Christian Liese

Grenzen der Wissenszurechnung

Konzern und Outsourcing

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Band 129

Christian Liese

Grenzen der Wissenszurechnung

Konzern und Outsourcing

Tectum Verlag

Christian Liese
Grenzen der Wissenszurechnung. Konzern und Outsourcing
Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 129
Zugl. Diss. Ruhr-Universität Bochum 2019

Eingereicht unter dem Originaltitel „Grenzen der Wissenszurechnung – Konzern und Outsourcing“

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020
ePDF 978-3-8288-7514-2
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-8288-4481-0 im Tectum Verlag erschienen.)
ISSN 1861-7875

Covergestaltung: Tectum Verlag

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Teil 1 – Grundlagen der Wissenszurechnung	9
I. Begriff der Kenntnis nach § 166 Abs. 1 BGB.....	9
II. Allgemeine Regeln der Wissenszurechnung	18
III. Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen.....	37
Teil 2 – Wissenszurechnung im Konzern	89
I. Besonderheiten in Konzernsachverhalten.....	89
II. Rechtsprechung – Konzern und Wissenszurechnung	117
III. Meinungsstand in der Literatur zur Wissenszurechnung im Konzern	126
IV. Eigener Ansatz – Wissenszurechnung im Konzern	202
Teil 3 – Wissenszurechnung bei Outsourcing	227
I. Besonderheiten bei Outsourcing	227
II. Rechtsprechung – Outsourcing und Wissenszurechnung	263
III. Meinungsstand in der Literatur zur Wissenszurechnung und Outsourcing	275
IV. Eigener Ansatz – Wissenszurechnung bei Outsourcing	284

Teil 4 – Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit	309
I. Grundlagen der Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen	309
II. Wissenszurechnung im Konzern.....	313
III. Wissenszurechnung bei Outsourcing	317
Literaturverzeichnis	321

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Teil 1 – Grundlagen der Wissenszurechnung	9
I. Begriff der Kenntnis nach § 166 Abs. 1 BGB	9
1. Kenntnis und Wissen – Begriffliche Synonyme	9
2. Definitionsansätze des Wissensbegriffs	9
a) Sichere Vorstellung von Tatsachen	9
b) Wissen und Erfahrungsregeln	10
c) Wissensbegriff in der Rechtsprechung	10
d) Bewertung der Definitionsansätze	12
3. Gespeichertes Wissen	13
a) Anwendung des Wissensbegriffs	13
b) Speichermedien in der Rechtsprechung	15
c) Ergebnis zu Speichermedien	16
4. Zusammenfassung zum Begriff der Kenntnis	17
II. Allgemeine Regeln der Wissenszurechnung	18
1. Regelung des § 166 Abs. 1 BGB	18
2. Entsprechende Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB	19
a) Vertretungsähnliche Konstellationen	19
b) Zurechnung von Arglist im Kontext des § 166 BGB	20
aa) Anwendung der Regelungen der Stellvertretung	20
bb) Ergebnis zur Zurechnung von Arglist	22
3. § 166 Abs. 1 BGB als selbstständiges Zurechnungsprinzip	25
a) Entfaltung einer Zurechnungsregelung	25

b)	Das selbstständige Zurechnungsprinzip	25
c)	Zurechnungsprinzip und Rechtsprechung	27
d)	Ergebnis zum Zurechnungsprinzip nach <i>Richardi</i>	27
4.	Regelung des § 166 Abs. 2 BGB	28
a)	Regelungszweck der Vorschrift	28
b)	Anwendungsbereich der Vorschrift	29
aa)	Vollmacht und Weisung	29
bb)	Bedeutung der Kenntniserlangung	29
5.	Andere Normen der Zurechnung	30
a)	Regelung des § 278 BGB	30
aa)	Wissenszurechnung nach § 278 BGB	30
bb)	Kompensation arbeitsteiliger Vorteile	31
cc)	Wissenszurechnung aus vorvertraglicher Haftung	31
dd)	Ergebnis zur Wissenszurechnung nach § 278 BGB	31
b)	Regelung des § 831 BGB	33
c)	Regelung des § 31 BGB	34
aa)	Wissenszurechnung nach § 31 BGB	34
bb)	Ablehnung der Zurechnung	35
6.	Zusammenfassung und Ausblick	36
III. Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen		37
1.	Organtheorie	37
a)	Theorie der realen Verbandskörperschaft	37
b)	Rechtsprechung zur Organtheorie	38
c)	Aufgabe der Organtheorie	40
d)	Gründe für die Aufgabe der Organtheorie	41
2.	Informationsbezogene Kriterien	42
a)	Wissensorganisation	42
aa)	Knollenmergel-Fall	42
bb)	Altlasten-Fall	44
cc)	Folgen für die Pflicht zur Wissensorganisation	46
(1)	Fehlende Erwartung des Rechtsverkehrs	46
(2)	Fehlender gesetzlicher Anknüpfungspunkt	49
b)	Verkehrerschutz	51
aa)	Verkehrsschutzgedanken und Pflicht zur Wissensorganisation	53

bb)	Rechtsprechung zu dem Verkehrsschutzgedanken.....	56
cc)	Zwischenergebnis – Wissensorganisation und Verkehrsschutz.....	57
dd)	Wissen als Bezugspunkt.....	57
	(1) Typik des Wissens.....	57
	(2) Pflichtenkreis des Wissensträgers.....	58
	(3) Maßgeblicher Zeitpunkt der Erheblichkeit des Wissens.....	59
ee)	Art und Weise der Wissenserlangung.....	61
	(1) Privat erlangtes Wissen.....	61
	(2) „Dienstliche“ Nutzbarkeit des Wissens.....	62
	(3) Nichtberücksichtigung privaten Wissens.....	62
	(4) Ergebnis zu privat erlangtem Wissen.....	63
c)	Gleichstellungsargument.....	65
aa)	Gleichstellungsargument in der Rechtsprechung.....	65
	(1) Schlachthof-Fall.....	65
	(2) Altlasten-Fall.....	66
	(3) Scheckinkasso-Fall.....	67
	(4) Gebrauchtwagen-Fall.....	67
bb)	Meinungsstand in der Literatur zur Gleichstellungsthese.....	71
cc)	Ergebnis zur Gleichstellungsthese.....	73
d)	Zusammenfassung – Kriterien der Wissenszurechnung.....	74
3.	Verhaltensbezogene Kriterien.....	75
a)	Personale Anknüpfung.....	75
b)	Wissensvertretung.....	76
aa)	Begründung der Wissensvertretung.....	76
	(1) Auftreten als Hilfsperson.....	77
	(2) Kenntnisnahme von Tatsachen.....	79
	(3) Funktionsbereich des Wissensvertreters.....	80
	(4) Mehrere Wissensvertreter.....	81
bb)	Grenzen der Wissensvertretung.....	81
cc)	Wissensvertreter und Rechtsprechung.....	82
c)	Wissenszusammenrechnung.....	83
aa)	Zusammenrechnung des Wissens aller Wissensvertreter.....	83
bb)	Bewertung der Wissenszusammenrechnung.....	84
4.	Ausblick für Konzernierung und Outsourcing.....	85

Teil 2 – Wissenszurechnung im Konzern	89
I. Besonderheiten in Konzernsachverhalten	89
1. Wissenszurechnung und Konzernierungstatbestand	89
a) Lösung des Ausgangsfalls	90
b) Unternehmensübergreifende Zurechnung	91
2. Haftung aus c. i. c.	94
a) Inanspruchnahme besonderen Vertrauens	94
b) Eigenes wirtschaftliches Interesse	95
c) Fortentwickelte Haftungsprinzipien	96
aa) Haftung aus Konzernvertrauen – OLG Düsseldorf	96
bb) Vertragsbeherrschender Dritter	98
cc) Bewertung der fortentwickelten Haftungsprinzipien	99
dd) Ergebnis zu den fortentwickelten Haftungsprinzipien	101
d) Übertragbarkeit sonstiger Regelungen	102
3. Selbstständigkeit konzernangehöriger Unternehmen	103
a) Rechtliche Verselbständigung	103
b) Fortführung des Einheitsgedankens	105
c) Weitere Modifikation zur Einheit des Konzerns	106
d) Ergebnis zur einheitlichen Betrachtung im Konzern	107
4. Übertragbarkeit von Organisationspflichten auf den Konzern	110
a) Bedarf eines Zurechnungsgrundes	110
b) Vertrauen auf konzernumspannende Wissensorganisation	111
c) Verständnis des Vertrauenstatbestands	112
d) Vertrauenstatbestand und Vertrauen dürfen	113
e) Bedeutung des Zurechnungsgrundes	115
5. Abschließend – Bedeutung der Wissenszurechnung	116
II. Rechtsprechung – Konzern und Wissenszurechnung	117
1. Überblick	117
a) Versicherungs-Fall	117
b) Knieoperations-Fall	118
c) Franchise-Fall	119
d) Eigentumswohnungs-Fall	120

e) Fernwärme-Fall	121
f) VW-Abgasskandal	122
2. Ergebnisse aus der Rechtsprechung	123
III. Meinungsstand in der Literatur zur Wissenszurechnung im Konzern	126
1. Ausübung von Leitungsmacht als Kriterium der Zurechnung	126
a) Konzernierung als Zurechnungsgrund	126
aa) Veränderung der Willensbildung durch Weisung	130
(1) Entscheidungsfindung im arbeitsteiligen Prozess	130
(2) Fehlendes Zurechnungskriterium	130
(3) Bewertung der Veränderung der Willensbildung	131
bb) Veranlassung der Tochtergesellschaft	131
cc) Einheitliche Leitung und Unternehmensplanung	133
dd) Abhängigkeitsbedingte Instrumentalisierbarkeit	136
ee) Instrumentalisierung durch Weisung	138
ff) Originäre Leitungsmacht des Konzernvorstands	139
gg) Konzernleitungspflicht	142
(1) Ausgangspunkt Leitungspflicht	142
(2) Ableitung der Konzernleitungspflicht	143
(3) Bewertung der Konzernleitungspflicht	144
b) Abhängigkeit von der Art der Konzernierung	145
aa) Veränderung der Willensbildung durch Weisung	145
(1) Wissenszurechnung im Unterordnungskonzern	145
(2) Wissenszurechnung im Eingliederungskonzern	146
(3) Wissenszurechnung im faktischen Konzern	146
(4) Wissenszurechnung im qualifiziert faktischen Konzern	147
(5) Wissenszurechnung im Gleichordnungskonzern	149
(6) Wissenszurechnung im faktischen Gleichordnungskonzern	153
bb) Veranlassung der Tochtergesellschaft	154
cc) Einheitliche Leitung und Unternehmensplanung	154
dd) Instrumentalisierbarkeit	156
ee) Originäre Leitungsmacht und Konzernleitungspflicht	156
c) Richtung der Wissenszurechnung	158
aa) Wissenszurechnung von unten nach oben	158
bb) Wissenszurechnung von oben nach unten	159

d)	GmbH im Konzernverbund	161
aa)	Möglichkeiten der Einbindung der GmbH	161
bb)	Leitungsmacht bei konzernierter GmbH	162
e)	Zusammenfassung – Leitungsmacht als Zurechnungskriterium	164
2.	Verkehrsschutz als Kriterium der Zurechnung	165
a)	Abstufung von Verkehrsschutzgesichtspunkten	165
aa)	Konzernweiter Informationstransfer	165
bb)	Konzernierung als Vertrauenstatbestand	166
b)	Abhängigkeit von der Art der Konzernierung	169
aa)	Konzernweiter Informationstransfer	169
bb)	Konzernierung als Vertrauenstatbestand	169
c)	Richtung der Wissenszurechnung	169
aa)	Wissenszurechnung von unten nach oben	169
bb)	Wissenszurechnung von oben nach unten	170
d)	GmbH im Konzernverbund	171
e)	Zusammenfassung – Verkehrsschutz als Zurechnungskriterium	171
3.	Beherrschbarkeit von Informationen als Kriterium der Zurechnung	172
a)	Differenzierung nach Art der Beherrschbarkeit	172
aa)	Möglichkeit der Einflussnahme	172
bb)	Pflicht zur Informationsweitergabe	173
(1)	Ausgangspunkt Konzerninteresse	173
(2)	Vollständige Überlagerung von Gesellschaftsinteressen	174
(3)	Rücksichtnahme auf Konzerninteressen	175
(4)	Bewertung der Rücksichtnahme auf Konzerninteressen	177
(a)	Vollständige Überlagerung von Gesellschaftsinteressen	177
(b)	Rücksichtnahme auf Konzerninteressen	178
(c)	Weitere Informationsverhältnisse	179
(5)	Konzernweites Risikomanagement und Compliance	180
(a)	Bezug zur Wissenszurechnung	180
(b)	Bewertung der Informationsbeschaffung	181
cc)	Zugriffsmöglichkeit auf das abhängige Unternehmen	182
dd)	Beherrschbarkeit von Informationsflüssen	183
ee)	Zurechnung aus dem Aufsichtsrat	184
(1)	Verschwiegenheitspflicht	184
(2)	Informationsanspruch	185

(3) Bewertung der Zurechnung aus dem Aufsichtsrat	186
(a) Verschwiegenheitspflicht	188
(b) Verschwiegenheit und Wissenszurechnung	190
(c) Einzelfälle der Zurechnung aus dem Aufsichtsrat	191
b) Abhängigkeit von der Art der Konzernierung	192
aa) Möglichkeit der Einflussnahme	192
bb) Pflicht zur Informationsweitergabe	194
cc) Zugriffsmöglichkeit auf das abhängige Unternehmen	195
dd) Beherrschbarkeit von Informationsflüssen	195
ee) Zurechnung aus dem Aufsichtsrat	196
c) Richtung der Wissenszurechnung	196
aa) Wissenszurechnung von unten nach oben	196
bb) Wissenszurechnung von oben nach unten	197
d) GmbH im Konzernverbund	198
e) Zusammenfassung – Beherrschbarkeit als Zurechnungskriterium	199
4. Ausblick für die Fortentwicklung der Wissenszurechnung im Konzern	200
IV. Eigener Ansatz – Wissenszurechnung im Konzern	202
1. Präzisierung der Voraussetzungen einer Zurechnung	202
a) Beherrschbare Risikosphäre	202
b) Modifikation der Risikosphäre im Konzern	204
c) Vorliegen eines kooperativen Zusammenwirkens von Unternehmen	205
d) Richtung der Wissenszurechnung	209
e) Grenzen durch Wettbewerbsverbot und Geschäftschancenlehre	209
f) Praktische Umsetzung	211
aa) Anwendung auf die Fallabwandlung 1 und 2	211
bb) Anwendung auf Fälle der Rechtsprechung	212
cc) Besonderheiten bei <i>shared services</i>	213
2. Keine Abhängigkeit von der Art der Konzernierung	215
3. Entbehrlichkeit der Zurechnung in Missbrauchsfällen	217
a) Bedeutung der kenntnisverhindernden Organisation	217
b) Kenntnisverhindernde (Einzel-)Organisation	217
c) Abgrenzung von Kenntnisverhinderung und Zurechnung	219
d) Konzernstruktur als kenntnisverhindernde Organisation	221
4. Zusammenfassung des eigenen Ansatzes	225

Teil 3 – Wissenszurechnung bei Outsourcing	227
I. Besonderheiten bei Outsourcing	227
1. Wissenszurechnung und Outsourcing	227
2. Outsourcing in der Praxis	229
a) Immobilienmanagement	231
aa) Bedürfnis nach externer Leistungserbringung	231
bb) <i>Corporate Real Estate Management</i>	231
cc) Bedeutung für die öffentliche Hand	233
b) IT-Outsourcing	234
aa) Rechenzentrumsvertrag	234
bb) <i>Application Service Providing</i>	234
cc) <i>Grid- und Cloud-Computing</i>	235
dd) <i>Client-Server-Verträge</i>	235
ee) <i>Business Process Outsourcing</i>	236
c) Vorliegen einer Auslagerung	236
aa) Dauerhaftigkeit	236
bb) Eigenverantwortlichkeit und Gegenstand der Übertragung	237
3. Zulässigkeit der Auslagerung eines Unternehmensbereichs	238
a) Zulässigkeit der Auslagerung	239
aa) Abgrenzung der Leitungs- und Führungsaufgaben	239
bb) Delegationsverbot von Aufgabenbereichen	241
cc) Kontroll- und Berichtssystem	242
dd) Aufgabenübertragung bei der GmbH	243
b) Resonanz auf die Entscheidung des LG Darmstadt	244
aa) Vorliegen einer faktischen Konzernierung	245
bb) Notwendigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses	248
4. Rechtliche Bewertungen des Outsourcings	250
a) Immobilienmanagement	250
aa) Klassifizierung des <i>Portfolio Managements</i>	250
bb) Klassifizierung des <i>Asset Managements</i>	250
cc) Klassifizierung des <i>Property</i> und <i>Facility Managements</i>	251
b) IT-Outsourcing	252
aa) Klassifizierung des Rechenzentrumsvertrags	252
bb) Klassifizierung von <i>ASP</i> , <i>Cloud</i> und <i>Client-Server-Vereinbarung</i>	252

c)	Aufsichtsrechtlich erfasste Auslagerungen	253
aa)	Funktionsauslagerung nach § 25b KWG	254
(1)	Bestimmung des Auslagerungsunternehmens	255
(2)	Bestimmung der Leitungsaufgaben	255
bb)	Weitere Regelungen zu Funktionsauslagerungen	256
(1)	Regelung nach § 26 ZAG	256
(2)	Regelung nach § 32 VAG	257
(a)	Stärkung der regulatorischen Aufsicht	257
(b)	Wichtige Funktionen nach § 32 Abs. 3 VAG	258
(3)	Regelung nach § 5 Abs. 3 BörsG	258
(4)	Regelung nach § 36 KAGB	259
(a)	Typizität der auslagernden Aufgaben	259
(b)	Anforderungen bei Auslagerungen	260
5.	Zusammenfassung und Ausblick für die Wissenszurechnung bei Outsourcing ..	261
II.	Rechtsprechung – Outsourcing und Wissenszurechnung	263
1.	Überblick	263
a)	Hauswart-Fall	263
b)	Outsourcing-Fall und <i>Obiter dictum</i> des BGH	264
2.	Ergebnisse aus der Rechtsprechung	266
a)	Resonanz auf das <i>Obiter dictum</i> im Outsourcing-Fall	266
b)	Neues Verständnis der Wissensorganisationspflichten	268
aa)	Bisherige Ausformung der Wissensorganisation	268
bb)	Pflicht zur Informationsabfrage	269
cc)	Pflicht zur Informationsweiterleitung	271
c)	Zusammenfassung und Ausblick	273
III.	Meinungsstand in der Literatur zur Wissenszurechnung und Outsourcing	275
1.	Präzisierung der Voraussetzungen einer Zurechnung	275
a)	Organisationspflicht bei selbstständigem Wissensträger	275
b)	Intensive Aufsicht und Kontrolle	276
c)	Organisatorische Kenntnisverlagerung	277
d)	Typisierende Betrachtung	277

2.	Verkehrsschutz als Kriterium der Zurechnung bei Outsourcing	279
a)	Vertrauenstatbestand aufgrund von Kontroll- und Weisungsrechten.....	279
b)	Vertrauenstatbestand durch funktionale Einheit.....	280
3.	Ausblick für Wissenszurechnung bei Outsourcing.....	283
IV.	Eigener Ansatz – Wissenszurechnung bei Outsourcing	284
1.	Kontroll- und Weisungsrechte als Kriterium der Zurechnung	284
a)	Risikoverteilung im Auslagerungssachverhalt.....	284
b)	Ausgangspunkt – Kontrollrechte	286
aa)	Festlegung eines Zurechnungsgrundes	286
bb)	Rechtliche Ausgestaltung der Auslagerung	286
cc)	Beschränkte Verwertbarkeit aufsichtsrechtlicher Bestimmungen	287
(1)	Direkte Anwendung des Aufsichtsrechts	289
(2)	Ausstrahlungswirkung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen	290
(3)	Anknüpfungspunkte der Ausstrahlung	291
(a)	Abbild eines niedergelegten Rechtsprinzips	292
(b)	Ausstrahlung aus Rechtsprinzip.....	293
(c)	Prinzipienorientierte Regelung	294
(d)	Ausstrahlung bei prinzipienorientierter Regelung.....	295
c)	Ergebnis zum Einfluss des Aufsichtsrechts.....	297
2.	Umfang zurechenbaren Wissens	298
a)	Begrenzung des Umfangs	298
b)	Bewertung der Begrenzung der Zurechnung.....	299
c)	Richtung der Zurechnung.....	303
3.	Entbehrlichkeit der Zurechnung in Missbrauchsfällen	305
4.	Zusammenfassung des eigenen Ansatzes.....	307

Teil 4 – Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit	309
I. Grundlagen der Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen	309
II. Wissenszurechnung im Konzern	313
III. Wissenszurechnung bei Outsourcing	317
Literaturverzeichnis	321

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	Andere Ansicht
a. F.	Alte Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft Amtsgericht Die Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagwerk des Bundesarbeitsgerichts – Arbeitsgerichtliche Praxis
Art.	Artikel
ASP	Application Service Providing
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	Ausführlich
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BaKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Bekl.	Beklagte(r)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerisches Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BörsG	Börsengesetzbuch
BPO	Business Process Outsourcing
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks.	Deutscher Bundestag – Drucksachen
BTO	Business Transformation Outsourcing
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	Beziehungsweise
c. i. c.	Culpa in contrahendo
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Corp.	Corporation
CR	Computer und Recht
CRD-IV-UmsG	Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und zur Anpassung des Aufsichtsrechts an die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen vom 28. August 2013
CREM	Corporate Real Estate Management
CSR	Corporate Social Responsibility
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EDV	Elektronische Datenverarbeitung

EG	Europäische Gemeinschaft
EIOPA	Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung
Erw.	Erwägung, Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	Folgend
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
GK AktG	Hirte/Mülber/Roth (Hrsg.), Aktiengesetz AktG Großkommentar
GM	General Motors
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. e. S.	im engeren Sinn
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit

i. w. S.	im weiteren Sinn
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
InvMaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement für Investmentgesellschaften
IT	Informationstechnik
JA	Juristische Arbeitsblätter
juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht Kommanditgesellschaft
KK AktG	Noack/Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KK WpHG	Hirte/Möllers (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG
Kl.	Kläger(in)
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier/Möhring (Hrsg.), Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MaRisk	Rundschreiben 09/2017 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MaGo	Rundschreiben 2/2017 (VA) – Mindestanforderungen an die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen
MAR	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch u.a. (Marktmissbrauchsverordnung)
mbH	mit beschränkter Haftung
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MMR	MultiMedia und Recht
MüHdB GesR	Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts

MüKo AktG	Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKo BGB	Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo GmbHG	Fleischer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof, Österreich
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
PKW	Personenkraftwagen
PREM	Public Real Estate Management
PrM	Property Management
r + s	Recht und Schaden, Unabhängige Zeitschrift für Versicherungsrecht und Schadensersatz
RdA	Recht der Arbeit
REAM	Real Estate Asset Management
REFM	Real Estate Facility Management
REIM	Real Estate Investment Management
REPM	Real Estate Portfolio Management
RG	Reichsgericht
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer

s.	siehe
S.	Satz Seite
s. auch	siehe auch
sog.	sogenannt
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht/ Revue Suisse de droit des affaires
u. a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	von/vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Volkswagen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZAG	Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfÖ	Zeitschrift für Immobilienökonomie
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Einleitung

Die Kenntnis bestimmter Tatsachen oder deren Kennenmüssen ist im Bürgerlichen Gesetzbuch an zahlreichen Stellen entscheidungserheblich. Die dem Gesetz zugrunde gelegte Konzeption, in der die Kenntnis oder das Kennenmüssen eine Rolle spielt, ist dabei stets diejenige, dass der Wissensträger selbst Anspruchsinhaber oder Anspruchsgegner ist.¹ Heutzutage sind arbeitsteilige Strukturen und die Aufteilung relevanter Informationen auf verschiedene Wissensträger allgegenwärtig. Dabei geht es um Konstellationen, in denen das rechtlich erhebliche Wissen nicht bei dem konkret mit einem Sachverhalt befassten Rechtssubjekt vorliegt, sondern bei einer anderen Person.² Den Ansatz einer Zurechnung fremden Wissens regelt das BGB (einzig) über die Vorschrift des § 166 BGB.

In Bezug auf die einzelne juristische Person hat die Rechtsprechung die Frage der Wissensaufspaltung zunächst mithilfe der Organtheorie zu beantworten versucht. Die Organtheorie, wonach Wissen des Organmitglieds als Wissen der juristischen Person zu verstehen ist, beruhte auf der überkommenen Auffassung der realen Verbandskörperschaft *Otto von Gierkes*.³ Von der Organtheorie hat sich die Rechtsprechung gelöst und normativ wertende Kriterien entwickelt.⁴ Diese sollen die Anwendung der auf die Einzelperson zugeschnitten Normen des BGB auch auf solche Organisationen ermöglichen, deren Wissensstand auf eine Vielzahl von Wissensträgern verteilt ist. Die Abgrenzung von Risikosphären, die Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen sowie Gedanken zum Schutz des Rechtsverkehrs sind

1 *Raiser*, FS Bezenberger, S. 561.

2 MüKo BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 43; zur Zurechnung allgemein *Bork*, ZGR 1994, 237 (237 f.).

3 Vgl. zur Theorie von *Gierkes* unten, III.1.a.

4 Vgl. zur Aufgabe der Organtheorie unten, III.1.b.

Zeugen dieser Bemühungen, die als nicht abgeschlossen gelten können.⁵

Bislang hat die Rechtsprechung die Wissensabfrage- und -weiterleitungspflicht so verstanden, dass nur Informationen, deren Relevanz für andere Personen *innerhalb dieser* Organisation bei den konkret Wissenden erkennbar ist, weitergegeben werden müssen.⁶ Ebenso muss nach erkennbar anderswo *innerhalb* der Organisation vorhanden und für den eigenen Bereich wesentlichen Informationen gefragt werden.⁷

Im Hinblick auf eine rechtsformübergreifende Erstreckung dieser Pflichten – auf das Konzernverhältnis und die Beteiligten einer Outsourcing-Vereinbarung – haben Judikatur und Lehre bislang keine abschließenden und verbindlichen Grundsätze entwickelt. Mit der Wissenszurechnung im Konzern hat sich die Rechtsprechung nur vereinzelt befassen müssen⁸, zum Teil war diese Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten.⁹ Zum Bereich des Outsourcings ist nur ein *Obiter dictum* des BGH ergangen.¹⁰

Verschiedene neuere Rechtsentwicklungen zeugen zudem davon, dass die Wissensverantwortlichkeit eines (herrschenden) konzernangehörigen Unternehmens für ein anderes Konzernunternehmen auch einer ordnenden Betrachtung bedarf. Die äußere Grenze zur Wissensorganisation, die die Rechtsprechung bislang an der rechtlichen Selbstständigkeit der juristischen Person festmacht¹¹, offenbart insoweit den Bedarf für eine materielle Rechtfertigung¹² bei rechtsformübergreifender Wissenszurechnung. Die Rechtsprechung hat sich bislang einer einheitlichen Betrachtung im Hinblick auf die Wissensor-

5 Zu diesen Kriterien vgl. insbesondere Teil 1, III.

6 BGH NJW 1996, 1339 (1341); OLG Düsseldorf NJW 2004, 783 (784); *Spindler*, NJW 1997, 3193 (3197).

7 BGH NJW 1996, 1339 (1341); OLG Düsseldorf NJW 2004, 783 (784).

8 Vgl. Teil 2, II.

9 *Rosenmüller*, Zurechnung im Konzern nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen, insbesondere bei rechtsgeschäftlicher Betätigung eines Konzernglieds, 2001; *Schulenburg*, Bankenhaftung bei geschlossenen Immobilienfonds: Zugleich eine Untersuchung der Wissenszurechnung im Konzern, 2001; *Schüler*, Die Wissenszurechnung im Konzern, 2000.

10 BGH NJW 2001, 359.

11 BGH NJW 2001, 359 (360).

12 So *Bork*, ZGR 1994, 237 (239).

ganisation im Konzern versperret¹³, weil das Konzernrecht die rechtliche Selbstständigkeit der konzernangehörigen Gesellschaften schützt.¹⁴

Dagegen legt das durch die 9. GWB-Novelle¹⁵ implementierte Konzept der wirtschaftlichen Einheit nunmehr eine Einheitsbetrachtung des Konzerns nahe. § 81 Abs. 3a GWB erlaubt, gegenüber sämtlichen Rechtsträgern, mithin in aller Regel auch gegenüber der Obergesellschaft, Geldbußen festsetzen, sofern diese unmittelbar oder mittelbar einen bestimmenden Einfluss auf diejenige juristische Person ausübt haben, auf deren Ebene der Kartellverstoß begangen wurde.¹⁶ Das CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz¹⁷ deutet ebenfalls in Richtung einer einheitlichen Betrachtung konzernangehöriger Unternehmen, da §§ 289c Abs. 2, 3 Nr. 4, 315c Abs. 2 HGB bestimmen, dass sich der Inhalt einer nichtfinanziellen Erklärung auf Risiken zu erstrecken hat, die mit den eigenen Geschäftsbeziehungen der Kapitalgesellschaft zu anderen Unternehmen – auch außerhalb der eigenen Konzernstruktur – verknüpft sind. Umfasst sind damit etwa Geschäftsbeziehungen mit Lieferanten.¹⁸ Das LG München I hat im Zuge des VW-Abgangsskandals entschieden, dass sich ein VW-Vertragshändler wegen Inanspruchnahme besonderen Vertrauens aus den Gründen des Rechtscheins als 100%ige Konzerntochter behandeln lassen müsse, weshalb auch Wissen eines Händlers der VW AG zugerechnet werde.¹⁹ Hinter all diesen Entwicklungen steht die Erwägung, ob nicht auch konzer-

13 BGH NJW-RR 1990, 285 (286); NJW 2004, 783 (784); OLG Hamm, BKR 2002, 958 (960).

14 Vgl. z. B. §§ 15, 18 Abs. 1, 2 AktG. Schon der Wortlaut des § 15 AktG schützt die Selbstständigkeit der konzernverbundenen Rechtsträger, sodass der Konzern allenfalls neben den einzelnen Konzerngesellschaften Rechtssubjekt sein könnte, vgl. dazu *Bork*, ZGR 1994, 237 (255). Nach *Emmerich/Habersack Konzernrecht/Habersack*, § 18 Rn. 6 wird bei der Betrachtung des Konzerns der Akzent traditionell auf die rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen gelegt. § 18 AktG setze das abhängige Unternehmen in Bezug, welches in § 17 Abs. 1 AktG als rechtlich selbstständiges Unternehmen beschrieben werde.

15 BGBl. I 2017 S. 1416.

16 *Timmerbeil/Blome*, BB 2017, 1544 (1545, 1546); dazu auch *Beck*, AG 2017, 726 (729).

17 BGBl. 2017, S. 802.

18 BT-Drucks. 18/9982, S. 50.

19 LG München I 14.04.2016, 23 O 23033/15 Rn. 25 (juris).

nierte Gesellschaften als (konzernrechtliche) Einheit betrachtet werden dürfen, sodass die Wissensorganisation ggf. innerhalb *dieser* Organisation (*Konzern*) ebenfalls gelten könnte.

Daneben tritt das Outsourcing als besonderes Problem der Wissensaufspaltung. Bei Outsourcing handelt es sich um die Übertragung von bisher im Unternehmen selbst erbrachten Leistungen an externe Dienstleister oder Auftragnehmer. Die Auslagerung von Unternehmensaufgaben ist teilweise den Schranken aufsichtsrechtlicher Bestimmungen unterworfen, so z. B. durch das KWG, das ZAG oder das VAG. In letzter Zeit wird auffällig, dass durch aufsichtsrechtliche Vorschriften solche regulatorischen Maßnahmen, die eine Auslagerung von Unternehmensbereichen betreffen, deutlich verschärft wurden.²⁰ Die 5. Novelle der Mindestanforderungen an das Risikomanagement für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (MaRisk 09/2017) bestimmt, dass Kontrollbereiche und Kernbankbereiche nur in einem solchen Maß ausgelagert werden dürfen, dass eine wirkungsvolle Überwachung der Dienstleistungen gewährleistet bleibt.²¹ Zudem soll es ein zentrales Auslagerungsmanagement geben, das mindestens jährlich einen Bericht über die wesentlichen Auslagerungen zu erstellen und der Geschäftsleitung zur Verfügung zu stellen hat.²² Im VAG wurden im Jahr 2016 die Anforderungen an regulatorische Maßnahmen bei einer Auslagerung deutlich verschärft und § 64a Abs. 4 VAG [a. F.], der die Funktionsausgliederungen bei Versicherungsunternehmen regelte, durch den strengeren § 32 VAG ersetzt.²³

Das aufsichtsrechtliche Regelungsregime eint, dass im Rahmen besonders sensibler Bereiche für regulierte Unternehmen eine Organisationsverantwortung für ausgelagerte Aktivitäten und Prozesse vorgeschrieben wird, was den Rückschluss nahelegt, dass die Wahrung aufsichtsrechtlicher Regelungen überhaupt erst möglich ist, wenn eine be-

20 Für § 25a Abs. 2 KWG a. F. vgl. die Ablösung des Rundschreibens 11/2001 der BaFin durch das Rundschreiben 5/2007; auch Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG/Wolfgangarten, § 25b Rn. 9; für § 32 VAG *Thalhofer/Beck*, CR 2016, 1 (2); für § 36 KAGB im Verhältnis zu § 16 InvG a. F. Weitnauer/Boxberger/Anders KAGB/Volhard/Jang, § 36 Rn. 2; Auer-Reinsdorff Handbuch IT/Strittmatter, § 19 Rn. 237.

21 Siehe AT 9 Ziff. 5 MaRisk.

22 Siehe AT 9 Ziff. 13 MaRisk.

23 Vgl. dazu Teil 3, I.4.c.bb.2.

sondere Form der Organisation – und damit – Kommunikation ermöglicht wird. Die Erstreckung der Pflicht zur Wissensorganisation auf einen selbstständigen Dienstleistungserbringer scheint damit zumindest nicht ausgeschlossen.

Aber auch nicht-aufsichtsrechtlich regulierte Bereiche, wie z. B. die immobilienrechtliche Praxis, zeigen verschiedene Fallkonstellationen der Verteilung von Wissen in Form des Outsourcings. Zu nennen ist hier in erster Linie das häufig praktizierte Investmentmodell, bei dem eine Objektgesellschaft formaljuristisch Eigentümerin eines Grundstücks ist, während die immobilienwirtschaftliche und technische Betreuung vollständig auf *Asset-, Property-* oder *Facility-*Manager ausgelagert ist.²⁴ Ein Käufer, der einen Kaufvertrag etwa mit der *Asset-*Gesellschaft schließt, hat ein natürliches Interesse daran, dass ihm alle notwendigen Informationen, auch solche, die nur bei den anderen Gesellschaften vorliegen, offenbart werden. Regelungen, welche die Wissenszurechnung im Konzern und bei Outsourcing an Drittunternehmen einer einheitlichen Bewertung unterwerfen, sollen zentraler Gegenstand dieser Arbeit werden. Der Gang der Untersuchung folgt dabei dem Weg vom Allgemeinen zum Speziellen.

Teil 1 befasst sich mit den Grundlagen zur Wissenszurechnung im Allgemeinen und bei der einzelnen juristischen Person. Zurechnung eines Kenntnisstands bedeutet, dass rechtserhebliches Wissen vorgelegen haben muss, weshalb das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis nach § 166 Abs. 1 BGB (*Abschnitt I*) ebenso eine nähere Betrachtung verdient wie die allgemeinen Regeln, denen die Wissenszurechnung folgt (*Abschnitt II*). Bei juristischen Personen, deren Besonderheit darin besteht, dass sie einem ständigen Wechsel ihrer Funktions- und Wissensträger unterliegen, existieren verschiedene Ansätze zur Zurechnung von Wissen (*Abschnitt III 1. – 3.*). All jene haben eine unterschiedliche Resonanz in der Rechtsprechung hervorgerufen. Unter Berücksichtigung dieser führt eine ausführliche Analyse zur Ausarbeitung der geltenden Prinzipien der Wissenszurechnung (*Abschnitt III 4.*), die den weiteren Rahmen der Untersuchung für die Kapitel Konzern (*Teil 2*) und Outsourcing (*Teil 3*) bilden.

²⁴ Marschke, ZfIR 2012, 445 (448).

Die Untersuchung im Hinblick auf die Wissenszurechnung im Konzern erfolgt in *Teil 2*. Weder können allgemeine Haftungsinstitute wie die c. i. c. eine Wissenszurechnung im Konzernsachverhalt ersetzen (*Abschnitt I 2.*), noch sind die bislang entwickelten Pflichten einer Wissensorganisation auf die Konzernstruktur schematisch übertragbar (*Abschnitt I 3. – 4.*). Organisationspflichten sind zum Schutz des Rechtsverkehrs entwickelt worden, das Konzernrecht dagegen schützt die beteiligten Akteure innerhalb der Konzernstruktur. Bestandteil der Erörterung sind die Ergebnisse der Rechtsprechung zur konzernweiten Wissenszurechnung (*Abschnitt II*). Ansätze in der Literatur, die eine Wissenszurechnung zwischen konzernangehörigen Unternehmen begründen wollen, verfolgen verschiedene Ideen. Diese sind insbesondere nach den Kriterien der Leitungsmacht (*Abschnitt III 1.*), des Verkehrsschutzes (*Abschnitt III 2.*) und der Beherrschbarkeit von Informationsflüssen (*Abschnitt III 3.*) zu unterteilen. Der eigene, fortentwickelte Ansatz zur Wissenszurechnung im Konzern (*Abschnitt IV*) wird abschließend die gewonnenen Erkenntnisse aus Rechtsprechung und Literatur zu einem abschließenden Modell der Wissenszurechnung bündeln.

Teil 3 der Untersuchung befasst sich mit dem Phänomen des Outsourcings, das in der Unternehmenspraxis in höchst unterschiedlichen Erscheinungsformen auftritt (*Abschnitt I*). In einigen Organisationsformen muss zudem als Vorfrage geklärt werden, ob sich der Vorstand oder Geschäftsführer angesichts eines Outsourcings unverzichtbarer Organfunktionen begibt (*Abschnitt I 3.*). Im Hinblick auf die Ableitung einer Wissenszurechnung können zudem die unterschiedlichen rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eines Outsourcings Bedeutung erlangen, weil sie einen Rückschluss auf die Beherrschung der geschaffenen Risikosphäre zulassen (*Abschnitt I 4*). Als materielle Rechtfertigung einer Wissenszurechnung in den Auslagerungsfällen führt die Literatur unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung (*Abschnitt III*) insbesondere das Kriterium der Beherrschbarkeit (*Abschnitt III. 2*) oder den Verkehrsschutz an (*Abschnitt III. 3*). Die gewonnenen Erkenntnisse führen unter Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Besonderheiten zur

Entwicklung des eigenen Zurechnungsmodells (*Abschnitt IV*), welches den zentralen Untersuchungsgegenstand in *Teil 3* der Arbeit bildet.

Abschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengestellt (*Teil 4*).

Teil 1 – Grundlagen der Wissenszurechnung

I. Begriff der Kenntnis nach § 166 Abs. 1 BGB

1. Kenntnis und Wissen – Begriffliche Synonyme

Kenntnis wird definiert als Vorstellung bestimmter Umstände aus der Umwelt, wobei die Überzeugung besteht, dass diese Vorstellung mit der Wirklichkeit übereinstimmt.¹ Eine tatsächlich abrufbare, gegenwärtige Vorstellung einer Information ist dabei als Höchstmaß an Kenntnis anzusehen.² Wissen ist dasselbe wie Kenntnis.³ Eine Differenzierung zwischen Wissen und Kenntnis zeigt das Gesetz nicht an. Das Gesetz verwendet sowohl den Begriff der Kenntnis als auch denjenigen des Wissens.⁴

2. Definitionsansätze des Wissensbegriffs

a) Sichere Vorstellung von Tatsachen

von Tuhr umschreibt den Wissensbegriff als Vorstellung einer sicher vorhandenen Tatsache.⁵ Vom Wissen zu unterscheiden seien Vorstellungen über das wahrscheinliche oder mögliche Vorliegen oder Eintreten von Tatsachen: Vermutungen und Zweifel.⁶ Nach *von Tuhr* sind verschiedene Abstufungen des Wissens denkbar. Von einer allgemein

1 *Buck*, Wissen und juristische Person, S. 47, verweist auf eine Vielzahl von Definitionsmöglichkeiten; *Sallawitz*, Gleichstellung, S. 50; *Fatemi*, NJOZ 2010, 2637 (2640).

2 *Fatemi*, NJOZ 2010, 2637 (2638).

3 *Buck*, Wissen und juristische Person, S. 47 Fn. 1; *Fatemi*, NJOZ 2010, 2637 (2640).

4 §§ 562a, 562b Abs. 2, 625 BGB; dazu *Schrader*, Wissen, S. 12.

5 *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 130.

6 *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 130.

gehaltenen Vorstellung bis zu einer präzisen, die genaue Beschaffenheit der Tatsache umfassenden Kenntnis.⁷ Ebenso sei die Erlangung des Wissens in mannigfaltiger Weise möglich, meistens als Begleitscheinung von Handlungen⁸, aber auch durch eine Mitteilung.⁹ Da das Gesetz an die Kenntnis von Umständen Rechtsfolgen knüpfe, müsse bei dem Handelnden das Maß der Kenntnis zumindest soweit wachsen sein, dass er sein Handeln nach dem Maßstab seiner Kenntnis ausrichte.¹⁰

b) Wissen und Erfahrungsregeln

Medicus äußert gegen den Wissensbegriff von *Tuhr*s Bedenken. Der Begriff der Vorstellung, wie ihn *von Tuhr* verwende, sei zu eng.¹¹ Es sei kaum zu beweisen, was sich eine Person konkret vorgestellt habe, so dass es unmöglich erscheine, das maßgebliche Wissen zu bestimmen.¹² Wissen sei aus Erfahrungsregeln herzuleiten.¹³ Besondere Ereignisse sprächen dafür, dass eine Person einen Umstand auch nach langer Zeit noch im Gedächtnis habe, das Fehlen solcher Ereignisse dafür, dass diese vergessen wurden.¹⁴

c) Wissensbegriff in der Rechtsprechung

Vom Vorliegen von Kenntnis ist auszugehen, wenn sich der Betreffende bei zumutbarer Anstrengung seines Gedächtnisses des Umstands hätte erinnern können.¹⁵ Wissen liegt demnach nicht nur vor bei aktiv-präsentierender Erinnerung, d.h. unmittelbar vorhandenem Wissen, sondern auch dann, wenn sich der Betreffende des Umstands nur unter

7 *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 127.

8 *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 127.

9 *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 127.

10 *von Tuhr*, Allgemeiner Teil, S. 127.

11 *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 6.

12 *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 6.

13 *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 6.

14 *Medicus*, Karlsruher Forum 1994, S. 6.

15 BGH NJW-RR 2009, 606 Rn. 11.

gehöriger Anstrengung seines Erinnerungsvermögens bewusst werden kann.¹⁶ Dagegen kennt eine Person Umstände, die sie einmal gekannt hat, die ihrem Gedächtnis aber inzwischen wieder entfallen sind, nicht mehr.¹⁷ Durch Vergessen geht Kenntnis verloren.¹⁸ Eine tatsächliche Vermutung, dass einmal vorhandenes Wissen fortbestanden hat¹⁹, existiert nicht.

Die Grenze zwischen dem Wissen, das aktualisierbar ist und noch als vorhandenes Wissen gewertet werden darf und verlorenem Wissen ist somit fließend. Zutreffend ist aber, eine solche Abstufung vorzunehmen.²⁰ Das Gesetz kennt daneben eine weitere Differenzierung und benennt an einigen Stellen neben der tatsächlichen Kenntnis auch das Tatbestandsmerkmal des Kennenmüssens.²¹ Das Kennenmüssen enthält dabei ein (normatives) Zurechnungselement. Dem Rechtsfolgenbelasteten wird zugemutet, sich verfügbare Kenntnis zu verschaffen.²² Maßstab für diese Zurechnung ist eine (zumeist in Verschuldensgraden formulierte) Risikonähe.²³ Die Zurechnung von Umständen erfolgt automatisch und wird einer Kenntnis gleichgestellt, weil diesem in der konkreten Situation zumutbar ist, sich selbst zu unterrichten. Aus bestimmten Umständen hätte der Rechtsfolgenbelastete eine Folgerung ziehen müssen, welche ihrerseits selbst Kenntnis vermitteln würde.²⁴ Unterbleibt eine Folgerung, wird der Betreffende so behandelt, als sei er Träger der Information.

16 BGH NJW-RR 2009, 606 Rn. 11.

17 OLG Oldenburg, NJW-RR 1991, 1185 (1186).

18 *Baum*, Wissenszurechnung, S. 201.

19 BGH NJW-RR 1992, 333 (334); NJW-RR 1987, 1415 (1416): „Anders als hinsichtlich des Fortbestandes einmal entstandener Rechte besteht keine Vermutung für die Fortdauer eines einmal eingetretenen tatsächlichen Zustandes“; *Nobbe*, Bankrechtstag 2002, S. 125.

20 Das OLG Oldenburg führt aus: „[...] Kenntnis i. S. d. § 16 Abs. 1 VVG [a. F.] setzt voraus, daß der Umstand dem Versicherungsnehmer in dem maßgeblichen Zeitpunkt bewußt ist. Gefordert wird aber nicht, daß der fragliche Umstand dem Versicherungsnehmer sogleich präsent ist, vielmehr verlangt sie von ihm, daß er sein Gedächtnis prüft“, NJW-RR 1991, 1185 (1186); auch *Fatemi*, NJOZ 2010, 2637 (2639).

21 Im Allgemeinen Teil §§ 122 Abs. 2, 123 Abs. 2 S. 1, 2, 142 Abs. 2, 166 Abs. 2 S. 2, 169, 173, 179 Abs. 3 S. 1 BGB.

22 *Bohrer*, DNotZ 1991, S. 124 (125).

23 *Bohrer*, DNotZ 1991, S. 124 (125).

24 *Bohrer*, DNotZ 1991, S. 124 (126).

d) Bewertung der Definitionsansätze

Den Ansichten von *von Tuhr* und *Medicus* ist teilweise zuzustimmen, teilweise sind diese abzulehnen. *von Tuhrs* Begrifflichkeit der Kenntnis als Vorstellung einer sicher vorhandenen Tatsache ist zu eng. Die Rechtsprechung hat zunehmend einen Kenntnisbegriff, der auch bedingten Vorsatz genügen lässt, ausreichen lassen.²⁵ So geht die Rechtsprechung davon aus, dass eine arglistige Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB keine Absicht, sondern Vorsatz erfordere, wobei ein Eventualvorsatz genügt.²⁶ Auch der bedingte Vorsatz setze allerdings voraus, dass der Erklärende die Unrichtigkeit der Tatsachenbehauptung kenne oder zumindest für möglich halte.²⁷ Eine Arglist ist damit anzunehmen, wenn der Täuschende zwar nicht weiß, ob die von ihm behauptete Tatsache der Wahrheit entspricht, sich aber trotz Kenntnis seiner Unwissenheit dennoch hierzu äußert. Auch im Rahmen des § 826 BGB werde Vorsatz nicht so verstanden, dass der Handelnde die Schädigung eines anderen anstrebe oder als sichere Folge des eigenen Handelns akzeptiere (*dolus directus* ersten und zweiten Grades).²⁸ Für eine vorsätzliche Schädigung im Sinne dieser Vorschrift genügt, wenn der Erfolgseintritt für den Handelnden im Bereich des Möglichen liegt.

Der Ansicht von *Medicus* ist zu entgegen, dass dieser kein eigener Begriff des Wissens innewohnt. Versucht *Medicus* das Wissen allein aus Erfahrungsregeln herzuleiten, so nähert er sich mit diesem Versuch der Definition des Kennenmüssens.²⁹ Das Gesetz hält die Differenzierung zwischen Kennen und Kennenmüssen jedoch aufrecht.

Ein abschließender Begriff der Kenntnis ist bislang nicht gefasst.³⁰ Erschwerend tritt hinzu, dass Wissen als innere Tatsache juristischer Erkenntnis nicht unmittelbar zugänglich ist und daher nur aus Hilfstatsachen und aus der Ableitung von Erfahrungsgrundsätzen gefolgert

25 BGH NJW 1994, 253 (254).

26 BGH NJW 1971, 1795 (1800); NJW 1974, 1505 (1506); NJW 1994, 253 (254); NJW 2007, 3057 Rn. 29.

27 BGH NJW 1990, 42 (42); NJW 1995, 1549 (1550); NJW 2007, 3057 Rn. 29.

28 BGH NJW 2001, 3187 (3189); Staudinger/*Oechsler*, § 826 Rn. 75; MüKo BGB/*Wagner*, § 826 Rn. 27.

29 *Baum*, Wissenszurechnung, S. 202.

30 *Schrader*, Wissen, S. 12.