich nicht Gegenstand dieser Arbeit, da dies den Rahmen wohl sprengen würde. Es wurde dennoch genauer auf die Wissensnormen und die Zurechnungsbestimmungen im Versicherungsvertragsrecht eingegangen, da dort auch umfassendere Literatur zum Problem vorhanden war.

Es gibt zahlreiche Bestimmungen außerhalb des ABGB, die Wissen oder Wissenmüssen als Tatbestandselement beinhalten. Man denke an § 15 UGB, oder § 18 UWG. Ich möchte hier dennoch kurz das Augenmerk auf die § 2 Z 1-3 Anfo, § 28 Z 1-3 KO, also die Bestimmungen über die Konkurs- und Gläubigeranfechtung richten.

Rechtshandlungen des Schuldners, die in der Absicht geschehen, einen oder mehrere Gläubiger zu schädigen sind, wenn diese Absicht dem Erwerber bekannt war oder bekannt sein musste, relativ unwirksam. Mit der Anfechtungsklage kann der Gläubiger auf die veräußerten Vermögenswerte greifen, um seine Forderungen zu befriedigen.⁵⁸⁵

Die Grundwertung des Anfechtungsrechtes ist umstritten,⁵⁸⁶ es scheint jedoch die „Lehre von der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit“⁵⁸⁷ gegenüber den Dinglichkeitstheorien⁵⁸⁸ und den schuldrechtliche Theorien⁵⁸⁹ Vorrang zu haben.

Es wird hier eine Interessenabwägung vorgenommen, die der Benachteiligung des Gläubigers dann entgegen wirken soll, wenn der Erwerber (also der Anfechtungsgegner) weniger schützenswert ist als der Gläubiger.

⁵⁸⁵ *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung 50.

⁵⁸⁶ *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung 2.

⁵⁸⁷ *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung 2.

⁵⁸⁸ Siehe Nachweise bei *König*, Anfechtung³ Rz 2/1f.

⁵⁸⁹ Wie FN 588.

Interessant in diesem Zusammenhang sind die Aussagen von Rsp und Literatur zur Zurechnung fremder Personen hinsichtlich des Vorsatzes auf der Seite des Schuldners: Bei gesetzlicher Vertretung kommt es nur auf die Absicht des Vertreters an, bei gewillkürter Vertretung auf die Absicht des Machtgebers *oder* des Vertreters.⁵⁹⁰ Bei juristischen Personen oder Personengesellschaften ist der Vorsatz *der nach außen handelnden Personen* maßgeblich,⁵⁹¹ und im Falle der Gesamtvertretung schadet der Vorsatz nur eines Vertreters.⁵⁹²

Beim Anfechtungsgegner hingegen erfolgt die Kenntniszurechnung nach den folgenden Grundsätzen: Wird eine nicht voll geschäftsfähige Person gesetzlich vertreten, zählt die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters in den von der gesetzlichen Vertretung erfassten Bereichen;⁵⁹³ bei Vertretung durch einen Kollisionskurator kommt es dementsprechend auf dessen Kenntnis an.⁵⁹⁴

Die Lehre⁵⁹⁵ und Rsp⁵⁹⁶ machen Ausnahmen der Zurechnung der Schlechtgläubigkeit, wenn der schlechtgläubige Vertreter des Anfechtungsgegners einen nichts ahnenden Kurator zum Abschluss eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts bestellen ließ. Bei gewillkürter Vertretung kommt es wiederum auf die Kenntnis des Machtgebers *oder* des Vertreters⁵⁹⁷ an. Hat der Anfechtungsgegner mit seiner Vertretung mehrere Anwälte, eine Rechtsanwalts-Partnerschaft oder eine Rechtsanwalts-GmbH beauftragt, so

⁵⁹⁰ Hier wird also die *Willensbildung* durch den Vertreter und die damit verbundene Einschränkung auf die Zurechnung des Wissens des Vertreters nicht problematisiert. Dies hängt zweifellos mit dem Normzweck zusammen, der vergleichbar mit der Arglist nach § 870 ABGB ist. Ich tendiere in meiner Arbeit ohnehin zu einer verstärkten

Wissenszurechnung vom Vertretenen zum Vertreter, siehe oben Kapitel VI.B.1.b).

⁵⁹¹ *Rebernig* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 30 KO Rz 143.

⁵⁹² *Kuhn/Uhlenbruck*, KO¹¹, § 31 Rz 6; *Kirchhof*, MünchKommInsO II § 133 Rz 12.

⁵⁹³ *Rebernig* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 31 KO Rz 61.

⁵⁹⁴ 7 Ob 354/98d = ÖBA 1999, 835 = ZIK 1999, 213.

⁵⁹⁵ *König*, Anfechtung³ Rz 11/18.

⁵⁹⁶ 5 Ob 254/00i = SZ 73/203 = JBl 2001, 721 = ÖBA 2001, 830.

⁵⁹⁷ 5 Ob 750/80; 5 Ob 586/82 = SZ 55/65.

genügt die Kenntnis eines Anwaltes, sofern sich sein Mandat auf die Sache bezieht und er die Kenntnis im Bereich seiner Beauftragung erlangt hat.⁵⁹⁸

Die Kenntnis des Exekutionsrichters oder des Vollstreckungsbeamten von der wirtschaftlichen Lage des Schuldners wird dem Gläubiger nicht zugerechnet, es sei denn ein Vollstreckungsbeamter der betreibenden Körperschaft ist selbst tätig geworden⁵⁹⁹

Bei juristischen Personen ist das Wissen der zuständigen Machthaber und organschaftlichen Vertreter maßgeblich, wobei es nach der Rsp⁶⁰⁰ auf das Wissen oder Wissenmüssen der mit der Sache *befassten* Personen ankommt. Zugerechnet wird die Kenntnis des Bankkundenbetreuers, Filialleiters, eines Betriebsratsmitgliedes bei Anfechtung eines Sozialplans,⁶⁰¹ des Versicherungsagenten,⁶⁰² des mit der Geschäftsvermittlung betrauten Handelsvertreters; nicht aber die Kenntnis der Konzernschwester und der Mitglieder des Aufsichtsrates.⁶⁰³

*Rebernig*⁶⁰⁴ begründet dies unter Verweis auf *Kirchhof*⁶⁰⁵ mit dem Argument, dass jeder, der am Rechtsverkehr unter Einsatz weisungsgebundener Personen teilnimmt, auch sicherzustellen hat, dass rechtserhebliche Informationen an ihn weitergeleitet werden. Bei Kollegialorganen und mehreren Miteigentümern reicht die Schlechtgläubigkeit auch nur eines Mitglieds.⁶⁰⁶ Hier kommt es also

⁵⁹⁸ *Paulus* in Kübler/Prütting, InsO § 130 Rz 31; *Kirchhof* in MünchKommInsO II § 130 Rz 41. Eine mögliche Verschärfung subjektiv vorwerfbarer Unkenntnis bei Betrauung eines Rechtsanwaltes: 10 Ob 395/01p = ZIK 2002/287, 203). Siehe hierzu auch die Entscheidung über die Zurechnung des Notars an seine Mandantin hinsichtlich einer Kenntnis, die er außerhalb der Mandatserfüllung erworben hat.

⁵⁹⁹ *Kilger/Schmidt*, KO¹⁶, § 30 Anm.9; *König*, Anfechtung³ Rz 11/20; aA *Daunernheim* in Wimmer, InsO³ § 130 Rz 53.

⁶⁰⁰ 3 Ob 539/82 = AnwBl 1983, 547 = EvBl 1983/151 = JBl 1983, 654; 4 Ob 559/83 = SZ 57/87 = JBl 1985, 494; 7 Ob 516, 90; 7 Ob 2/99s = JBl 2000, 450 = ÖBA 2000, 631.

⁶⁰¹ DRdA 1990, 470 = RdW 1991, 151.

⁶⁰² 7 Ob 266/02x = Rz 2003/ 31 = VR 2004/80.

⁶⁰³ Beachte: aA für Banken-Aufsichtsräte *König*, Anfechtung³ Rz 11/20 FN 44.

⁶⁰⁴ In *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz § 31 KO Rz 62.

⁶⁰⁵ MünchKommInsO II § 130 Rz 46.

⁶⁰⁶ 2 Ob 570/95 = SZ 68/206 = JBl 1996, 511; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*⁴ I § 31 Rz 30.

auf ein weisungsgebundenes Handeln der Person, und nicht auf eine Vertretungsmacht oder den Aufgabenbereich der handelnden Personen an.

Interessant ist diese Argumentation, da sie aus der Deutschen Rechtswissenschaft stammt, in Hinblick auf den nach § 166 BGB zurechenbaren Personenkreis, wenn keine Vertretungsmacht vorliegt: Hier kommt es nämlich darauf an, wie die Person im Geschäftsverkehr aufgetreten ist, und ob sie als für den Geschäftsherr handelnd aufgetreten ist. Weiters muss die Person mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn tätig geworden sowie mit einer gewissen Selbstständigkeit⁶⁰⁷ ausgestattet worden sein.

Die Argumentation von *Kirchhof* geht eher in die Richtung des in Deutschland vielfach vertretenen Organisationsverschuldens und konzentriert sich weniger auf § 155 BGB.

In der österreichischen Rechtsprechung, kommt es bei der Anfechtung auf das Wissen der mit dem Geschäft *befassten* Personen an, hier bildet den Anknüpfungspunkt für die Wissenszurechnung eher eine *faktische Tätigkeit*.

Hat der Bund im Wege der Aufrechnung Abgabeforderungen einbringlich gemacht, so ist auf das Wissen der mit der Einbringung befassten Dienststellen (auf das Wissen des mit der Einbringung befassten Organs) abzustellen.⁶⁰⁸

Besonders interessant in diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung des OLG Linz,⁶⁰⁹ nach der die Kenntnis eines Beamten einer anderen Behörde, die er im Wege der Amtshilfe (Art 22 B-VG) bzw der Beistandspflicht (§§ 158ff BAO) für die Abgabenbehörde erlangt, der Abgabenbehörde nicht zuzurechnen ist.

⁶⁰⁷ MünchKomm⁵, § 166 BGB Rz 40.

⁶⁰⁸ Siehe weitere Nachweise in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 31 KO Rz 62.

⁶⁰⁹ OLG Linz 1 R 83/01h.

Zusammenfassend möchte ich hier anmerken, dass im Anfechtungsrecht die Kriterien für eine Wissenszurechnung mehrfach jenen entsprechen, die ich auch für das allgemeine Zivilrecht (natürlich immer unter Berücksichtigung der jeweiligen Wissensnorm) vorschlage: (i) Maßgeblichkeit der Kenntnis des Vertreters *oder* des Vertretenen bei gewillkürter Stellvertretung; (ii) bei gesetzlicher Stellvertretung muss eine genaue Fallbetrachtung erfolgen, denn im Falle der oben zitierten Ausnahme des „ahnungslosen Kollisionskurators“ handelt es sich beispielsweise um einen Kurator, der vom schlechtgläubigen Vater für das Kind bestellt wurde, (iii) bei juristischen Personen die Kenntnis der mit der Sache *befassten* Person; und (iv) die Kenntnis der nach *außen* handelnden Person.

Man muss einräumen, dass der Anfechtungstatbestand innerhalb der Wissensnormen eine Sonderstellung einnimmt: Auch im deutschen BGB wird im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage beispielsweise auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Vertretenen abgestellt, es sei denn, die Anfechtung der von ihm abgegebenen Willenserklärung liegt im Aufgabenbereich des Vertreters.

Die Wissenszurechnung erfolgt bei den entsprechenden Tatbeständen der AO bzw der KO nach Kriterien, die einer größeren „Lebensnähe“⁶¹⁰ entsprechen. Der Blick auf *formelle* Kriterien ist schwächer, der Blick auf *faktische* Kriterien stärker.

Ob dieser *Trend* auch im allgemeinen Zivilrecht Einzug halten wird, ist fraglich, ich persönlich spreche mich dafür aus, da dadurch interessengerechtere Entscheidungen wahrscheinlicher werden und die Argumentationsmöglichkeiten, sich von einer Wissenszurechnung „freizusprechen“, geringer.

⁶¹⁰ Siehe etwa auch *König*, Anfechtung³ Rz 11/18, der hier auf eine Entscheidung Bezug nimmt, die auf Grund der falleigenen Interessenslage vom OGH entgegen den Prinzipien der Wissenszurechnung des Kollisionskurators ausgegangen ist.

VIII. Zusammenfassung der im Laufe der Untersuchung gewonnenen Ergebnisse

Zentral für meine Arbeit war zunächst die Untersuchung der Fragen, wessen und welches Wissen zuzurechnen ist. Ich habe daher einzelne Gruppen von Personen in Hinblick auf die Frage analysiert, ob deren Wissen dem Wissen eines Geschäftsherren gleichzuhalten ist:

A. Wissenszurechnung des Versicherungsmaklers

Inhaltlich bringen die Vorschriften im VVG mE keinen neuen Zurechnungsansatz für Wissen, der ins allgemeine Zivilrecht übertragen werden könnte: Im Wesentlichen beschränkt sich das Versicherungsrecht darauf, das Wissen jener Personen, die der Sphäre eines der beiden Vertragspartner angehören, der jeweiligen Seite zuzurechnen: Der Abschlussagent, der über eine Vollmacht des Versicherers verfügt, ist ein Vertreter und seine Kenntnisse aus diesem Grund zurechenbar. Der Vermittlungsagent, den man mit einem Verhandlungsgehilfen vergleichen kann, ist nicht zurechenbar, weil das Gesetz (aus umstrittenen Gründen) eine Ausnahme macht. Alle anderen Personen, die mit Anbahnung und Abschluss des Vertrages befasst sind, sind dem Versicherer nach den allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen. Beim Pseudomakler und beim Quasiagenten werden im Wesentlichen die Grundsätze der Anscheinsvollmacht angewendet – eine Wissenszurechnung erfolgt dann nach den Regeln, die für jene Position geschaffen wurden, deren Anschein erweckt wird.

Interessant ist die Position des Versicherungsmaklers. Einigung besteht darüber, dass der Makler eher der Sphäre des Versicherten zuzurechnen ist als jener des Versicherers. Er befindet sich aber trotzdem in einer Art Vertragsverhältnis zum Versicherer, und ist diesem gegenüber auch zu bestimmten Verhaltensweisen verpflichtet. Der Versicherungsmakler befindet

sich daher in einem Spannungsverhältnis, dass dadurch gekennzeichnet ist, dass er einerseits die Interessen des Versicherten, und andererseits die Interessen des Versicherers zu vertreten hat. Daher ist mE, sogar wenn der Versicherungsmakler über eine Vollmacht des Versicherten verfügt, das Wissen des Maklers zumindest in jenen Fällen, in denen er gem § 29 MaklerG zur Information an den Versicherer verpflichtet gewesen wäre, (auch) diesem zuzurechnen. Eine solche Wertung entspricht auch derjenigen, die der OGH in Zusammenhang mit der Veruntreuung des Treugutes durch den *beidseitigen* Treuhänder vertreten hat: Geteilte Schadenstragung, die durch die besondere Interessenlage des Treuhänders begründet wird. In Hinblick auf den Versicherungsmakler findet diese Argumentation ihre Rechtfertigung nicht zuletzt auch in der Tatsache, dass die Provisionen für vom Makler herbeigeführte Vertragsabschlüsse ausschließlich vom Versicherer bezahlt werden.

B. Zur Wissenszurechnung des Machthabers/Repräsentanten

Hinsichtlich der Wissenszurechnung beim Machthaber bzw Repräsentanten vertrete ich unter Betrachtung der historischen und teleologischen Einordnung die Ansicht, dass die Zuständigkeit des Machthabers bzw Repräsentanten kein Anhaltspunkt für die Wissenszurechnung an die juristische Person sein kann. Meine Meinung gründet sich darauf, dass die Gemeinde eine *öffentlich* - rechtliche Körperschaft ist und sich daher die natürlichen Personen bei Kontrahieren mit öffentlich-rechtlich konstituierten Verbänden typischerweise mit deren Zuständigkeitsverteilungen befassen müssen. Die dementsprechende Organisation ist für den Dritten viel besser erkennbar. Insofern ist mE auch das Zuständigkeitserfordernis des § 337 ABGB zu verstehen, das sich auf ebendiese Konstellation bezieht. Es soll damit einerseits dem Interesse der Gemeinde, deren Organisation eine klare Zuständigkeitsverteilung vorsieht, gedient sein, da das Wissen eines unzuständigen Machthabers nicht zuzurechnen sein soll. Andererseits ist aber auch das Interesse der Verkehrsteilnehmer gewahrt, denen zumutbar ist, sich über die Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Machthaber genügend zu informieren.

Insofern ist die Einschränkung der Wissenszurechnung auf zuständige Machthaber bei der Gemeinde im Sinne einer politischen Gemeinde sehr wohl gerechtfertigt, nicht aber bei juristischen Personen des Privatrechts, da für die Verkehrsteilnehmer nicht erkennbar ist, welche Zuständigkeiten welchen Machhabern zugeordnet sind. Es ist daher auch nicht einzusehen, warum sich der Verkehr die Gefahr einer internen Zuständigkeitsverteilung und damit beschränkten Wissenszurechnung aufbürden lassen soll. Daher ist jenes Wissen, über das ein Machthaber einer juristischen Person verfügt, *unabhängig* von seinem Zuständigkeitsbereich zuzurechnen. Die einzige Voraussetzung für eine solche Zurechnung muss sein, dass der wissende Machthaber von der bevorstehenden Rechtsverletzung Kenntnis hat. Er muss über die Möglichkeit verfügen, das Geschäft bzw den Vertragsabschluss zu verhindern.

Fraglich war nun noch, was in jenem auch oben angesprochenen Fall passiert, bei dem ein Machthaber zwar über eine Information verfügt, deren Relevanz er nicht erkennt, da sie nicht seinen Zuständigkeitsbereich betrifft.

Meiner Ansicht nach ist dieses Problem zuerst auf der Wissensebene zu lösen: Wie ich weiter oben⁶¹¹ erläutert habe, besteht das Wissen als zurechnungstauglicher Gegenstand aus zwei Komponenten: Einerseits der Wahrnehmung als solche, und andererseits der „intellektuellen“ Leistung des Zu- und Einordnens der wahrgenommenen Information. Wie auch oben schon thematisiert, kann zurechnungsfähiges Wissen überhaupt nur vorliegen, wenn also der Wahrnehmung ein solcher gedanklicher Vorgang nachfolgt.

Daher muss man sich zunächst fragen, ob der unzuständige Machthaber die Information bloß wahrgenommen hat, ohne sie überhaupt einordnen zu können, oder ob er zwar über keine zureichende Kenntnis verfügte, um die Relevanz der Information abzuschätzen, aber die Information sehr wohl als „unternehmenszugehörig“ erkennt.

⁶¹¹ V.A.1

Zur Beurteilung eines solchen Erkennens wird im rechtsgeschäftlichen Bereich sicher ein objektiver Maßstab anzulegen sein – die Frage lautet also, ob ein ordentlicher Machthaber (in dieser unzuständigen Position) erkennen konnte, dass die Information unternehmenszugehörig ist. Wenn der unzuständige Machthaber nun diese Relevanz im Sinne der Unternehmenszugehörigkeit der Information erkannt hat oder erkennen hätte müssen, so ist die Kenntnis des Machthabers der juristischen Person zuzurechnen. Ich habe oben auch mehrfach das Judikat,⁶¹² das sich mit einer solchen Zurechnung innerhalb einer Gebietskörperschaft befasste, angeführt, in dem die Wissenszurechnung eines unzuständigen Referatsleiters bejaht wurde.

C. Wissenszusammenrechnung bei rechtsgeschäftlichen Vertretern

Die Stellvertretung birgt für die Wissenszusammenrechnung besondere Konsequenzen: Im Falle der Gesamtvertretung ist, wie schon die österreichische Judikatur zeigt, die Zurechnung der Kenntnis jedes einzelnen Gesamtvertreters zu bejahen. Die gegenständliche Arbeit erweitert diese Erkenntnis um einen Schritt – nämlich, dass die Kenntnis im Falle der Gesamtvertretung nicht nur zu-, sondern auch zusammenrechenbar ist. Dies soll für alle Bereiche der Gesamtvertretungsbefugnis gelten, somit auch für Kenntnisse, die ein Gesamtvertreter erlangt, die sich aber möglicherweise nicht auf ein konkretes Geschäft, aber auf seinen Vertretungsbereich beziehen.

Im Falle der Betrauung mehrerer einzelner Vertreter soll das gleiche gelten, soweit sich die Kenntnis eines Vertreters auf ein und dasselbe Rechtsgeschäft bezieht. Das bedeutet, dass immer dann, wenn ein einzelner Vertreter von Umständen, die ein anderes Rechtsgeschäft betreffen, Kenntnis erlangt, sein Wissen nicht mit jenem der anderen Vertreter zusammenzurechnen ist. Die Zusammenrechnung von unterschiedlichen Personen bekannten Umständen erfolgt also nur in Hinblick auf ein Rechtsgeschäft, zu dessen Abschluss mehrere Personen befugt sind.

⁶¹² SZ 60/204.

D. Arglistige Gehilfen und Wissenszusammenrechnung

Hinsichtlich der Wissenszusammenrechnung bei List schließe ich mich der Ansicht von *Iro*⁶¹³ an, nach der bei Auseinanderfallen von Kenntnis des Irrtums des Vertragspartners, Kenntnis über den bevorstehenden Vertragsabschluss sowie das Abschließen des Vertrages selbst, List anzunehmen ist, wenn der listige Geschäftsherr vom bevorstehenden Vertragsabschluss Kenntnis hatte, oder damit rechnen musste. Hinsichtlich eines listigen (aber nicht handelnden) untergeordneten Gehilfen muss dann Arglist beim Vertragsschluss angenommen werden, wenn der Gehilfe auf Grund seiner (internen) Informationspflicht den Geschäftsherrn benachrichtigen hätte müssen.

Auf beiden dargestellten Ebenen – nämlich jener des (unbeteiligten) Geschäftsherrn und auch jener des (ebenso unbeteiligten) Gehilfen – rekurriert *Iro* auf das subjektive Unrechtselement zur Begründung von Arglist.

Wenn sich eine Person absichtlich unwissend hält, um eben nicht arglistig werden zu können, dann taucht meiner Ansicht nach in diesem Verhalten ebenso dieses subjektive Unrechtselement auf, wie im Wissen um den Irrtum des Vertragspartners ohne den Versuch, über den Irrtum aufzuklären. Das Unrechtselement ist aber gewissermaßen eine Stufe früher verwirklicht. Derjenige, der sich der Wissenserlangung verschließt, muss dennoch eine Ahnung haben, dass jenes Wissen, das er nicht erlangen will, „anrühiger“ Natur ist.

Daher vertrete ich die Ansicht, dass der absichtlich vor der Erlangung einer Kenntnis, die im Zusammenwirken mit der Handlung eines Gehilfen die arglistige Herbeiführung eines Irrtums verursachen würde, sich verschließende Geschäftsherr nicht vor einer Wissenszusammenrechnung mit der Kenntnis um die restlichen Umstände, über die der handelnde Gehilfe verfügt, gefeit sein soll. Dies wäre meiner Ansicht nach der einzige Fall, in dem ein tatsächliches Nicht-Wissen, eines Unbeteiligten zum Arglistvorwurf führen kann.

⁶¹³ V.A.6.a)

Dies bedeutet jedoch nicht, dass für den Arglistvorwurf auch Fahrlässigkeit genügen soll – in der österreichischen Lehre ist die Fahrlässigkeit grundsätzlich nicht ausreichend für die Begründung von Arglist.⁶¹⁴ Grob fahrlässig ist, wer das unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen – hier handelt es sich aber um ein bewusstes *Nichthandeln* (also *Nicht-* Erlangen einer Information), das in Zusammenwirken mit einer Handlung und dem Wissen einer anderen Person zum Vorwurf der Arglist und somit zur Anfechtbarkeit des Vertrages führen soll.

E. Zur Wissenszurechnung bei Anscheinsbevollmächtigten

Zur Frage, ob beim Anscheinsbevollmächtigten auch das private Wissen zurechenbar sein kann, sind mE die Ausführungen zum Verhandlungsgehilfen von *Iro*⁶¹⁵ zutreffend, nach denen dem Geschäftsherrn auch das private Wissen des Gehilfen, der keine Vertretungsmacht besitzt, jedoch in überwiegender Weise oder ausschließlich mit dem Geschäftsabschluss befasst ist, zuzurechnen ist.

Daher wird auch beim Anscheinsbevollmächtigten in jenem Bereich, in dem der Schein der Vollmacht durch das Verhalten des Vertretenen hervorgerufen wird, das private Wissen des Anscheinsbevollmächtigten zuzurechnen sein.

F. Zur Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen, insb des Anlageberaters

Grundsätzlich ist der Ansicht *Iros* insoweit zu folgen, als jede Gehilfentätigkeit ein bestimmtes Risiko beinhaltet, das je nach Wissensnorm divergiert. Es ist in Hinblick auf die spezifische Gefahr, die sich beim Einsatz von Gehilfen verwirklicht, auch auf die jeweilige Wissensnorm abzustellen. Dies entspricht auch dem Gedanken der Risikoschaffung, der als leitend für die Orientierung der Zurechnung bezeichnet werden kann.

⁶¹⁴ *Rummel* in *Rummel I*³, § 870 Rz 2.

⁶¹⁵ JBL 1982, 517ff.

Dennoch kann meines Erachtens die Wissenszurechnung von privat oder dienstlich erlangtem Wissen nicht direkt vom Aufgabenbereich des Gehilfen abhängig gemacht werden:

Im Fallbeispiel A (WEB) zeigt sich die Problematik einer solchen Zurechnung ganz besonders: Der Anlageberater, der die Information, dass das Unternehmen, dessen Beteiligungen er vertreibt, insolvent ist, durch sein Unternehmen (also die IV-AG bzw die A-GmbH) erlangt hat, ist gleichzeitig Verhandlungsgehilfe der Bank. Seine Aufgabe für die Bank besteht darin (i) Vertragsformulare für den Abschluss von Kreditverträgen vorzulegen und (ii) den Investor I von der Sinnhaftigkeit des bevorstehenden Unterfangens zu überzeugen. Jene Information, die also die wirtschaftliche Situation des Unternehmens betrifft, wurde nicht im Zuge der Tätigkeit als Verhandlungsgehilfe der Bank erlangt, sondern im Zuge der Tätigkeit als Verhandlungsgehilfe (bzw vielleicht sogar Vertreters) der IV-AG bzw der A-GmbH (ist also aus Sicht der Bank nur „privates“ Wissen des Verhandlungsgehilfen).

Unter Beachtung der folgenden Kriterien ist eine Wissenszurechnung des Verhandlungsgehilfen an die Bank mE zu befürworten: Erzielung von wirtschaftlichen Vorteilen der Bank (Ausweitung des Kreditvolumens), sachlicher Zusammenhang der relevanten Information mit dem Geschäftsabschluss (Kreditvertrag). Der Anleger kann also *auch* den Darlehensvertrag wegen Irrtums anfechten und Schadenersatz von der Bank fordern und diesen *compensando* gegen die Darlehensforderung der Bank einwenden.

Hinsichtlich des Einwendungsdurchgriffes ist mE *Wilhelm, Reidinger* und *Graf* zu folgen, die eine analoge Anwendung des in § 18 KschG geregelten Einwendungsdurchgriffes auch bei risikoreichen Beteiligungsverträgen befürworten.

Zurechenbare Verhandlungsgehilfen sind auch jene, die an der Kontaktaufnahme zum Vertragspartner zwar nicht unmittelbar mitgewirkt haben, aber den Willen und die Vorstellung des Vertragspartners entsprechend (wenn auch durch die Verwendung eines ahnungslosen Werkzeuges wie einen Anlageberater) beeinflussen konnten.⁶¹⁶

*Wilhelm*⁶¹⁷ löst den Fall (unter Betrachtung der österreichischen Rechtslage zur Wissenszurechnung) daher wie folgt: Zumal die A-GmbH gerade als um Beteiligung werbende Gesellschaft zur Gehilfin gemacht worden ist, und daher der funktionale Zusammenhang mit ihrem Aufgabenkreis als gegeben anzunehmen ist, und außerdem die Vertragsanbahnung ausschließlich durch sie bzw ihre Gehilfen vorgenommen wurde, sie also selbstständig tätig war, wäre ihr gesamtes Wissen der Bank zuzurechnen. Somit wäre eine Anfechtung des Kreditvertrages problemlos entweder über § 870 ABGB, wenn die A-GmbH listig war, oder über § 871 ABGB möglich, da ihr der Irrtum jedenfalls auffallen hätte müssen bzw sie ihn verursachte. Naturgemäß steht hier auch eine Haftung wegen Verletzung der Aufklärungspflicht der Bank im Raum:

Die Unternehmerin als Gehilfin der Bank hätte gegenüber dem Verhandlungspartner genau die gleiche Sorgfalt anzuwenden gehabt, die der Bank obgelegen hätte, wenn sie selbst gehandelt hätte. Nach Meinung des OGH⁶¹⁸ hätte die Bank dann, wenn sie positiv gewusst hätte, dass die Geschäftstätigkeit der Unternehmerin in der bloßen Entgegennahme von Beteiligungen besteht, ihre Aufklärungspflichten verletzt.

Es spricht meines Erachtens nichts dagegen, die Beteiligungsgesellschaft als Verhandlungsgehilfin zu qualifizieren, da nicht unbedingt nur eine „untergeordnete“ Person Verhandlungsgehilfin sein muss. Ausschlaggebend ist ihre Funktion bei der Herbeiführung der Vertragsabschlüsse für die Bank – und diese hat sie zweifellos, unter Einsatz ihrer eigenen Gehilfen, erfüllt.

⁶¹⁶ Siehe dazu oben auch *Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, 516.

⁶¹⁷ *ecolex* 1990, 16.

⁶¹⁸ *RdW* 1988, 419.

G. Zur Wissenszurechnung beim Erfüllungsgehilfen

Wie bei der Zurechnung von schädigenden Handlungen muss es bei der Wissenszurechnung der Kenntnis des Erfüllungsgehilfen auf die Erlangung des Vorteiles des Geschäftsherrn durch den Gehilfeneinsatz, sowie den sachlichen Zusammenhang der Information und deren Erlangung mit der Interessenverfolgung des Geschäftsherrn ankommen. Das bedeutet, dass ein Erfüllungsgehilfe, der im Rahmen seiner Tätigkeit möglicherweise auch außerhalb seines unmittelbaren Zuständigkeitsbereiches eine relevante Information erlangt, dem Geschäftsherrn zuzurechnen sein müsste. Meines Erachtens liegt ja auch gerade hierin die Verwirklichung des Risikos, das durch den Einsatz von Gehilfen entsteht – in vielen Fällen wird eine Information nicht an den „zuständigen“ Gehilfen gelangen, sondern auf Grund von *faktischen*, aber *zuständigkeitsübergreifenden* Tätigkeiten an einen anderen, an der Leistungserfüllung ebenfalls beteiligten, aber nicht zuständigen Gehilfen.

Um mit dieser Formel nicht in eine völlig überbordende Wissenszurechnung zu Lasten des Geschäftsherrn zu gelangen, kann man sich wieder jenen Grundsatz, den ich auch schon an anderer Stelle hinsichtlich der Zurechnung von privat erworbenem Wissen angewendet habe, zu Nutze machen: Wenn eine Information, die außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des Gehilfen erworben wurde auf Grund der Treuepflicht und der Informationspflicht des Gehilfen gegenüber seinem Geschäftsherrn oder an eine zumindest *zuständige Stelle* im Unternehmen weitergeleitet werden müsste, so ist das Wissen zuzurechnen.

So sollte im Übrigen auch das privat erworbene Wissen von Erfüllungsgehilfen behandelt werden, da nicht einzusehen ist, warum die Zurechnung von der Art des Wissenserwerbsvorganges oder der Zuständigkeit des Gehilfen abhängig gemacht werden sollte.

H. Wissenszurechnung des Lobbyisten

Da im gegenständlichen Kaufvertrag gewisse Verhaltensregeln die EF-GmbH und nicht die EADS Deutschland GmbH binden, muss der Rüstungslobbyist *Steininger* als Erfüllungsgehilfe *der EF-GmbH* qualifiziert werden.

Da die Tätigkeit des Lobbyisten *typischerweise* auf Herbeiführung eines Vertragsabschlusses ausgerichtet ist – man könnte sogar sagen, der Lobbyist ist *der* Vertragstyp eines Verhandlungsgehilfen schlechthin – ist sein Wissen der EF-GmbH zuzurechnen. Üblicherweise qualifiziert man jene Personen als Verhandlungsgehilfen, die *faktisch* bei den Vertragsverhandlungen tätig werden;⁶¹⁹ daher ist auch eine Person, deren *vertragliche* Pflicht es ist, einen Vertragsabschluss herbeizuführen, als Verhandlungsgehilfe zu qualifizieren und deren Unredlichkeit der EF-GmbH, deren Interessen sie verfolgt, zuzurechnen.

ME hätte der Rüstungslobbyist als Verhandlungsgehilfe der EF-GmbH qualifiziert und seine evtl Unredlichkeit bei seiner Tätigkeit zur Herbeiführung des Kaufvertragsabschlusses der EF-GmbH zugerechnet werden können, was mE bei Nachweis der Unredlichkeit einen Vertragsausstieg ermöglichen würde.

I. Wissenszurechnung des Wissensvertreters

Meiner Ansicht nach ist der Wissensvertreter als eigener Zurechnungstatbestand im allgemeinen Zivilrecht zu bejahen. Die Abgrenzungskriterien haben sich jedoch nicht nach dem Willen des Geschäftsherrn zu richten, sondern nach der *faktischen* Tätigkeit, einem selbstständigen Aufgabenkreis des Wissensvertreters und dem Wissen (und nicht dem *Wollen*) des Geschäftsherrn von dessen Handeln.

⁶¹⁹ Siehe oben genauer im Kapitel über die Verhandlungsgehilfen.

Ob jemand Wissensvertreter ist, kann nicht davon abhängen, dass er Entscheidungsgewalt hat, da ein Wissensvertreter ja *typischerweise* keine Handlungen setzt oder Willensentschlüsse fasst, sondern eben nur zur Wissenserlangung für den Geschäftsherrn da ist. Daher ist meines Erachtens die *Betrauung* des Wissensvertreters mit einem Aufgabenbereich insofern als Zurechnungsgrundlage zu sehen, als ein Gehilfe, der über einen gewissen Aufgabenbereich verfügt und dort eine gewisse Selbstständigkeit besitzt, jedenfalls als Wissensvertreter zu qualifizieren ist. Weiters muss ein Gehilfe, der möglicherweise außerhalb seines Aufgabenbereiches für den Geschäftsherrn mit dessen *Wissen* tätig wird, ebenfalls als Wissensvertreter anerkannt werden, so auch ein Verhandlungsgehilfe – es geht nicht an, die Wissenszurechnung auch in diesem Fall vom Willen des Geschäftsherrn abhängig zu machen. Handhabt man die Zurechnungsgrundlage nämlich in dieser Weise, so öffnet man dem Geschäftsherrn wieder Tür und Tor, „nicht zuständige“ oder nicht „betrante“ Gehilfen einzusetzen und sich so der Wissenszurechnung zu entziehen.

Für die Qualifikation als Wissensvertreters muss daher folgendes gelten: Wissensvertreter ist, wer ohne Vollmacht in einem gewissen Aufgabenbereich tätig ist und dabei relevantes Wissen für den Geschäftsherrn erlangt. Wenn jemand keinem dezidierten Aufgabenbereich zugeordnet ist oder sich außerhalb des Aufgabenbereiches bewegt und dabei aber faktisch für den Geschäftsherrn tätig wird, so muss auch dieser Gehilfe Wissensvertreter sein, sofern der Geschäftsherr von dessen Handeln *weiß*.

J. Wissenszurechnung des Boten

Grundsätzlich ist mE der hL zuzustimmen, die eine (prinzipielle) Zurechnung absichtlicher Erklärungsentstellung des Boten an den Geschäftsherrn ausschließt. Hier ist, wie von *Wilhelm* richtig dargelegt, die unterschiedliche Behandlung des Übermittlungsboten und des Empfangsboten abzulehnen.

Bei der absichtlichen Entstellung einer Erklärung durch einen Boten ist jedoch, wenn dem Geschäftsherrn durch das Handeln des Boten ein Vorteil zukommt, zu differenzieren und eine Zurechnung zu bejahen.

K. Verbandsorganismus

Mit dem Begriff Verbandsorganismus habe ich mich in Zusammenhang mit dem oben unter Punkt IV.C dargestellten Bankbeispiel befasst – Verbandsorganismus bedeutet eine Unternehmensstruktur, bei der die Filialen (also Zweigstellen) über Abschlussvollmachten verfügen, aber im Wesentlichen keine selbstständige Geschäftstätigkeit ausüben. Aufgrund des Vertretungsverhältnisses erscheint eine Wissenszurechnung von der Filiale zur Geschäftsleitung unproblematisch – in die umgekehrte Richtung halte ich eine Zurechnung ebenso für angebracht.

Die Frage, die bleibt, ist dennoch, ob eine solche Wissenszurechnung erst dann greift, wenn man vom Ablauf einer entsprechenden Frist, in der die entsprechende Information üblicherweise hätte weitergeleitet werden müssen, ausgeht. Dies ist meiner Ansicht nach zu bejahen, da auch die Wissenszurechnung des Vertretenen an den Vertreter sinnvollerweise erst dann greifen kann, wenn er bspw vom bevorstehenden Geschäft hätte wissen müssen oder davon Kenntnis hatte. Denn ein Bewusstseinszustand der Bösgläubigkeit allein ist nicht rechtswidrig.

Daher kann die Zurechnung der Information der Geschäftsleitung zur Bankfiliale wohl nur dann erfolgen, wenn die angemessene Zeit für die Informationsweitergabe abgelaufen ist und diese unterlassen wurde.

L. Zum Konzern

Für die Zurechnung der Kenntnis einer Konzerngesellschaft zu einer anderen Konzerngesellschaft oder zur Konzernmutter wird vorrangig an die wirtschaftliche Abhängigkeit gedacht. Meines Erachtens wird der Einfluss einer Gesellschaft, der sich auf eine rein wirtschaftliche Beteiligung

beschränkt, nicht als Zurechnungsgrundlage ausreichen.⁶²⁰ Zur wirtschaftlichen Beteiligung müssen Elemente und Handlungsweisen hinzutreten, die auch auf eine faktische Abhängigkeit der Gesellschaft, deren Wissen zugerechnet werden soll, schließen lassen.

Meiner Ansicht nach ist innerhalb eines Konzerns (i) überhaupt nur jenes Wissen, das gesellschaftsrechtlich weitergegeben werden *darf*, zuzurechnen, und (ii) wird in den meisten Zurechnungsfällen überhaupt eine Gehilfenstellung iS des Einsatzes einer Konzerngesellschaft als Gehilfin einer anderen Konzerngesellschaft die Zurechnungsgrundlage bilden. Ich halte es nicht für sinnvoll, innerhalb des Konzerns eine Zurechnung der „Wissenszustände“ *nur* kraft Konzerneigenschaft vorzunehmen. Eine rechtliche Grundlage für eine derartige Annahme gibt es nicht.

⁶²⁰ So auch *Schüler*, Die Wissenszurechnung im Konzern 142.

Eine weitere Grundfrage, die im Rahmen dieser Untersuchung behandelt wurde, betrifft den Umfang des zuzurechnenden Wissens. Hier ist die Unterscheidung zwischen „privatem“ und „dienstlichem“ Wissen maßgeblich:

M. Zurechnungsumfang von privat bzw dienstlich erlangtem Wissen

Wie sich im Laufe der Untersuchung gezeigt hat, gibt es im österreichischen Gesetzesrecht keinen klaren Anhaltspunkt für die differenzierte Behandlung der Zurechnung von dienstlich oder privat erlangtem Wissen. Nach gründlicher Analyse der spärlichen österreichischen Rechtsprechung und Literatur gelangte ich zu folgendem Ergebnis:

In Fällen der Machthaberstellung, oder der Organstellung muss ohnedies unbegrenzt alles Wissen zugerechnet werden, da diese Sonderstellungen eigene Zurechnungstatbestände bilden.

Das ist aber unzureichend.

Daher habe ich zusätzlich als Kriterien für die Beantwortung dieser Frage, da das Stellvertretungsrecht, bzw die Organstellung oder Machthaberschaft unzureichende Stützpunkte für die Wissenszurechnung an den Geschäftsherrn bzw die juristische Person darstellen, den sachlichen Zusammenhang der Information mit der Verfolgung des Geschäftsherreninteresses, der Risikoschaffung des Geschäftsherrn durch den Einsatz von Gehilfen, sowie die Treue- bzw Informationspflicht des jeweiligen Gehilfen gegenüber dem Zurechnungsobjekt (also dem Geschäftsherrn) herangezogen. Das bedeutet, dass ich den Umfang des zuzurechnenden Wissens nicht an „äußeren Umständen“, wie etwa die Zuständigkeitsverteilung oder äußerlich determinierte Position des Gehilfen im Unternehmen, sondern tatsächlich an seinen, dem Geschäftsherrn gegenüber durch seine faktische Funktion sowie sein eigenes Vertragsverhältnis gegebenen Pflichten gemessen habe.

Daher steht eine solche Herangehensweise auch nicht mit der oben⁶²¹ diskutierten Interessenkollision eines Aufsichtsratsmitgliedes, das gleichzeitig Organ oder Machthaber einer Bank ist, in Widerspruch.

Der Gedanke entspricht außerdem dem für die Zurechnung grundlegenden Argument der Risikoverteilung. Determiniert man das zuzurechnende Wissen auf Grund der Treue- und Informationspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn, so kann man die tatsächliche Position des Gehilfen gegenüber dem Geschäftsherrn in Betracht ziehen und kommt so auch uU zum Ergebnis, dass das private Wissen eines Gehilfen, der tatsächlich in beschränktem Maße für den Geschäftsherrn tätig wird, aber „formell“ möglicherweise einen bestimmten Zuständigkeitsbereich abdeckt, nicht zuzurechnen sein kann.

⁶²¹ Vgl oben VII.B.2.

Als Spezialproblem musste im oben unter Kapitel IV.B dargestellten Fall untersucht werden, ob die Zurechnung von Wissen durch Geheimhaltungsvorschriften geändert werden kann.

N. Konflikt aus der Geheimhaltungsverpflichtung des Mitgliedes eines Aufsichtsrates und Wissenszurechnung zum Arbeitgeber

Es wurde die Ansicht vertreten,⁶²² dass das Wissen des Mitgliedes eines Aufsichtsrates, das gleichzeitig Mitglied des Vorstands eines anderen Unternehmens ist, nicht zurechenbar ist, da es der Geheimhaltungspflicht unterliegt obwohl die Zurechnung auch von privatem Wissen von zuständigen Machthabern grundsätzlich anerkannt ist.⁶²³ Wenn man nun davon ausgeht, es handle sich beim durch die Tätigkeit als Aufsichtsrat erworbenen Wissen um ein besonders schützenswertes *Sonderwissen*, das nicht zurechenbar ist, so würde man zu folgendem Ergebnis kommen:

Der Aufsichtsrat, der über die (schlechte) wirtschaftliche Lage des Unternehmens Bescheid weiß, und gleichzeitig bei der emissionshelfenden Bank als Machthaber/Organ (beispielsweise als Vorstand) fungiert, verletzt seine Verschwiegenheitspflicht nicht und gibt die Information auch an die Bank nicht weiter. Die Anleger erwerben die Wertpapiere eines maroden Unternehmens und können sich nicht an der Bank schadlos halten, da der Bankvorstand der Verschwiegenheitspflicht als Aufsichtsrats unterliegt.

Wüsste jedoch der Bankvorstand von der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens nicht aus eigener aufsichtsrätlicher Tätigkeit, sondern beispielsweise, weil seine Ehefrau Mitglied des Aufsichtsrats in besagtem Unternehmen ist, so wäre das Wissen des Vorstandes, da er keiner Verschwiegenheitspflicht unterliegt, zurechenbar.

⁶²² siehe weitere Nachweise unter VII.B.2.

⁶²³ VI.A.2.

Dass dieses Ergebnis nicht befriedigend ist, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung und sollte daher mE nicht für das österreichische Recht gelten, zumal nicht einzusehen ist, dass sich ein Dritter durch eine interne Verschwiegenheitspflicht eines vertretungsbefugten Mitarbeiters der Bank aufgrund seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied schädigen lassen muss.

Im Ergebnis ist daher mE bei der Wissenszurechnung von Machthabern/Organen keine Wissensabstufung zwischen privatem, dienstlichem und besonders geschütztem Wissen vorzunehmen. Die Zurechnung des Wissens an die juristische Person erfolgt in vollem Umfang, unabhängig von einer Verschwiegenheitsverpflichtung des Organs einem anderen Unternehmen gegenüber.

In Hinblick auf die Beschäftigung eines Mitarbeiters, der keine Machthaberstellung inne hat, sei auf *Iro* verwiesen, der immer dann auch das private Wissen des Gehilfen zurechnet, wenn der Gehilfe einzig und allein oder in überwiegendem Maße mit der Vertragsanbahnung befasst ist.

O. Exkurs: Zur Wissenszurechnung in Deutschland nach § 166 BGB

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die deutsche Lehre und Judikatur auf Grund von § 166 BGB in ihrer Argumentation immer wieder vom Repräsentationsprinzip ausgeht und daher all jene Fälle problematisch sind, in denen es um die Zurechnung des Wissens des Vertretenen (und nicht um den Vertreter oder einer vertreterähnlichen Person) geht.

Die Ausnahme des § 166 Abs 2 BGB (die ursprünglich sehr eng ausgelegt wurde) genügt den Erfordernissen des Rechtsverkehrs nicht, weshalb sie daher von Lehre und Rsp zunehmend erweitert wurde. Dennoch schwebt über der gesamten Diskussion hinsichtlich der Wissenszurechnung in Deutschland die Repräsentationstheorie.

Die Gedanken und Argumentationen, die im Laufe der Arbeit immer wieder in den Text eingeflossen sind, müssen in diesem Licht gesehen werden und sind daher wohl, zumindest betreffend die Stellvertretung und die Repräsentationslehre, nicht auf das österreichische Recht übertragbar. Die rechtspolitischen Aspekte wie Risikoschaffung und Gleichstellung betreffend die Arbeitsteilung gelten naturgemäß auch in der österreichischen Rechtslandschaft.

IX. LITERATURVERZEICHNIS

AICHER, Josef: Anmerkung zu OGH 15.06.1988, 1 Ob 569/88, ÖBA 1989/173

APATHY, Peter: Anmerkung zu OGH 1 Ob 64/00v, ÖBA 2001/990

APATHY, Peter: Anmerkung zu OGH 21.03.1991, 6 Ob 577, 578/90, ÖBA 1991/293

APATHY, Peter: Anmerkung zu OGH 30.06.1994, 6 Ob 600/94, ÖBA 1995/466

APATHY, Peter: Anmerkung zu OGH 29.03.1994, 1 Ob 599/93, ÖBA 1994/441

AVANCINI, Peter; IRO, Gert; KOZIOL, Helmut: Bankvertragsrecht I, Wien 1987

BALLERSTEDT, Kurt: Zur Haftung aus culpa in contrahendo, AcP 151, 508

BAUM, Marcus: Die Wissenszurechnung (1999)

BEHRENS, Volker: Drittzurechnung im Privatversicherungsrecht (1980)

BENKE, Nikolaus, MEISSEL, Franz-Stefan: Übungsbuch zum römischen Sachenrecht, 8. Auflage (2008)

BORK, Reinhard: Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237

BRANDL, Ernst; KALSS, Susanne; OPPITZ, Martin; SARIA, Gerhard (Hrsg.): Handbuch Kapitalmarktrecht, Band 3 „Informationsverhalten am Kapitalmarkt“

BRINKMANN, Franz-Josef, Der Zugang von Willenserklärungen, Duncker und Humblot, Berlin, 1984

BRUCK, Ernst; MÖLLER, Hans (Hrsg.): Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluss des Versicherungsvermittlerrechtes, 8. Auflage (1961).

BUCK, Petra, Wissen und juristische Person, Mohr Siebeck, 2001

BYDLINSKI, Franz: Anmerkung zu OGH 3.10.1967, 4 Ob 541/ 67, JBL 1968, 427

BYDLINSKI, Franz: Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, JBl 1980, 393

BYDLINSKI, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Springer Verlag 1967

BYDLINSKI, Franz: Gesamtvertretung und Verkehrsschutz JBl 1983, 627ff

BYDLINSKI, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (1991)

BYDLINSKI, Franz: „Bananenprozeß“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 170

BYDLINSKI Peter: Zur Drittfinanzierung stiller Gesellschaftsbeteiligungen, JBl 1988, 205

CANARIS, Claus-Wilhelm: Diskussionsbeitrag, Karlsruher Forum (Beiheft zum Versicherungsrecht) 1994, 33

DREXL, Josef: Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161 (1997), 491

EHRENZWEIG, Armin: Allgemeiner Teil (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts) (1951)

ENZINGER, Michael (Hrsg), HÜGEL Hanns, DILLENZ Walter: Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift Gerhard Frotz zum 65.Geburtstag (1993)

ECKERT, Georg; LINDER, Florian: Die Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, eolex 2005, 449

FASSBENDER, Christian A.: Innerbetriebliches Wissen und bankrechtliche Aufklärungspflichten (1998)

FENYVES, Attila; KOBAN, Klaus G.: Die Haftung des Versicherungsmaklers (1993)

FENYVES, Attila: Die allgemeinen Regeln der VersVG Novelle ecolex 1994, 601f

FLUME, Werner: Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf – und Werkvertrag, AcP 197 (1997), 441

FROTZ, Gerhard: Verkehrsschutz im Vertretungsrecht (1972)

GARTNER, Herbert: Bauarbeitenkoordinationsgesetz (2005)

GÖTZ Klaus, SEIFERT, Josef: Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft (2000)

GRAF, Georg: Stille Refinanzierung, Wissenszurechnung und Aufklärungspflicht - Überlegungen anhand eines praktischen Beispiels, ÖBA 1997, 428

GRAF, Georg: Neues zur drittfinanzierten Vermögenslage, ecolex 1991, 591

GRAF, Georg: Interessenkonflikt und Aufklärungspflicht des Kreditgebers, ecolex 1994, 744

GRAF, Georg: Wer trägt das Veruntreuungsrisiko beim über einen Treuhänder abgewickelten Liegenschafts Kauf, ÖBA 1997, 27ff

GRAF, Georg: Kreditfinanzierter Liegenschaftserwerb – Wer trägt das Risiko der Veruntreuung durch den Treuhänder, RdW 1991, 283

GRASSL-PALTEN, Eva: Das Bild des Maklers in der Judikatur, VR 2003, 135.

GRUNEWALD, Barbara: Wissenszurechnung bei juristischen Personen, in: Festschrift für Karl Beusch, 301. (1993)

GSCHNITZER, Franz: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage (1992)

GSCHNITZER, Franz: JBl 1957, 381

HAGEN, Horst: Wissenszurechnung bei Körperschaften und Personengesellschaften als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, DRZ 1997, 157

HARRER, Friedrich: Grenzen der Zulässigkeit einer „gemischten Gesamtprokura“, RdW 1984, 34

HELLMANN, Friedrich: Die Stellvertretung im Rechtsgeschäft (München 1882)

HONSELL, Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (1999)

HOYER, Frank: Der Einwendungsdurchgriff beim drittfinanzierten Kauf (1999)

HUBMER, Christian: Die zivilrechtliche Haftung des Planungs- und/oder des Baustellenkoordinators für auf Baustellen eingetretene Personen oder Sachschäden (2003)

IRO, Gert: Besitzerwerb durch Gehilfen (1982)

IRO, Gert: Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 470 und 510

IRO, Gert: Banken und Wissenszurechnung, Eine Untersuchung zur Wissenszurechnung unter Berücksichtigung Bankenspezifischer Probleme, ÖBA 2001, 3 und 112

IRO, Gert: Anmerkung zu OGH 9.04.1991, 4 Ob 504/91, ÖBA 1991/294

JABORNEGG, Peter: Aktuelle Fragen des Bankgeheimnisses, ÖBA 1997, 663

JABORNEGG, Peter; STRASSER, Rudolf (Hrsg): Kommentar zum AktG 4.Auflage (2001)

JABORNEGG, Peter: Die Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für Dritte bei schuldhafter Herbeiführung des Versicherungsfalles und sonstigem gefährdenden Verhalten, VersRdsch 1974, 100

KASTNER, Walther; DORALT, Peter; NOWOTNY, Christian: Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts 5. Auflage, (1990)

KOLLER, Ingo: Wissenszurechnung, Kosten und Risiken, JZ 1998, 75

KLANG, Heinrich (Hrsg): Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch 2.Auflage, II (1950); IV/1 (1968); IV/2 (1978)

KLETECKA, Andreas: Der Anscheinserfüllungsgehilfe, JBl 1996, 84

KLETECKA, Andreas: Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, Dissertation, Wien (1991)

KLINGMÜLLER, Ernst (Hrsg): Karlsruher Forum, Möglichkeiten der Wissenszurechnung (1994)

KNAPPMANN, Ulrich: Zurechnung des Verhaltens Dritter im Privatversicherungsrecht, NJW 1994, 3147

KNAPPMANN, Ulrich: Zurechnung des Verhaltens Dritter zu Lasten des VN, VersR 1997, 261

KÖCK, Elisabeth: Prozessuale Aspekte der Strafbarkeit von Verbänden, JBl 2003, 496

KOPPENSTEINER, Hans - Georg: Kommentar zum GmbH-Gesetz 2.Auflage, (1999)

KOMMUNIQUE des Untersuchungsausschusses betreffend der Beschaffung von Kampfflugzeugen 101/KOMM XXIII.GP

KONECNY, Andreas/ SCHUBERT, Günther: Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2006)

KÖNIG, Bernhard: Die Anfechtung, 2. Auflage (1993)

KOZIOL, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, I (1997)

KOZIOL, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, II (1984)

KOZIOL, Helmut: Grundriss des bürgerlichen Rechtes, 12. Auflage, I (2002)

KOZIOL, Helmut: Unterhaltsansprüche für die Vergangenheit und Regressansprüche eines Drittzahlers, JBl 1978, 626

KOZIOL, Helmut: Pflichtenkollision im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, Frotz-FS (1993)

KOZIOL, Helmut: Anmerkung zu OGH 14.07.1994, 8 Ob 649/93, ÖBA 1995, 146

KOZIOL, Helmut: Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991)

KREJCI, Heinz: Gesellschaftsrecht I, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften (2005)

KREJCI, Heinz: Kundenschutz im Versicherungsrecht (Wien 1989)

KÜBLER, Bruno (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung (Köln)

KÜHNBERG, Stefanie: Sachenrechtliche Änderungen im ABGB durch die Handelsrechtsreform JAP 2005/06, 250f.

KUHN, Georg; UHLENBRUCK, Wilhelm; MENTZEL, Franz: Konkursordnung, 11. Auflage (München 1994)

LAHUSEN Christian; JAUß Claudia: Lobbying als Beruf, Baden-Baden (2001)

LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelm: Schuldrecht II, 13. Auflage (1994)

LESCHKE Hartmut, Vertretungsmacht von Versicherungsvertretern und Wissenszurechnung, VVW Karlsruhe (1998)

LORENZ, Bernhard: Die Haftung des Versicherers für Auskünfte seiner Agenten im englischen, deutschen und österreichischen Privatrecht (1993)

MARBURGER, Arnold: Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärungen, AcP 173, 142f

MEDICUS, Dieter: Probleme der Wissenszurechnung, Karlsruher Forum (Beiheft zum Versicherungsrecht) 1994, 4

MEYER-REIM, Utz Martin; TESTORF, Regine: Wissenszurechnung im Versicherungsunternehmen, VersR 1994, 1137

MITTEIS, Ludwig, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht unter Berücksichtigung des österreichischen Rechtes, Wien 1885

MOHR, Franz: Konkurs-, Ausgleichs-, und Anfechtungsordnung (2006)

MÜLBERT, Peter: Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Darlehen vor dem Hintergrund des neuen Verbraucherkreditgesetzes, ÖBA 1993, 105

MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955

PARSCHALK, Martin; WAHL, Philipp: Ausgewählte Fragen der Gewährleistung beim Unternehmenskauf, wbl 2003, 353

PRÖLLS-MARTIN-KOLLHOSSER: Kommentar zum VVG und zum EGVVG, 26. Auflage (1998)

OLDENBOURG, Hans: Die Wissenszurechnung (1934)

OSTHEIM, Rolf: Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, GS Franz Gschnitzer 1969

RABL, Christian: Die Haftung der kontoführenden Bank des untreuen Treuhänders, ecolex 2004, 694

REBMANN, Kurt (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage

REICHWEIN, Heinz: Wie weit ist der Aktiengesellschaft und anderen juristischen Personen das Wissen ihrer Organe zuzurechnen (sog Wissensvertretung) SJZ 66 (1970), 1

REIDINGER, Alexander: Der Meinungsstreit zur Drittfinanzierung, JAP 1994/95, 101

REIDINGER, Alexander: JBl 1980, 579 (Glosse zu OGH 13. 11. 1979, 5 Ob 630/79)

REISCHL, Klaus: Wissenszusammenrechnung auch bei Personengesellschaften? NJW 1995, 2159

RICARDI, Reinhard: Die Wissensvertretung, AcP 169 (1969), 385

RÖMMER-COLLMANN, Carsten: Die Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen (1998)

RUMMEL, Peter (Hrsg): Kommentar zum österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage I (2000), II in Teilbänden ab 2002

SAVIGNY, Friedrich Carl v.: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts II, Berlin 1853

SCHAUER, Martin: Das österreichische Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage (1995)

SCHILKEN, Eberhard, Wissenszurechnung im Zivilrecht, Gieseking 1983

SCHMIDT, Karsten: Insolvenzgesetze, 16. Auflage (1997)

SCHNAUFER, Susanne: Die Kenntnis des Geschädigten als Auslöser für den Beginn der Verjährungsfrist (1997)

SCHOBBER: Die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes einer Gemeinde nach § 337 ABGB, Wagnerz (1849)

SCHUBERT, Werner: Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluss, AcP 1968, 470

SCHÜLER, Wolfgang: Die Wissenszurechnung im Konzern (2000)

SCHULTZ, Michael: Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990, 477

SCHWIMANN, Michael (Hrsg) : ABGB Praxiskommentar 3.Auflage (ab 2004)

SIEGER, Kurt: Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechtes und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung (1979)

SPIELBÜCHLER, Karl: Der Dritte im Schuldverhältnis, Wien (1973)

SPITZER, Martin: Das Wirksamwerden der Sicherungszession bei Drittschuldnerverständigung, JBl 2005, 695

STEININGER, Einhard: Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, Kommentar, Linde Verlag (2006)

STRAUBE, Manfred (Hrsg): Kommentar zum Handelsgesetzbuch 3.Auflage, I (2003); 2. Auflage, II (2000)

TAUPITZ, Jochen: Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, Karlsruher Forum (Beiheft zum Versicherungsrecht) 1994, 16

THURNHERR, Victor: Grundfragen des Treuhandwesens (1994)

WELLSPACHER, Moritz, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte Manz Verlag (1906)

WALTERMANN, Raimund: Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, AcP 192 (1992), 181

WALTERMANN, Raimund: Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, NJW 1993, 889

WELSER, Rudolf: Vertretung ohne Vollmacht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo (1970)

WELSER, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts, 12.Auflage, II (2001)

WELSER, Rudolf: Äußerer Tatbestand, Duldung und Anschein im Vollmachtsrecht, JBl 1979, 7 ff

WELSER, Rudolf: Anmerkungen zum Konsumentenschutzgesetz, JBl 1979, 460f

WILHELM, Georg: DrittfINANZIerte Vermögensanlage – Selbständige Einwendungen gegen die Bank, ecolex 1990, 15

WILHELM, Georg: FINANZIerte Vermögenslage, „Durchgriff auf die Bank“, ecolex 1994, 449

WILHELM, Georg: Aufklärungspflicht der Bank, Unwirksamkeit des Kreditvertrages und Rückabwicklung, ecolex 1994, 746

WILHELM, Georg: Der Vollmachtsmissbrauch im Zivil-, Handels-, und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449

WILHELM, Georg: Die Vertretung von Gebietskörperschaften im Privatrecht (1981)

WIMMER, Klaus (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (2006)

WOLFF, Karl: Verbotenes Verhalten (1923)

ZEILLER, Franz, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (1811)

X. RECHTSPRECHUNGSÜBERSICHT

OGH 2.12. 1931, 4 Ob 511/ 31; JBl 1932, 268

OGH 4.02.1954, 1 Ob 19/54; EvBl1954, 131

OGH 10.06.1959, 5 Ob 274/59; SZ 32/77

OGH 04. 07.1960, 6 Ob 170/60; EvBl 61/3

OGH 26.10.1960, 6 Ob 368/60; SZ 33/114

OGH 15.02.1961, 5 Ob 41/61; HS 779, 13

OGH 01.06.1962, 5 Ob 115/62; HS 3278, 24

OGH 29.01.1963, 4 Ob 526/62; JBl 1963, 428

OGH 06.02.1964, 6 Ob 338/64; HS 4081/36

OGH 24. 09.1964, 4 Ob 522/63; JBl 1964, 324

OGH 17.12.1964, 2 Ob 365/64; EvBl 1965/199

OGH 16.12.1964, 6 Ob 337/ 64; EvBl 1965/302

OGH 29.09. 1965, 7 Ob 264/65; SZ 38/150

OGH 18. 1. 1966, 8 Ob 344/65; ZAS 1966, 161ff

OGH 09.02.1966, 7 Ob 22/66; HS 5083/30

OGH 17.02.1966, 1 Ob 27/66; JBl 1966, 371

OGH 07.12.1966, 3 Ob 131/66; JBl 1967, 426

OGH 15.02 1967, 5 Ob 34/67; HS 6086/3

OGH 28.06.1967, 7 Ob 110/ 67; JBl 1968, 365

OGH 03.10.1967, 4 Ob 541/ 67; JBl 1968, 427 mit Anmerkung von Franz Bydlinski

OGH 01.07.1970, 7 Ob 117/70; SZ 43/120

OGH 07.07.1970, 8 Ob 158/70; SZ 43/123

OGH 15.10.1970, 1 Ob 233/70; JBl 1971, 304

OGH 15.04. 1971, 1 Ob 68/71; EvBl 1972/21

OGH 29.04.1971, 1 Ob 114/ 71; JBl 1972, 203

OGH 03. 02. 1976, 5 Ob 243/75; SZ 49/13

OGH 12.10.1976, 5 Ob 543, 692/76; NZ 1979, 173

OGH 07.06.1978 , 1 Ob 625/78; JBl 1980, 482

OGH 19.10.1978, 7 Ob 671/78; SZ 51/144

OGH 20.02.1979, 5 Ob 525/79; JBl 1980, 424

OGH 18. 10. 1979, 7 Ob 757/79

OGH 13.11.1979, 5 Ob 613/79; SZ 52/167 = GesRZ 1980, 216 = JBl 1980, 579 mit Glosse von Reidinger

OGH 15. 12. 1980, 8 Ob 527/80; MietSlg 32.131

OGH 25.11.1981, 3 Ob 619/81; GesRZ 1982, 178

OGH 4.5. 1982, 5 Ob 586/82; SZ 55/65

OGH 19. 5. 1982, 1 Ob 538/82; JBl 1984, 37 = SZ 55/75 = MietSlg 34.156 = MietSlg 34.198

OGH 15. 9. 1982, 1 Ob 576/82; MietSlg 34.114

OGH 17.11.1982, 3 Ob 619/82

OGH 13.04. 1983, 1 Ob 537/83; RdW 1983, 73

OGH 31.05.1983, 5Ob 580/82; RdW 1983, 74 = HS 14.459

OGH 19.02.1986, 1 Ob 547/86; JBl 1986, 786 mit Anmerkung Wilhelm

OGH 08.10.1987, 6 Ob 602/87; SZ 60/204

OGH 14. 6. 1988, 8 Ob 625/87; HS 18.806 = JBl 1988, 719 = ÖBA 1989, 316 mit Anmerkung von Iro

OGH 15.06.1988, 1 Ob 569/88; ÖBA 1989, 901 = JBl 1988, 723 = RdW 1988, 419

OGH 14.07.1988, 6 Ob 617/88; HS 18.627 = WBl 1989, 19 mit Anmerkung Wilhelm; RdW 1988, 449 = ÖBA 1989, 176

OGH 7.2.1989, 1 Ob 709/88; ÖBA 1989, 1021

OGH 31.03.1989, 6 Ob 554/98; ÖBA 1989/189 mit Anmerkung Reidinger = SZ 62/54; GesRZ 1989, 161 = RdW 1989, 220 = ÖJZ 1989/152

OGH 14. 6. 1989, 9 Ob A 125/89 (9 Ob A 126/89)

OGH 15.02.1990, 8 Ob 579/90; JBl 1990, 656 = SZ 63/20 = RdW 1990, 407

OGH 22.02.1990, 6 Ob 525/90; ecolex 1990, 407

OGH 28.03.1990, 3 Ob 614/89; JBl 1991, 245 = HS 20.722 = MietSlg 42.052

OGH 3. 10. 1990, 1 Ob 591/90; ÖBA 1991, 293

OGH 20. 2. 1991, 11 Os 87/90; ÖBA 1991/293

OGH 09.04.1991, 4 Ob 504/91; ÖBA 1991/294 mit Anmerkung von Gert Iro = wbl 1991, 300 = RdW 1991, 260 = ecolex 1991, 528

OGH 21.03.1991, 6 Ob 577, 578/90; ÖBA 1991/293 mit Anmerkung von Apathy

OGH 10. 10. 1991, 7 Ob 27/91; JBl 1992, 525

OGH 01.01.1992, 7 Ob 34/91; RdW 1992, 274

OGH 29.04.1992 9 ObA 97/93; WBl 1992, 301 = Arb 11023.

OGH 13.07.1993, 5 Ob 518/93; ecolex 1993, 810

OGH 29.03.1994, 1 Ob 599/93; ÖBA 1994/441 mit Anmerkung von Apathy

OGH 17.04.1994, 8 Ob 649/93; ÖBA 1995, 146 Anmerkung Koziol = ecolex 1994, 749

OGH 30.06.1994, 6 Ob 600/94; ÖBA 1995/466 mit Anmerkung von Apathy

OGH 14.07.1994, 8 Ob 649/93; ÖBA 1995, 146 mit Anmerkung von Koziol

OGH 29.08.1994, 1 Ob 551/94; NZ 1997, 17 = JBl 1995, 48 = ecolex 1994, 810 = RdW 1995, 423

OGH 20. 12. 1994, 5 Ob 550/93; HS 25.527 = ÖBA 1995, 473 = RdW 1995, 341

OGH 25.04.1995, 1 Ob 540/95; ÖBA 1995, 627 = ecolex 1995, 480

OGH 25.04.1995, 1 Ob 538/95; WBl 1996, 247 = RdW 1995, 384 = ecolex 1995, 645

OGH 29. 8. 1995, 5 Ob 562/94; ÖBA 1996, 228

OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95; SZ 68/191 = ÖJZ 1996/79 (EvBl) = ÖBA 1996, 214 mit Anmerkung von Rebhahn = ecolex 1996, 94

OGH 30. 10. 1995, 2 Ob 570/95

OGH 21. 11. 1995, 4 Ob 586/95; ÖBA 1996, 379 mit Anmerkung von Apathy

OGH 23.11.1995, 2 Ob 580/94; ÖBA 1996/549 = WBl 1996, 209 = HS 26.409

OGH 29.11.1995, 3 Ob 569/95; ecolex 1996, 359 mit Anmerkung von Georg Wilhelm = HS 26.324 = ÖBA 1996, 734

OGH 29.05.1996, 4 Ob 2005/96y; RdW 1996, 523 = ÖBA 1996/588

OGH 12. 11. 1996 , 4 Ob 2287/96v; HS 27.526

OGH 10.12.1996, 5 Ob 2397/96b; RdW 1997, 275 = HS 27.038

OGH 10.12.1996, 5Ob 2392/96t

OGH 03.12.1997, 7 Ob 318/97h; HS 28.638 = ÖBA 1998/718

OGH 29.04.1997 10 Ob 119/97s; MietSlg 49.083

OGH 23.07.1997, 7 Ob 2418/96f

OGH 17.03.1998, 10 Ob 54/97g; ÖBA 1998/733

OGH 30.03.1999, 7 Ob 270/98a; EvBL 1999/156 = JBl 1999, 730

OGH 05.05.1998, 4 Ob 84/98a

OGH 20.05.1998, 2 Ob 107/98v; HS 29.566 = RdW 1998, 664 = JBl 1998, 713

OGH 10.07.1999, 2 Ob 2398/96b; SZ 70/138

OGH 15.09.1999, 3 Ob 123/99f

OGH 26.01.2000, 7 Ob 242/99k; ecolex 2000/316

OGH 16.02.2000, 7 Ob 317/99i; EvBL 2000/121

OGH 29.05.2000, 7 Ob 314/99y

OGH 28.06.2000, 6 Ob 220/99t

OGH 23.11.2000, 6 Ob 281/00t

OGH 23.11.2000, 5 Ob 99/02y

OGH 30.01.2001, 1 Ob 64/00v; ÖBA 2001/990 mit Anmerkung von Peter Apathy = EvBl 2001/118, JBl 2001, 384

OGH 03.04.2001, 4 Ob 65/01i; ÖBA 2002/1013

OGH 27.04.2001, 7 Ob 69/01z; VR 2003/614

OGH 26.06.2001, 1 Ob 199/010h.

OGH 22.10.2001 1 Ob 49/01i; SZ 74/177

OGH 27.11.2001, 1 Ob 293/01x; ecolex 2002/168

OGH 12.09.2002, 5 Ob 173/02f; MietSlg 54.175 = wobl 2003/34

OGH 11. 6. 2002, 5 Ob 99/02y; MietSlg 54.117 = wobl 2003/45

OGH 23.01.2003, 6 Ob 320/02f; NZ 2004/17
OGH 25.03.2003, 1 Ob 258/02a; EvBl 2003/116
OGH 09.12.2003, 5 Ob 270/03x; NZ 2004/72
OGH 17.12.2003, 7 Ob 271/02g; MietSlg 55.002 = ecolex 2004/200
OGH 28.01.2004, 3 Ob 180/03x; ecolex 2004/234
OGH 31.3.2004, 7 Ob 284/03w; EvBl 2004/178 = VR/661
OGH 21.04.2004 7 Ob 315/03d
OGH 28.06.2005, 10 Ob 17/04d; ÖBA 2006, 1318
OGH 11.01.2005 10 Ob 89/04t
OGH 7. 3. 2006, 1 Ob 247/05p; JBl 2007, 309
OGH 28. 9. 2006 , 4 Ob 127/06i; RdW 2007/165
OGH 23.03.2007, 2 Ob 170/06y; ecolex 2007/261 = RdW 2007/632
OGH 28. 8. 2007, 5 Ob 92/07a; bbl 2008/31
OGH 03. 4.2008, 1 Ob 32/08z

XI. Anhang

A. Curriculum Vitae

Name: Mag. Eva Maria Baumgartner

Geboren: 1982 in Judenburg, Steiermark

Ausbildung:

Seit März 2006:	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
Oktober 2001 - März 2006	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Berufliche Tätigkeiten:

Seit November 2007	Rechtsanwaltsanwärterin bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH
September 2006-Mai 2007	Gerichtsjahr OLG Wien
November 2004-Jänner 2005	Studienassistentin am Institut für Zivilrecht an der Universität Wien
Oktober 2002-Mai 2004	Studienassistentin am Institut für Römisches Recht und antike Rechtsgeschichte an der Universität Wien

Publikationen:

ecolex 2006, 561	Memo: „Noch kein Sparzinsenstreit“ gemeinsam mit Mag. Nicole Hofmann
JAP 2006/2007, 177	JAP Judikatur: „Verbesserungsvorrang oder Preisminderung“
JAP 2006/2007, 179	JAP Must-know: „Kostenersatz bei voreiliger Selbstverbesserung“

B. Abstract

Die gegenständliche Arbeit beschäftigt sich mit der Wissenszurechnung im Zivilrecht: Wessen Wissen und in welchem Umfang ist das Wissen einer Person (typischerweise eines Gehilfen) dem Geschäftsherren zuzurechnen? Basis der Fragestellung sind vier Fälle aus der Praxis: Die Zurechnung des Wissens des Verhandlungsgehilfen zur Bank in Zusammenhang mit dem WEB-Immago Skandal in den achtziger Jahren in Salzburg; die Zurechnung des Wissens von Lobbyist *Steiniger* zur „EF-GmbH“ als Vertragspartnerin der Republik Österreich beim Kauf von Kampfflugzeugen; die Wissenszurechnung innerhalb des Verbandsorganismus Bank und schließlich die Zurechnung des Wissens eines Aufsichtsratsmitgliedes eines Unternehmens, das gleichzeitig eine Funktion in einem anderen Unternehmen (im konkreten Fall: einer Bank) ausübt.

Zur Untersuchung dieser Frage wurde im ersten Abschnitt der Arbeit zunächst ein Definitionsversuch des Zurechnungsgegenstandes Wissen mit dem Ziel unternommen, die rechtlich relevanten Unterschiede zwischen „positivem“ Wissen, fahrlässigem Nicht-Wissen bzw Wissen-Müssen, Aktenwissen und Vergessen, „privatem“ und „dienstlichem“ Wissen und der Arglist herauszuarbeiten.

Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Analyse von im österreichischen Gesetzesrecht vorhandenen Wissenszurechnungsnormen (insbes § 337 ABGB) und der Aufarbeitung der entsprechenden Literatur und Judikatur zum Thema, wobei den relevanten Bestimmungen keine allgemein anwendbarer Grundsatz zur Wissenszurechnung entnommen werden konnte.

Der dritte Teil der Arbeit hat die Untersuchung der Wissenszurechnung bei unterschiedlichen Personengruppen zum Gegenstand. Hier wurden insbesondere die Kriterien für die Wissenszurechnung des rechtsgeschäftlichen Vertreters, des Verhandlungsgehilfen, des Erfüllungsgehilfen, des Boten, des Empfangsvertreter, des Lobbyisten, des Wissensvertreter, des gesetzlichen Vertreter, und schließlich die Wissenszurechnung innerhalb eines

Verbandsorganismus (am Beispiel der Banken) sowie innerhalb des Konzerns untersucht.

Der vierte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Charakterisierung der Wissensnormen im ABGB, also jener Bestimmungen, die als Tatbestandselement die Kenntnis oder bspw die fahrlässige Unkenntnis einer Person voraussetzen. Als Wissensnormen genauer untersucht wurden insbesondere die Bestimmungen über den Zugang von Willenserklärungen, das Irrtumsrecht, die Zession, die Redlichkeit im Sachenrecht sowie im Bereicherungsrecht und die Verjährung von Schadenersatzansprüchen.

Als Sonderproblem wurde abschließend die Frage der Wissenszurechnung von Personen, die in unterschiedlichen Funktionen tätig sind und daher unterschiedlichen Aufklärungspflichten sowie auch Verschwiegenheitsverpflichtungen unterliegen, behandelt. Ergänzend wurden Wissenszurechnungstatbestände aus anderen Rechtsgebieten, wie etwa dem Anfechtungsrecht erläutert, wie auch die deutsche Rechtslage und Literatur zur Frage unter Berücksichtigung der in Deutschland geltenden Bestimmungen zur Wissenszurechnung (insbes § 166 BGB) beleuchtet.