

## **Organschaft, Prokura, Stellvertretung**

zugleich Auseinandersetzung mit BGE 95 II 442  
("Prospera GmbH")

### **I.**

Im heutigen *Wirtschaftsleben* ist rechtliches Handeln für sich selber gewissermaßen zur Ausnahme geworden, während im Normalfall derjenige, der durch Abgabe oder Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen oder durch Vornahme von sog. Tathandlungen Rechte und Pflichten begründet oder verändert, dies nicht für sich, sondern für Dritte tut. Zwar gibt es den Einzelkaufmann auch heute noch, aber er wird, sobald sein Unternehmen größere Bedeutung hat, sich teilweise durch *Prokuristen* oder *Handlungsbevollmächtigte* vertreten lassen. Der geschäftsführende *Partner einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft* handelt nicht, oder doch nicht allein, für sich, sondern immer auch mit Wirkung für seine Mitgesellschafter. Die *juristischen Personen*, insbesondere die Aktiengesellschaften, die zu den rechtlichen Trägern eines überwiegenden Teils der wirtschaftlichen Aktivität der westlichen Welt geworden sind, können naturnotwendig nicht selber handeln, sondern müssen vertreten werden. – Gegenüber diesen handelsrechtlichen Formen der Vertretung bleibt im "bürgerlichen" Bereich das Handeln für sich selbst immer noch die Regel, Vertretung die Ausnahme; als Erscheinungsformen sind hier zu nennen die *gewillkürte Stellvertretung* des bürgerlichen Rechts und die *gesetzliche Vertretung* von Handlungsunfähigen durch Eltern oder Vormund<sup>1</sup>.

Alle genannten Vertretungsverhältnisse stellen sich in ihren Auswirkungen als verwandte, teilweise identische Mechanismen dar. In dem, was man "dogmatische Konstruktion" nennt, lassen sich allerdings Strukturgegensätze erkennen, welche die besprochenen Erscheinungen in drei verschiedene Gruppen gliedern. Von der Vertretung des bürgerlichen Rechts (gewillkürte

---

<sup>1</sup> Die Tatbestände *gesetzlicher Vertretung* scheiden aus vorliegenden Überlegungen aus, die auf *rechtsgeschäftlich* begründete Vertretungsverhältnisse beschränkt bleiben.

Stellvertretung und gesetzliche Vertretung) unterscheidet sich die *Vertretung der juristischen Personen* durch deren Organe dadurch, daß diese Organe nicht als ein von der juristischen Person verschiedenes, sondern als deren Bestandteil betrachtet werden; sie sind zwar nicht selber die juristische Person, weshalb immer noch Vertretung eines dritten Rechtssubjekts vorliegt, sie sind aber doch ein Teil derselben, wie Organe Teil eines Körpers (eines "Organismus") sind, So wenigstens die historische Konzeption des Organbegriffs, wie er im vergangenen Jahrhundert in der Schweiz und in Deutschland das Bild der juristischen Personen geprägt hat (dazu unten noch Ziff. II/1). Dieser Unterschied der Anschauungsweise, auch wenn er heute im Begriffe steht, sich abzuschleifen, bleibt nicht im Theoretischen stehen, sondern zeitigt praktische Unterschiede, wie das Folgende zeigen soll.

In der Gegenüberstellung zum Organ juristischer Personen erscheinen *Prokura* und *bürgerliche Stellvertretung* (Art. 32 ff. OR) auf den ersten Blick als identisch strukturiert, da in beiden Fällen der Vertretungsbefugte für einen fremden Dritten handelt, an dem er nicht gewissermaßen als Bestandteil beteiligt ist, der deshalb auch einem fremden Willen sich unterzuordnen hat und nicht, wie das Organ, seinerseits gewissermaßen den Willen der vertretenen juristischen Person bildet. Damit sind die Gemeinschaftlichkeiten indessen erschöpft. Im einen und im anderen Fall ist es ein anderes Moment, das die Vertretungswirkung auslöst: Im Falle der *Prokura* der vom Geschäftsherrn geschaffene *Rechtsschein*, sich vom Prokuristen vertreten lassen zu wollen, im Falle der *bürgerlichen Stellvertretung* der *tatsächliche Wille*, im konkreten Fall vertreten zu werden. Die Verschiedenheit des auslösenden Faktors erklärt sich an der Verschiedenheit der historischen Wurzeln des handelsrechtlichen Instituts der Prokura einerseits und der bürgerlichen Stellvertretung andererseits (dazu unten II/2).

## II.

Das *Wesen organschaftlicher Vertretung*, aber auch die Stellung des *Prokuristen*<sup>2</sup>, ist aus der *geschichtlichen Entwicklung* heraus zu verstehen. Wenn auch im einzelnen viele entstehungsgeschichtliche Zusammenhänge noch der

---

<sup>2</sup> Was im folgenden über die Prokura gesagt wird, gilt bis zu einem gewissen Grade auch für die *Handlungsvollmacht*; auch diese löst wesensmäßig Vertretungswirkungen nicht infolge eines im Einzelfall gegebenen bevollmächtigen Willens des Geschäftsherrn, sondern kraft des von diesem geschaffenen Rechtsscheins aus. Diese weniger typische, spätere Bildung bleibt im folgenden außer Betracht.

Abklärung harren, so vermitteln doch die ohne weiteres erkennbaren großen Linien eindeutige Hinweise. Hier sind nur knappste Andeutungen möglich.

1. Die Geschichte *organschaftlicher Vertretung* fällt zusammen mit der Geschichte der juristischen Personen selber; diese erhalten ihr rechtlich faßbares Profil zuallererst durch die Art und Weise, wie die Handlungen der für die juristischen Personen in Erscheinung tretenden Menschen dieser zugerechnet werden. Erscheinungen, die man heute als juristische Personen qualifiziert, sind bereits im antiken Rom nachweisbar (*collegia*, *sodalitates* als vereinsähnliche Berufsverbände, öffentlich-rechtliche Körperschaften in der Vorstellung des *populus romanus* als die den Staat ausmachende Gesamtheit der Bürger, ähnlich die *municipia*; dann anstaltsähnlich *aerarium* und *fiscus*, schließlich, vor allem in der christlichen Kaiserzeit, die Stiftungen, *piae causae*)<sup>3</sup>. Eine theoretische Untermauerung dieser Erscheinungen, insbesondere die Vorstellung, daß ein selbständiges, von den Beteiligten losgelöstes Rechtssubjekt bestehe, scheint noch zu fehlen. Zwar dürfte die Kanonistik des Mittelalters einen gewissen Fortschritt in der Deutung juristischer Personen (im Hinblick auf Kirchgemeinden und Ordenskongregationen) gebracht haben. Die an den römischen Quellen orientierte mittelalterliche wie neuzeitliche Rechtswissenschaft begegnet den zeitgenössischen Erscheinungsformen juristischer Personen, die gewissermaßen als wilde Wucherungen der Alltagspraxis betrachtet werden, ohne Interesse; die Pandektistik des 19. Jahrhunderts gar steht den juristischen Personen nicht nur interesse- und damit auch verständnislos gegenüber, sondern zeigt auf weiten Strecken Geringschätzung, ja Ablehnung. Die *Fiktionstheorie* ist bei vielen Autoren ein offensichtlich bloß widerwillig gemachtes Zugeständnis, daß man die rechtliche Existenz der juristischen Personen nicht leugnen kann; diese Theorie will die juristischen Personen nicht ausbauen und fördern, sondern einschränken, indem die (als bloß fingiert betrachtete) Existenz von einer staatlichen Genehmigung, oder jedenfalls von einer (oft genug fehlenden) gesetzlichen Grundlage abhängig gemacht wird.

Die Pandektistik des 19. Jahrhunderts, die mit begrifflich-systematischer Durchdringung weiteste Bereiche des Privatrechts segensreich gefördert und nicht bloß die deutschen und schweizerischen Kodifikationen des ausgehenden

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu neben den Lehrbüchern zum römischen Recht und der dort zitierten Literatur vom monographischen Schrifttum etwa L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person*, 1. Band, Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht, München 1933; P. W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge 1938. Weiterhin U. HÄFELIN, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, Tübingen 1959, S. 5 ff.

19. Jahrhunderts beeinflußt, sondern in den ganzen kontinentalen Rechtsraum Anregungen ausgestrahlt hat, vermag den infolge Industrialisierung und Ausweitung des Handels zusehends sich ausbreitenden juristischen Personen in keiner Weise gerecht zu werden. Deren Aufschwung wird juristisch von zwei Kräften getragen: Auf der Ebene der Praxis eine Tradition *autonomen Handelsrechts*, die die für Handel und Wirtschaft notwendigen Instrumente gesellschaftsrechtlicher Organisation aus den praktischen Bedürfnissen heraus entwickelt, der sodann um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts auf der Ebene der Wissenschaft die *Lehren des germanistischen Zweiges der historischen Rechtsschule* entgegenkommen. Die germanistische Körperschaftslehre, die im Zentrum des wissenschaftlichen Anliegens der Hauptvertreter der Richtung steht, will nicht bloß die Vergangenheit deuten und, darstellen, sondern im gleichen Zuge auch Modelle für die gegenwärtige und künftige Ausgestaltung des Körperschaftsrechts geben. Die von ihr entwickelte *Lehre von der realen Verbandsperson*, oder kurz *Realitätstheorie*, vermag die von der Gegenposition der Fiktionstheorie vertretenen Anschauungen zurückzudrängen. Am deutlichsten wird dies bei der Vorstellung des *Organs*, die dem naturwissenschaftlichen Positivismus Tribut zollt und durch Übertragung eines Begriffs aus der Anatomie auf juristische Zusammenhänge wissenschaftliche Präzision erreichen möchte, im übrigen aber die ganz in romantischem Zeitgeist wurzelnde Vorstellung überpersönlicher Realität juristischer Personen zu untermauern sucht. Trotz aller logischen Widersprüchlichkeiten, die kritisch besehen der Organvorstellung innewohnen, bestimmt dieses Bild völlig die positivrechtliche Ausgestaltung der Vertretungsverhältnisse der juristischen Personen: Der zur Vertretung Berufene ist nach dieser Konzeption nicht stellvertretender Dritter, sondern Bestandteil der repräsentierten Körperschaft selbst, ganz so, wie Kopf und Hand Bestandteil des Körpers sind, dem sie zugehören. Das handelnde Organ äußert im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht (stellvertretend) einen fremden Willen, sondern der von ihm nach außen getragene Wille ist der Wille der Körperschaft selbst. Das führt in der "klassischen" Lehre der Organschaft dazu, bei Organhandlungen die Vorstellung der "Vertretung" zu vermeiden, da Vertretung Handeln für einen Dritten ist, das Organ der juristischen Person aber, wenigstens von der letzteren aus gesehen, als diese selbst erscheint<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Vgl. die Darstellung der germanistischen Lehrmeinungen dazu bei WINDSCHEID, Pandekten, I, § 59, Anm. 1 a. – Vgl. im übrigen die Zusammenstellung der Literatur der Lehre von der realen Verbandsperson unten Anm. 12.

2. Ganz unabhängig von der Entwicklung organschaftlicher Vertretung, aber doch durch die selben Bedürfnisse von Handel und Verkehr bestimmt, hat sich die *handelsrechtliche Prokura* herausgebildet, deren Wesen und Funktion am leichtesten sich in der Gegenüberstellung zur Stellvertretung des bürgerlichen Rechts entwickeln läßt, mit der die Prokura bei oberflächlicher Betrachtung als gleichstrukturiert erscheint.

Direkte *Stellvertretung* war dem römischen Recht nicht bekannt, wenn sich auch etwa Ansätze vertretungsweisen Rechtserwerbs bei Gewaltunterworfenen (Hauskinder und Sklaven) findet, die mangels eigener Vermögensfähigkeit zwangsläufig für den Hausherrn erwerben. Der "procurator" als Vermögensverwalter vornehmer Familien kann zwar für seinen Auftraggeber Rechte erwerben, nicht indessen vertragliche Rechte und Pflichten begründen. Eine Überwindung des im rezipierten römischen Recht weiterwirkenden Grundsatzes "alteri stipulari nemo potest" (ULPIAN in Dig. 45.1.38.17) wird auf breiter Basis erst in der Naturrechtslehre, vorab von HUGO GROTIUS, versucht, wo die Ursprünge des modernen Stellvertretungsrechts zu sehen sind<sup>5</sup>. Die naturrechtlichen Auffassungen von der Möglichkeit des Handelns in fremdem Namen, dies aufgrund eines Auftrages von dem sich die Vorstellung der Vollmacht noch nicht losgelöst hatte, finden ihren Niederschlag in allen naturrechtlichen Kodifikationen (ALR I, 13, § 85 ff.; ABGB § 1017; franz. CC Art. 1984 ss). Die Rückwendung der Pandektistik zu den römischen Quellen führt zu einem Rückschritt insofern, als die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung von verschiedenen Autoren in Frage gezogen wird. Die Versuche, die im Ausgangspunkt als unmöglich gedachte Stellvertretung zu rechtfertigen, gehen bald dahin, den Stellvertreter gewissermaßen zum Boten des in eigenem Namen handelnden Geschäftsherrn zu machen, bald die beim Vertreter eintretenden Rechtswirkungen durch Zession auf den Vertretenen übergehen zu lassen. Demgegenüber

---

<sup>5</sup> Zur Geschichte der nichtkaufmännischen ("bürgerlichen") Stellvertretung vgl. die aufschlußreiche Arbeit von U. MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung usw. Stuttgart usw. 1969 (Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 3). Der Umstand, daß MÜLLER in seine Untersuchungen die Prokura überhaupt nicht einbezieht (und nicht einbeziehen muß), illustriert drastisch, in welcher gegenseitigen Isolierung in dieser Frage das von der Praxis getragene Handelsrecht und das an den Universitäten gelehrt offizielle Wissenschaftsrecht standen, konnte doch letzteres die (bürgerliche) Stellvertretung in einem Zeitpunkt als unzulässig erklären, wo im kaufmännischen Verkehr prokuraähnliche Vertretungsverhältnisse fest eingebürgert waren. - Vgl. im übrigen zur modernen Dogmatik und Praxis der bürgerlichen Stellvertretung die grundlegende Darstellung von W. MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955.

setzt sich schließlich im OR und im BGB die Auffassung durch, daß die Wirkungen der Vertretungshandlung von Gesetzes wegen beim Vertretenen eintreten. Damit wird im Ergebnis die vom römischen Recht bestimmte Ablehnung der Stellvertretung verlassen und die im Naturrechtsdenken vorgezeichnete Auffassung zum Gesetz erhoben, wobei das OR und das BGB im Gegensatz zu den naturrechtlichen Kodifikationen die die Stellvertretungswirkungen auslösende Vollmacht unterscheiden vom Auftrag (oder einem sonstigen vertraglichen Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter), der Anlaß zur Vollmachtserteilung wird. Die Verwurzelung in "voluntaristischem" Denken der Aufklärungsphilosophie ist sowohl im OR wie im BGB noch deutlich sichtbar, da dem Grundsatz nach die Vertretungswirkungen nur so weit reichen, wie der bevollmächtigende Wille des Vertretenen, während der von diesem geschaffene Rechtsschein bloß gewissermaßen im Sinne einer Ausnahme berücksichtigt wird, nämlich für den Fall "ausdrücklicher oder tatsächlicher" Kundgabe der Vollmacht an den Dritten (Art. 41 aOR, Art. 34 III OR; im Ergebnis ähnlich BGB §§ 170, 171), d. h. in den Fällen der sog. "externen" Vollmacht, die dem Dritten vom Vollmachtgeber selber mitgeteilt wird. Als Sonderfall der Kundgabe wird im BGB § 172 die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde genannt. Soweit die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde, wie meistens, nicht bloß den Zweck verfolgt, dem Vertreter im internen Verhältnis den Beweis der Vollmachtserteilung zu sichern, sondern auch zur Vorlegung beim Dritten bestimmt ist, kann sie als Tatbestand "externer" Vollmachtserteilung aufgefaßt werden, was die Wirkung nach sich ziehen würde, daß auch nach schweizerischem Recht der nach Widerruf der Vollmacht auf die Urkunde vertrauende Dritte geschützt wäre. Diese Deutung scheint Art. 36 II OR (Art. 43 II aOR) zu verbieten, wo der eine Urkunde ausstellende Vollmachtgeber im Falle des Unterlassens der Rückforderung der Urkunde dem Dritten schadenersatzpflichtig wird, was aber überhaupt das Entstehen eines Schadens, d. h. Nichtzustandekommen des gestützt auf die Vollmachtsurkunde geschlossenen Vertrags, voraussetzt. Es geht hier nicht darum, zu entscheiden, ob der gestützt auf eine Vollmachtsurkunde bei widerrufener Vollmacht geschlossene Vertrag gültig sei oder nicht<sup>6</sup>; uns interessiert hier lediglich der durch Art. 36 II OR illustrierte, im Grunde aber für das BGB wie das OR

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu VON TUHR, Obligationenrecht, Bd. I, § 42 VIII, bes. Ziff. 3, der sich gegen die Gültigkeit ausspricht, ohne allerdings in seine Überlegungen den Umstand einzubeziehen, daß die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde eine Kundgabe im Sinne von Art. 34 III OR darstellen kann.

gleichermaßen geltende Grundsatz, daß die Vertretungswirkungen im bürgerlichen Stellvertretungsrecht im Regelfall bloß kraft des auf Vertretung gerichteten Willens des Vollmachtgebers, nicht aber des von ihm geschaffenen Rechtsscheins eintreten, was durch Art. 36 II OR illustriert wird.

Die im einzelnen meines Wissens noch nicht geklärten Ursprünge der *Prokura* sind jedenfalls nicht im Wissenschaftsrecht der Universitäten zu suchen, sondern diese stellt ein von der Doktrin weitgehend unbeeinflusstes Beispiel *autonomen Handelsrechts* dar, das sich ganz aus den Bedürfnissen des Handels und Verkehrs herausgebildet hat. In Italien wohl bereits im Hochmittelalter, nördlich der Alpen seit beginnender Neuzeit, finden sich prokura-ähnliche Vertretungsverhältnisse; während im "bürgerlichen" Wissenschaftsrecht direkte Stellvertretung noch, römischer Überlieferung folgend, abgelehnt wird, findet sich die inhaltlich viel eingreifender und umfassender gestaltete Prokura anscheinend ziemlich unangefochten im Handelsrecht. Der Stand der Entwicklung läßt sich wohl mit verhältnismäßiger Zuverlässigkeit an den Handelsregistern ablesen, die in der Regel immer auch Vollmachtenregister sind und denen die Herausbildung kaufmännischer Vertretungsformen vorangegangen sein muß<sup>7</sup>. In Italien ist der Geschäftsführer (*institor*) bekannt, dessen Handlungen den Geschäftsherrn im Umfang der in der durch öffentlichen Anschlag bekanntgegebenen Vollmacht verpflichtet<sup>8</sup>. Der Charakter der Prokura als einer Generalhandlungsvollmacht wird vielleicht noch deutlicher nördlich der Alpen sichtbar, so etwa für Frankreich in der "Ordonnance dite de Blois" (1579), Art. 358<sup>9</sup>, und in der Ausgestaltung der Handelsregister in zahlreichen deutschen Städten<sup>10</sup>. Schließlich ist unbestritten, daß das ADHGB, dem das OR folgt, die Umschreibung der dem Prokuristen verliehenen Vertretungsmacht formalisiert, d. h. von Gesetzes wegen und vom Geschäftsherrn nicht beschränkbar fixiert und denkbar umfassend definiert, wobei die Ausgestaltung ganz von den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit her bestimmt ist und die Vertretungswirkung nicht durch den Einwand fehlender interner Vollmacht in Frage gestellt werden kann<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Zur Geschichte des Handelsregisters, das den jeweiligen Stand des Rechts der kaufmännischen Vertretung spiegelt, vgl. M. RINTELEN, Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters, Stuttgart 1914.

<sup>8</sup> RINTELEN, S. 9 ff.

<sup>9</sup> Zitiert nach RINTELEN, S. 25, 41.

<sup>10</sup> RINTELEN, *passim*, bes. S. 66 ff., 81, 141 ff., 233 ff., 239-253, 319 ff., 343, 353 ff.

<sup>11</sup> Statt vieler K. WIELAND, Handelsrecht, Bd. I, S. 356.

Entsprechend der Entstehungsgeschichte der Prokura, die nicht von naturrechtlich-philosophischem Denken der Aufklärung, sondern allein von den Bedürfnissen der Praxis her bestimmt ist, unterscheidet sich die Prokura von der bürgerlichen Stellvertretung grundlegend dadurch, daß hier nicht der auf Vertretung gerichtete, bevollmächtigte Wille des Geschäftsherrn, sondern allein der von diesem geschaffene *Rechtsschein* die Vertretungswirkungen auslöst. Der Prokurist soll, wie die stehende Formel lautet, im Verkehr mit Dritten als "alter ego" des Geschäftsherrn gelten können, also annäherungsweise alle dem Geschäftsherrn beim Betrieb seines Unternehmens selber zustehenden Befugnisse ausüben können. Dabei ist es zum vornherein klar, daß der interne Wille des Geschäftsherrn, im konkreten Fall vertreten zu werden, weniger weit reicht als die von ihm eingeräumte Vertretungsmacht, von den praktisch unbeschränkten Möglichkeiten der Vertretung soll der Prokurist gemäß interner Instruktion regelmäßig weniger tun, als er tun könnte.

Die obigen Hinweise sollten deutlich machen, daß Organschaft einerseits, Prokura als Sonderform direkter Stellvertretung andererseits, in einer tausendjährigen Geschichte des Privat- und Handelsrechts eine eigentümliche Ausprägung erfahren haben, die den Charakter dieser Institute in allen wichtigen Zügen bestimmt. Insbesondere wird in dieser Entwicklung auch bereits die uns im folgenden beschäftigende Frage bereits in den Grundzügen entschieden, in welchem Umfang die Handlungen des Vertreters dem vertretenen Rechtssubjekt zuzurechnen sind. In dieser geschichtlichen Entwicklung sind, soweit unser Blick reicht, die rechtlichen Strukturen der Organschaft bei juristischen Personen einerseits, der Prokura andererseits, selbständig in der Rechtspraxis erwachsen, ohne positivrechtliche Regelung, zumeist auch ohne Unterstützung seitens der Wissenschaft und der Universitäten. Es liegt im besten Sinne das vor, was man als *autonomes Handelsrecht* bezeichnet.

### III.

Aus dem Gesagten folgt einmal, daß zur Ermittlung des Gehalts der behandelten Erscheinungen auf die Entwicklungsgeschichte zurückgegriffen werden muß, daß diese aus dem historischen Kontext heraus zu deuten sind. Gleichzeitig wird auch die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Rechtserkenntnis sichtbar: Identische geschichtliche Kräfte führen zu vermutungsweise identischen Lösungen zumal im Handelsrecht, dessen Wesen lokale Beschränkung und nationalstaatliche Isolierung fremd ist. Zum Verständnis



der behandelten Erscheinungen müssen die ausländischen Rechtszustände – in der vorliegenden Frage vorab natürlich die Rechtslage in Deutschland – herangezogen werden, mit denen vermutlich die schweizerische identisch ist: Ein Grund für einen "Sonderfall Schweiz" ist bei den behandelten handelsrechtlichen Erscheinungen nicht zu ersehen. – Von dem rechtshistorisch-rechtsvergleichend ermittelten Bild darf Wissenschaft und Praxis nicht ohne Not abweichen. Not hieße hier: eine ausdrückliche, keine andere Auslegung zulassende Vorschrift des (allmächtigen) Gesetzgebers. Wir werden sehen, daß das Bundesgericht in 95 II 442 abweicht, ohne daß ernsthafte Gründe, geschweige denn Not, diesen Schritt rechtfertigen würden.

Die *Vertretungsmacht des Prokuristen* ist im Ausgangspunkt denkbar umfassend, d. h. die in Vertretung des Geschäftsherrn vorgenommenen Handelsgeschäfte des Prokuristen werden sämtliche dem ersteren als seine eigenen zugerechnet, wobei von diesem Grundsatz umfassender und vorbehaltloser Vertretungswirkung in allen denkbaren Fällen nur ein abgeschlossener Kreis ausdrücklich genannter Geschäfte ausgenommen sind. Nach Art. 459 III OR sind dies "Veräußerung und Belastung von Grundstücken"; alle übrigen Handlungen, die der Betrieb (nicht Veräußerung oder Stilllegung) des Gewerbes mit sich bringt, einschließlich der in Art. 459 I OR ausdrücklich genannten Wechselzeichnung, kann der Prokurist mit Wirkung für den Geschäftsherrn vornehmen. Die schweizerische Regelung ist hinsichtlich der Umschreibung der Vertretungsmacht des Prokuristen identisch mit der Lösung des deutschen HGB (§§ 48 ff.); insbesondere stimmt Art. 459 III OR wörtlich mit § 49 II HGB überein. Fest steht in Deutschland wie in der Schweiz, daß dann, wenn die Handlung des Prokuristen in den skizzierten, objektiv umrissenen Geschäftsbereich fällt, der Geschäftsherr gegenüber gutgläubigen Dritten verpflichtet wird und sich nicht darauf berufen kann, der Prokurist habe gegen Instruktionen des Geschäftsherrn (d. h. ohne Vollmacht) gehandelt, noch, die Handlung des Prokuristen sei durch den Geschäftszweck nicht motiviert gewesen, da dieser treuwidrig eigene oder Drittinteressen verfolgt habe.

Die *Vertretungsbefugnis des Organs juristischer Personen* ist wie diejenige des Prokuristen im Ansatzpunkt eine sachlich unbeschränkte. Zu den auch hier wirkenden praktischen Bedürfnissen der Rechtssicherheit, die bei der Prokura zu deren Typisierung als einer umfassenden, sachlich bloß in definiten Ausnahmefällen beschränkten handelsrechtlichen Vertretungsmacht geführt haben, tritt hier im 19. Jahrhundert noch das *ideologische*

*Leitbild der Realität juristischer Personen* hinzu, die als "*organische Verbände*" verstanden werden und deren reales Dasein in den Organen sichtbar wird, den Organen, die nicht als stellvertretende Dritte, sondern als Teil der juristischen Person selber betrachtet werden, gleichermaßen als Teil der juristischen Person, wie körperliche Organe, Herz, Ohr, Mund und Hand, Teile des Gesamtorganismus sind<sup>12</sup>. Die Vorstellung, daß das Organ Teil der juristischen Person, nach außen diese selber sei, führt zwangsläufig zur Vorstellung, daß der vom Organ geäußerte Wille, von der juristischen Person gesehen, nicht Wille eines Dritten, sondern *eigener Wille* der juristischen Person sei, aber auch, daß das Organ mit Wirkung für die juristische Person schlechterdings alles tun könne, so wie den Handlungen des Einzelnen für sich selber keine Schranken gesetzt sind: Gutes und Schlechtes, Erlaubtes und auch Nichterlaubtes. Es sind diese Vorstellungsweisen, die zur positivrechtlichen Verankerung der *Deliktsfähigkeit der juristischen Personen* geführt haben, der Deliktsfähigkeit, die nichts anderes ist als die Vertretungsmacht der Organe nicht bloß in rechtmäßigen, sondern auch unerlaubten, rechtswidrigen Verhaltensweisen.

Wenn von der handelsrechtlichen Funktion her bei Prokuristen wie bei vertretungsbefugten Organen (mit dem Hauptbeispiel des zeichnungsberechtigten Verwaltungsrates der AG) die Vertretungsmacht inhaltlich in beiden Fällen soweit wie nur möglich gefaßt ist, bleiben doch noch gewissermaßen aus der Natur der Sache heraus *Unterschiede im Umfang der Vertretungsmacht* in dem Sinne, daß die *Vertretungsmacht des Organs weiter geht* als diejenige des Prokuristen. Soeben sind wir der *Deliktsfähigkeit* der Organe begegnet, die dem Prokuristen abgeht<sup>13</sup>. Als weiteres Beispiel können genannt

---

<sup>12</sup> Als Begründer der germanistischen Körperschaftslehre wird GEORG BESELER bezeichnet; vgl. dessen System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1. Aufl., 1847 (nachher weitere), §§ 66 ff. Bei weitem erfolgreichster Streiter für diese Konzeption ist OTTO VON GIERKE, dessen Einsatz die Wirkung in die Breite zuzuschreiben ist und der dadurch wie kein zweiter die Ausgestaltung des modernen kontinentalen Gesellschaftsrechts beeinflußt hat. Vgl. VON GIERKE neben dessen monumentalem vierbändigem Genossenschaftsrecht (1868 bis 1913) und dem dreibändigen "Deutschen Privatrecht" (1895-1917) auch die "Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung" (Berlin 1887), bes. S. 1-14, 614, 672, 685, 700, 743 usw. – Im Kreis der Romanisten haben sich immerhin vereinzelte Anhänger der germanistisch begründeten Körperschafts- und Organlehren gefunden: So FERDINAND REGELSBERGER, Pandekten, Leipzig 1893, §§ 75 und 76, bes. S. 293, 297, 298 ff.

<sup>13</sup> Wenn die juristischen Personen als deliktsfähig erklärt werden, so sind sie es genau besehen nur durch ihre Organe im Sinne der Organschaftslehren, was auch in Art. 55 ZGB zum Ausdruck gelangt. Da im orthodoxen Sinne Prokuristen nicht Organe sind, verpflichtet deren deliktisches Verhalten auch die juristischen Personen nicht als eigenes Verhalten, sondern allenfalls wird deren Haftung für Hilfspersonen (Art. 55 OR) ausgelöst. Diese ist für den Geschädigten weniger günstig,

werden *jene Geschäfte, die der Prokurist nicht aufgrund seiner Prokura als einer Generalvollmacht, sondern nur mit Spezialvollmacht vornehmen kann*: Veräußerung und Belastung von Grundstücken (Art. 459 III OR und § 49 II HGB) sowie jene Verfügungen, die über den laufenden Geschäftsbetrieb hinausgehen, wie die Veräußerung oder Liquidation des Unternehmens. Derartige Handlungen bleiben dem Geschäftsherrn vorbehalten, sind aber notwendigerweise auch dem vertretenden Organ einer juristischen Person möglich, denn das Organ muß die gleiche Stellung wie der Geschäftsherr selber haben, sonst blieben dem Geschäftsherrn zukommende Funktionen bei der juristischen Person unausgefüllt, was nicht schweizerischer oder deutscher Rechtstradition entspricht. Die Stellung des Organs als Träger von Geschäftsherrnfunktionen wird schließlich auch deutlich darin, daß die *Bestellung von Prokuristen* zum notwendigen Kreis der Vertretungsmacht des Organs gehört, welche Befugnis dem Prokuristen selber abgeht<sup>14,15</sup>.

---

da dem Geschäftsherrn der entlastende Nachweis offensteht, daß er alle zur Vermeidung des Schadens gebotenen Vorkehren getroffen habe. Dem ist es zuzuschreiben, daß die Gerichtspraxis und ihr folgend die Doktrin nach anfänglichem Schwanken den Organbegriff gemäß Art. 55 II ZGB losgelöst von der überlieferten Organtheorie versteht und ausdehnend deutet etwa in dem Sinne, daß alle jene Personen Organqualität aufweisen, die faktisch die Geschicke des Unternehmens leiten, was im Sinne der Praxis (neben den Direktoren; dazu Anm. 15) für viele Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, ja sogar nicht vertretungsberechtigte höhere Angestellte zutreffen dürfte (vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht, Bd. II/1, S. 103 ff.; A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1970, S. 88 ff., 119), ohne daß diese deshalb im Sinne des Gesellschaftsrechts als Organe verstanden werden sollten.

<sup>14</sup> Die genannten Differenzierungen der Stellung des Prokuristen und des geschäftsführenden Organs haben im *Gesetzestext* keinen Niederschlag gefunden; vielmehr wurde die Umschreibung der Vertretungsmacht mit einer einheitlichen Formel versucht. Danach ist der zur Vertretung Befugte "ermächtigt, ... alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann". So die Umschreibung bei der AG (Art. 718 I OR), auf welche Vorschrift im Recht der GmbH verwiesen wird (Art. 814 I OR), während im Genossenschaftsrecht die aktienrechtliche Formulierung sich ausdrücklich wiederholt findet (Art. 899 I OR). – Völlig gleichlautend ist die Umschreibung der Stellung des vertretungsbefugten Kollektivgesellschafters (Art. 564 I OR), während der Prokurist ermächtigt ist, "*alle Arten* von Rechtshandlungen vorzunehmen, die usw." (Art. 549 I OR). Dazu unten Anm. 23 und 25.

<sup>15</sup> Wenn im vorliegenden Aufsatz von "Organ" einer juristischen Person gesprochen wird, ist damit bei der AG vorab der zeichnungsberechtigte Verwaltungsrat gemeint. Vertretungsrechtlich diesem gleichgestellt ist aber auch der "Direktor" im Sinne von OR 717/II, an den Befugnisse des Verwaltungsrats delegiert werden können und dessen Vertretungsbefugnisse demjenigen des zeichnungsbefugten Verwaltungsrats entsprechen müssen. Auch wenn der Direktor nicht Mitglied des "Organs Verwaltungsrat" ist, gilt das für Organe Gesagte auch für ihn.

#### IV.

Im "Prospera-Fall" (95 II 442 ff.) hat sich das Bundesgericht, wie dem Schreibenden scheint, in Widerspruch zu festverankerten Prinzipien der gesellschaftsrechtlichen und allgemein handelsrechtlichen Vertretung gestellt. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine GmbH ("Prospera GmbH"), vertreten durch ihren einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführer, geht eine *Bürgschaft* zugunsten einer Bank ein; mit der Bürgschaft soll ein Darlehen, das die Bank dem Geschäftsführer gewährt, sichergestellt werden. Die Forderung der Bank wird notleidend. Die GmbH (bzw. in deren Konkurs die Konkursverwaltung) nimmt im Prozeß gegenüber der aus der Bürgschaft klagenden Bank den Standpunkt ein, die Bürgschaft sei ungültig, da der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht überschritten habe.

Der von der Bank aufgrund der Bürgschaft der GmbH deren Geschäftsführer gewährte Kredit wurde von diesem zu persönlichen Zwecken (Wertpapierspekulationen) verwendet. Ein beträchtlicher Teil der Urteilsbegründung (so fast ausschließlich Erw. 4 und 5, S. 451-454) ist der umstrittenen, aber meines Erachtens überhaupt nicht prozeßentscheidenden Frage gewidmet, ob diese Wertpapiergeschäfte (und damit die sie ermöglichende Bürgschaft) nicht doch in einem Zusammenhang mit den Interessen der GmbH gestanden hätten (die klagende Bank hatte behauptet, es sei vom Geschäftsführer der Kauf fraglicher Wertpapiere auf Rechnung der Gesellschaft beabsichtigt gewesen). Diese Frage wird – vorab gestützt auf Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz – verneint. In unserem Zusammenhang ist allein maßgebend, daß bei all dem stillschweigend vorausgesetzt wird, daß an sich die Eingebung von Bürgschaften durch den statutarischen Zweck der GmbH ("Übernahme von Vermögensverwaltungen sowie der Erwerb, die Verwaltung und der Verkauf von Beteiligungen an Handels- und Industrieunternehmen", S. 444) gedeckt sei, da bei einer gegenteiligen Annahme sich alle oben wiedergegebenen Überlegungen erübrigt hätten.

Das Bundesgericht bestätigt das die Klage der Bank abweisende Urteil des Glarner Obergerichts. Dieser Entscheid wird allein durch die Annahme möglich, der ungetreue Geschäftsführer habe mit der zulasten der Gesellschaft begründeten, in seinem persönlichen Interesse liegenden Bürgschaft seine Vertretungsmacht als Organ der GmbH überschritten, so daß diese durch den Bürgschaftsvertrag nicht gebunden sei. Der handelsrechtliche Entscheidungsgehalt, der hier diskutiert werden soll, liegt in der vom Bundesgericht

statuierten Maxime, daß die Vertretungsmacht nur dann spiele und die Handlung des Organs die juristische Person verpflichte, wenn das vertretungsweise abgeschlossene Geschäft nicht bloß seinem Typus nach in den potentiellen Geschäftsbereich der juristischen Person falle, sondern in seiner *konkreten, im Einzelfall gegebenen Verumständung* potentiell den Zwecken der juristischen Person dienen könne (S. 450, Erw. 3). Natürlich kann das Bundesgericht dieses Prinzip nicht so verstanden wissen wollen, daß nur gerade Geschäfte, die tatsächlich nützlich waren, durch die Vertretungsmacht gedeckt sind. Präzisierend heißt es, die Vertretung spiele bei allen "Rechtshandlungen, die, objektiv betrachtet, im Interesse des von ihm verfolgten Zweckes liegen können, d. h. durch diesen nicht geradezu ausgeschlossen sind" (Erw. 3, Abs. 1). Dieses "objektiv betrachtet", das auf eine Beurteilung der Rechtshandlung nach ihrem Typus schließen lassen möchte, wird indessen im folgenden in sein Gegenteil verkehrt, wo es heißt, daß das "*konkrete* Rechtsgeschäft" (Auszeichnung im Original) in Frage stehe: "Es genügt also z. B. nicht, daß der Gesellschaftszweck an sich die Eingehung von Bürgschaften erfordern kann, sondern er muß die unter ganz bestimmten Umständen ergangene konkrete Bürgschaft haben mit sich bringen können", wobei im folgenden dann, zum Überfluß, die Beweislast für den fraglichen Zusammenhang der Rechtshandlung mit dem Gesellschaftszweck demjenigen zugeschoben wird, der mit der Gesellschaft kontrahiert hat.

Mit dieser Entscheidung, wenn sie wirklich auf die Dauer Recht machen sollte, würde das Prinzip statuiert, daß *Vertretungshandlungen eines treulosen Organs einer juristischen Person diese nicht verpflichten*. Es wäre damit das ganze Risiko von Treuwidrigkeiten von Organen von den juristischen Personen weggenommen und auf die mit diesen in Geschäftsverkehr tretenden Dritten übergewälzt; denn ein Geschäft, das ein auf Veruntreuung ausgehendes Organ in eigenem Interesse oder zugunsten Dritter vornimmt, kann unmöglich, wie das Bundesgericht es fordert, in seiner konkreten Ausgestaltung durch die Zwecke der juristischen Person, in deren Namen das Organ gehandelt hat, veranlaßt sein, was im Falle der Prospera GmbH denn auch dazu führt, daß die Folgen der Treuwidrigkeit ihres Geschäftsführers den Vertragspartner treffen.

## V.

Die vom Bundesgericht entwickelte Auffassung widerspricht handelsrechtlichen Prinzipien des In- und Auslandes, der Literatur, soweit sich diese

überhaupt mit dieser bis heute so gut wie unbestritten geltenden Frage beschäftigt, und wie wir sehen werden, auch in gewissem Sinne der bisherigen Bundesgerichtspraxis.

Das Bundesgericht begründet seine neue und vom Gewohnten völlig abweichende Auffassung, wie in Erw. 3 entwickelt, überhaupt nicht. Allerdings finden sich in Erw. 2 (S. 448 ff.) allgemeine Ausführungen über das Wesen der organschaftlichen Vertretungsmacht, die indessen das im Erw. 3 angewandte Prinzip in keiner Weise zu rechtfertigen vermögen. Das Bundesgericht beschränkt sich dort im wesentlichen auf eine Auseinandersetzung mit SCHUCANY, der sich in seinem Kommentar zum Aktienrecht, OR 718, N. 1 und 3, etwas unvorsichtig dahin ausspricht, daß die Vertretungsmacht der Organe sachlich unbeschränkt sei. Es wird (hier zweifellos zutreffend) ausgeführt, daß trotz der Verwendung des Wortes "Vertretungsbefugnis" in Art. 718 II OR nicht die internen Beziehungen des Vertretendürfens, sondern die extern zu verstehende Vertretungsmacht, das Vertretenkönnen, geregelt sei. Es wird zutreffend erwähnt, daß bei der Revision des Aktienrechts die Bestimmung von Art. 718 OR gegenüber der entsprechenden früheren Norm von Art. 654 OR neu gefaßt worden ist, wobei die gewählte Formulierung dem Wortlaut der analogen Umschreibungen der Vertretungsmacht des Prokuristen, des zeichnungsberechtigten Kollektivgesellschafters und der vertretungsbefugten Organe der Genossenschaft angeglichen wurde. Es wird sodann die nicht belegte Behauptung aufgestellt, die Neufassung der Bestimmung von Art. 718 OR habe gegenüber dem früheren Rechtszustand (Bundesgerichtspraxis zu Art. 654 aOR; BGE 44 II 136, 52 II 360) "unmißverständlich" eine Beschränkung gebracht.

Die S. 450 (Erw. 2) angeführten zahlreichen Literaturzitate vermögen vielleicht die vom Bundesgericht im Erw. 2 vertretene Ablehnung der These SCHUCANYS von der Unbeschränktheit der Vertretungsmacht teilweise zu stützen. Das ist indessen für den Ausgang des Prozesses belanglos, da anscheinend tatbeständlich unbestritten bleibt, daß auch von einer inhaltlich eingeschränkt verstandenen Vertretungsmacht Bürgschaften dem Geschäftstypus nach im Fall der Prospera GmbH noch erfaßt würden. Im vorliegenden Tatbestand sind demnach alle Ausführungen unter Erw. 2 zur Grundsatzfrage beschränkter oder unbeschränkter Vertretungsmacht belanglos. Prozeßentscheidend sind allein die in Erw. 3 vertretenen Lehren, wonach es nicht auf den Geschäftstypus, sondern die konkreten Verumständungen der fraglichen Rechtshandlung ankomme, und dieser Theorie bringt keiner der vom Bundesgericht in Erw. 2 angeführten Autoren auch nur die geringste Unterstützung.

Der *Empfänger der vorliegenden Festschrift* wird vom Bundesgericht ebenfalls für die Stützung seiner These als Gewährsmann in Anspruch genommen. BÜRGI geht in der Tat nicht so weit wie SCHUCANY, der kurzerhand von einer Unbeschränktheit der Vertretungsmacht spricht, was nach ihm "wohl doch etwas zu weit geht" (OR 718 N. 6 i. f.), ohne daß er sich damit von der Tendenz SCHUCANY'S im Grundsätzlichen distanzieren würde, der er jedenfalls näher steht, als der Auffassung des Bundesgerichts. In N. 3 zu OR 718 hält BÜRGI ausdrücklich fest, daß Art. 718 OR "dem Schutz gutgläubiger Dritter" diene, ein Schutz, den es nach dem Prospera-Entscheid nicht mehr gibt. Nach ihm ist der "Zweck der Gesellschaft" im Sinne von Art. 718 OR "weit zu interpretieren"; "es genügt ... wenn sich die vorgenommene Rechtshandlung objektiv nur irgendwie aus dem Gesellschaftszweck rechtfertigen lässt ..." (a. a. O.). BÜRGI beruft sich auf die Bundesgerichtsjudikatur zu Art. 654 aOR; er weiß nichts von der vom Bundesgericht behaupteten Einschränkung der Vertretungsmacht im Zuge der Revision des Gesellschaftsrechts.

## VI.

Die Unhaltbarkeit der vom Bundesgericht im entscheidenden Punkt (Erw. 3, S. 450) vertretenen Auffassung scheint mir aus verschiedensten Gründen unabweislich zu sein.

1. Vorerst rein *praktische Überlegungen* aus der Sicht der *Verkehrssicherheit* und allgemeiner Bedürfnisse des Geschäftslebens. Wollte man mit dem vom Bundesgericht vertretenen Prinzip, wonach nicht bloß das fragliche Rechtsgeschäft objektiv, seinem Typus nach, sondern in seiner konkreten Verumständung vom Gesellschaftszweck gedeckt sein müsse, ernst machen, so würde das ganz unüberblickbare, vom Bundesgericht offenkundig nicht gesehene Konsequenzen nach sich ziehen. Das vertretungsberechtigte Organ (wohl ebenso der Prokurist, der zeichnungsberechtigte Kollektivgesellschaftler), der in betrügerischer Absicht zulasten des von ihm vertretenen Unternehmens von einem Dritten, insbesondere einer Bank, sich riesige Beträge auszahlen läßt, um diese nicht dem Vertretenen zukommen zu lassen, sondern für eigene Zwecke zu verwenden, würde dann nicht den Vertretenen, sondern bloß sich selber verpflichten. Es müßte dem Unternehmen leichtfallen, zu beweisen, daß die Behebung von Millionenbeträgen (sei es als Darlehen, in Belastung eines Bankkontos, durch Begebung von Wechseln usw.) durch den ungetreuen Funktionär, der im Moment des Vertragsabschlusses

bereits das Flugbillet nach fernen Kontinenten in der Tasche trug, unmöglich den Zwecken der juristischen Person, des Geschäftsherrn usw. dienen konnte, so daß die fragliche Rechtshandlung den Vertretenen nicht verpflichten würde.

Bei der *Bürgschaft*, die, wenigstens dem äußeren Anschein nach, im Interesse des Hauptschuldners oder des Gläubigers, nicht aber im Interesse des Bürgen begründet wird, müßte sich der Bürgschaftsgläubiger in jedem Fall über die Motive der Begründung der Bürgschaft referieren lassen und die erhaltenen Angaben auf ihre Richtigkeit überprüfen, ja mehr als das: Da nach dem Bundesgericht die Beweislast beim Vertragspartner liegt (S. 450 unten), müßte er sich auch hinreichende *Beweise* für das Eigeninteresse des Bürgen sichern. All das würde Weitläufigkeiten und allenfalls auch Offenlegung von Interna des Bürgen bzw. des Hauptschuldners bedingen, die für Wirtschaft und Handel völlig unakzeptabel sind. Es würde derjenige, der sich mit einem Vertreter auf rechtsgeschäftlichen Verkehr einläßt, mit Obliegenheiten belastet, die sich nicht mehr unter das Stichwort "Vigilanz" subsumieren lassen.

Wäre eine derartige Überprüfung bei der Entgegennahme von Bürgschaftserklärungen wenn auch unzumutbar, so doch technisch noch zu bewerkstelligen, könnte der gleichen Anforderung bei anderen Geschäften, insbesondere bei *Barauszahlungen*, beim besten Willen nicht mehr nachgekommen werden, ohne daß weite Bereiche des üblichen Zahlungsverkehrs paralyisiert würden. Soweit Zahlungen im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses (z. B. eines Kontokorrentverhältnisses) erfolgen, könnte sich der Zahlende (die Bank) wohl durch entsprechende Klauseln im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen dagegen schützen, daß Zahlungen wegen mangelnder Vertretungsbefugnis des Geldempfängers dem Vertretenen nicht belastet werden können. Alle übrigen Zahlungen, bei Einlösung von Wechseln und Checks, Einräumung von Darlehen usw.<sup>16</sup>, können nach dem Bundesgericht dem Vertretenen nur dann angerechnet werden, wenn die Entgegennahme der Zahlung im Rahmen der ganz konkreten Umstände im Interesse des Vertretenen liegt und das Geld nicht dem Vertretenen treuwidrig entzogen wird<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Gleiches müßte gelten für Zahlungen im Rahmen eines mit Schutzklauseln der Bank ausgestatteten Kontokorrentverhältnisses, wenn bereits dessen Begründung in Überschreitung der Vertretungsmacht erfolgt, d. h. gegen die Interessen des Vertretenen verstößt.

<sup>17</sup> Dabei ist die rechtliche Qualifizierung der Auszahlung als Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung usw. belanglos, da in jedem Fall eine Differenzierung gegenüber dem im Prospera-Entscheid statuierten Prinzip nicht möglich wäre.



2. Die im "Prospera-Fall" vom Bundesgericht angenommene Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der GmbH (und damit des in gleicher Rechtslage befindlichen zeichnungsberechtigten Mitglieds der Verwaltung einer AG, einer Genossenschaft)<sup>18</sup> *verkennt das Wesen Organschaftlichen Handelns*. Das Organ ist nicht, wie der Stellvertreter, gegenüber dem Vertretenen ein Dritter, dessen Handlungen den ersteren nur so weit verpflichten, als ein "Vollmachtenexus" besteht<sup>19</sup>. Nach der geschilderten, in den traditionellen Vorstellungsweisen des 19. Jahrhunderts wurzelnden Auffassung muß das Organ als *Teil* der juristischen Person selbst, als deren äußere Sichtbarwerdung und Verkörperung, betrachtet werden. Diesem Ausgangspunkt entsprechend kann das Organ grundsätzlich sämtliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen mit Rechtswirkung für die juristische Person vornehmen, darüber hinaus diese sogar mit *deliktischem Verhalten* verpflichten. *Beschränkungen der Vertretungsmacht des Organs sind aus diesem Blickwinkel nicht zu ersehen; sie ergeben sich höchstens daraus, daß gewisse Handlungen ihrer Natur nach als privates Verhalten des Handelnden, nicht als organschaftliches Verhalten erscheinen*. Das ist meines Erachtens der einzige zulässige Sinn der eingebürgerten Formel, daß die Vertretungsmacht der Organe "nicht schrankenlos" sei.

Wie die germanistische Körperschaftslehre die Entwicklung des Gesellschaftsrechts mindestens im deutschen Sprachbereich im 19. Jahrhundert entscheidend beeinflußt hat, so wurde auch die Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane ganz nach der germanistischen Modellvorstellung organschaftlichen Handelns entwickelt. Unter der Herrschaft des OR des Jahres 1881 wurde denn auch die Vertretungsmacht der Verwaltung der AG durchaus als grundsätzlich schrankenlos gesehen, obwohl der keineswegs eindeutige Wortlaut von Art. 654 I aOR eine andere Auffassung nahegelegt hätte. Zur Illustrierung des Umstandes, daß im ersten halben Jahrhundert der Geltung des OR die Bestimmung von Art. 654 aOR durchaus auf der Linie

---

<sup>18</sup> Art. 814 I OR verweist für die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der GmbH auf Aktienrecht (Art. 718 I OR), während das Genossenschaftsrecht in Art. 899 I OR eine mit der aktienrechtlichen Bestimmung identische Vorschrift kennt.

<sup>19</sup> Das Mißverstehen der rechtlichen Strukturen von Organschaft, Prokura und bürgerlicher Stellvertretung durch das Bundesgericht wird schlaglichtartig erhellt in Erw. 7 (S. 455 letzter Absatz), wo es heißt: "Die Prospera GmbH befand sich sinngemäß in der gleichen Lage wie der Vertretene, der einen vom Stellvertreter ohne Vollmacht abgeschlossenen Vertrag nicht genehmigt."

der germanistischen Organschaftslehre verstanden wurde, sei auf den auch vom Bundesgericht genannten Entscheid 44 II 137, Erw. 3 (bestätigt in BGE 52 II 360) verwiesen, der alle Elemente der germanistischen Organschaftslehre namhaft macht. – Nun ist freilich der Gesetzgeber allmächtig, und das Bundesgericht stellt S. 449 Mitte die Behauptung auf, die Vertretungsmacht werde durch die Neufassung des Art. 718 I "unmißverständlich beschränkt". Eine Begründung dieser Behauptung wird nicht angeboten. Aus der Gegenüberstellung des *Gesetzeswortlautes* der funktionell entsprechenden Bestimmung von Art. 654 I aOR und Art. 718 I revOR läßt sich dieser Schluß unmöglich herleiten, da die frühere Bestimmung eher auf eine Einschränkung der Vertretungsmacht hindeutet als die jüngere<sup>20</sup>. Die *Gesetzesmaterialien* bieten für eine derartige Annahme ebenfalls keine Grundlage; was sich ihnen entnehmen läßt, ist lediglich die Absicht, die Vorschrift über die Vertretungsmacht des Verwaltungsrates der AG den analogen Bestimmungen der Prokura und der Kollektivgesellschaft redaktionell anzugleichen<sup>21, 22</sup>.

3. Die Unstimmigkeit des Auslegungsergebnisses ergibt sich auch aus dem *Verhältnis der Vertretungsmacht des Organs zu jener des Prokuristen bzw.*

---

<sup>20</sup> Der Wortlaut von Art. 654 I aOR ("Die Gesellschaft wird durch die von ihren Vertretern innerhalb ihres Auftrages abgeschlossenen Rechtsgeschäfte verpflichtet"), der vermutlich von der französischen Tradition beeinflusst ist (dazu unten Anm. 25), hätte viel mehr eine restriktive Deutung der Vertretungsmacht nach französischem Vorbild nahegelegt, so daß, auch vom Gesetzeswortlaut ausgehend, man in der Neufassung gemäß Art. 718 I OR nicht die vom Bundesgericht S. 449 Mitte behauptete "unmißverständliche Beschränkung" der Vertretungsmacht finden kann.

<sup>21</sup> Vgl. etwa *Bericht* über die Revision der Titel 24 bis 33 des OR, dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement erstattet (von E. HUBER, März 1920) S. 55; Protokoll der Expertenkommission (zur Revision der Titel 24 bis 33 OR), herausgegeben vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, 1926, die Beratungen zu Entwurf Art. 730, S. 358 ff., 379 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 21. Februar 1928 (Entwurf Art. 713 I stimmt im wesentlichen mit Art. 718 I OR überein, wobei S. 50 der Botschaft ausgeführt wird, es sei eine "Parallele mit der Vertretungsmacht der Gesellschafter bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften hergestellt" worden, unter Einführung einer Möglichkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht auf Haupt- oder Zweigniederlassungen bzw. Kollektivzeichnung, heute Art. 718 II OR).

<sup>22</sup> Bei rechtlichen Anordnungen von zentraler Wichtigkeit und gefestigter rechtlicher Überlieferung darf eine Änderung des Gesetzeswortlautes nicht zum Anlaß genommen werden, auf eine Rechtsänderung zu schließen, wenn der dahingehende Wille des Gesetzgebers nicht eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes oder wenigstens den Materialien spricht. Es erweist sich aber auch, daß der Gesetzgeber bei Revisionen mit Vorteil auf bloß redaktionelle Änderung bisheriger Vorschriften verzichtet, wenn er das Mißverständnis vermeiden will, es sei eine materielle Neuordnung beabsichtigt.

*zeichnungsberechtigten Kollektivgesellschafters*. Die Übereinstimmung des Wortlautes der Umschreibung der Vertretungsmacht begründet die Vermutung inhaltlicher Übereinstimmung der Regelungen; wir haben indessen festgestellt, daß die Vertretungsmacht des Organs, der die Stellung des Geschäftsherrn zukommt, in gewissen Bereichen notwendig umfassender sein muß als jene beispielsweise des Prokuristen (oben Ziff. III bei Anm. 13-15).

Das vom Bundesgericht entwickelte Prinzip limitierter Vertretungsbefugnis des Organs könnte unmöglich auf dieses beschränkt bleiben, sondern müßte auch für den Prokuristen gelten. Ob dies vom Bundesgericht so gemeint und vorausgesehen ist, kann nicht beurteilt werden. Jedenfalls stellt sich das Bundesgericht im "Prospera-Fall" nicht nur in Gegensatz zu den herkömmlichen Prinzipien organschaftlicher Vertretung, sondern gleichzeitig auch zu allgemein anerkannten und unbestrittenen Auffassungen von der Vertretungsmacht des Prokuristen. Hier steht ganz außer Diskussion – und wird infolge Selbstverständlichkeit kaum je ausdrücklich begründet –, daß die Handlungen des ungetreuen Prokuristen, der ein Geschäft zu eigenen oder Dritten Gunsten und gegen die Interessen des Geschäftsherrn abschließt, diesen trotzdem verpflichtet, wenn das Geschäft bloß seiner äußeren Erscheinung nach in den Geschäftsbereich fällt. Mit anderen Worten, es kommt, entgegen dem vom Bundesgericht etablierten Prinzip, nicht auf die Umstände des konkret vorliegenden einzelnen Geschäfts an (ob dieses vom Unternehmenszweck her motiviert war), sondern entscheidend ist, daß dieses *seinem Typus nach* ("objektiv", wie eine in der Literatur verbreitete Formel lautet) durch den Unternehmenszweck veranlaßt sein kann<sup>23</sup>.

Das Bundesgericht hatte sich in zwei älteren Entscheidungen mit dem Tatbestand ungetreuer Geschäftsführung durch einen Prokuristen zu befassen: 50 II 134 ff., 33 II 612 ff. In beiden Fällen wurde als selbstverständlich vorausgesetzt, daß vom Geschäftsherrn die Untreue des Prokuristen, d. h. der Umstand, daß das konkret vorliegende Geschäft dem Unternehmenszweck nicht dienlich gewesen sei, nicht eingewendet werden kann. Zwar untersuchte das Bundesgericht, ob nicht die Gegenpartei den Treuebruch

---

<sup>23</sup> Hier darf auf eine sprachliche Nuance von Art. 459 I OR (Vertretungsmacht des Prokuristen) gegenüber den analogen Vorschriften von Art. 564 I, 718 I und 899 I OR hingewiesen werden, da es dort nicht heißt "alle Rechtshandlungen", sondern "*alle Arten* von Rechtshandlungen", womit zum Ausdruck gelangt, daß es nicht auf das konkrete Geschäft, sondern den äußerlich wahrnehmbaren *Typus* ankomme, was aber natürlich auch bei den organschaftlichen Vertretungsverhältnissen gelten muß.

des Prokuristen gekannt hatte oder hätte kennen müssen; daß indessen der Treuebruch als solcher die Vertretungswirkungen ausschließen würden, stand in beiden Entscheidungen völlig außer Diskussion, war anscheinend von der Partei des Geschäftsherrn nicht einmal behauptet worden. – In neueren Entscheiden, die zur Frage des Umfangs der Vertretungsmacht ohnehin ganz vereinzelt sind (84 II 170, Erw. 1; am Rande 81 II 63), hatte das Bundesgericht sich nicht mehr mit Tatbeständen ungetreuer Geschäftsführung zu befassen gehabt. Was bisher und in den genannten älteren Entscheidungen des Bundesgerichts als Selbstverständlichkeit gegolten hatte, wird nun durch den Prospera-Fall indirekt in Frage gestellt, ohne daß das Bundesgericht sich mit den Auswirkungen seiner Auffassung im Recht der Prokura und seinen eigenen diesbezüglichen Entscheidungen auch bloß mit einem Wort auseinandergesetzt hätte.

4. Handelsrecht ist wesensmäßig in seinem Ursprung autonom gewachsenes, von den Bedürfnissen der beteiligten Kreise viel eher denn durch den Gesetzgeber geprägtes Recht. Diese formenden Kräfte sind nicht nach Staatsgebieten begrenzt, sondern übernational wirksam. Nationale Besonderheiten in Handelsrechtskodifikationen eines bestimmten Staates sind deshalb immer eine fragwürdige Sache, wenigstens wenn grundsätzliche Fragen im Spiele stehen. Die Auffassung der Vertretungsmacht von Organen und Prokuristen ist eine derartige Frage, die im internationalen handelsrechtlichen Alltag größte Bedeutung hat. Das Bundesgericht hat den Prospera-Entscheid ohne jeden Blick über die Grenzen hinaus und in stolzer Beschränkung der Überlegungen auf den Wortlaut der schweizerischen Gesetzgebung getroffen. Es übersieht dabei, daß die von ihm aufgestellte Regel, die im praktischen Effekt auf eine Überwälzung der Risiken treuwidriger organschaftlicher Handlungen vom Vertretenen (der das Organ ausgewählt und bestellt hat) auf den Geschäftspartner hinausläuft, in dieser Frage die Schweiz in völlige Isolierung bringen würde, da, so weit der Blick des Schreibenden reicht, sich nirgends vergleichbare Ordnungen der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht (oder jener des Prokuristen, Kollektivgesellschafters) finden. Im einzelnen diesen Nachweis zu führen, ist überflüssig; ja er wäre nicht einmal leicht zu erbringen, da ausdrückliche Gesetzesvorschriften, doktrinale Stellungnahmen oder Gerichtsentscheidungen, die festhalten, daß die durch Untreue von Organen oder Prokuristen entstehenden Nachteile nicht vom Dritten, sondern von der durch das Organ vertretenen juristischen Person (oder dem Geschäftsherrn des Prokuristen) zu tragen sind, kaum zu finden

sind. Dieser Grundsatz ist die selbstverständliche Folge des rechtlichen Sachverhaltes, daß Organe wie Prokuristen in einem weitgefaßten Bereich mit Vertretungsmacht ausgestattet sind, ohne daß der Eintritt der Vertretungswirkungen an die Voraussetzung geknüpft wäre, daß die Handlung des Vertreters, wenn sie bloß objektiv in den Vertretungsbereich fällt, auch in der konkreten Verumständung vom Handelnden in der subjektiven Absicht vorgenommen werde, Zwecke des Vertretenen zu verfolgen.

Anhangsweise sei festgehalten, daß selbst im *angloamerikanischen Bereich*, wo traditionellerweise Gesellschaften so weitgehend als möglich vor Überschreitungen der Geschäftsleitung geschützt werden, im Prospera-Tatbestand wohl die Gesellschaft durch die Bürgschaft verpflichtet würde und den durch den ungetreuen Geschäftsführer verursachten Schaden selber zu tragen hätte. Nach der bekannten *ultra-vires*-Doktrin verpflichten Vertretungshandlungen eine Gesellschaft nur dann, wenn das fragliche Geschäft durch die Umschreibung des Gesellschaftszweckes und der Modalitäten der Vertretung in den Statuten (memorandum bzw. articles) gedeckt ist, andernfalls das "über die Kräfte" der Gesellschaft hinausgehende Geschäft nichtig bleibt. Diese Regel, die mehr als Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft denn als Beschränkung der Vertretungsmacht des Vertretungsbefugten vorgestellt wird, hilft im Falle von Untreue des Vertretungsbefugten nicht, da im Regelfall der Dritte sich darauf verlassen kann, daß der Handelnde nicht nur die ihm statutarisch verliehene externe Vertretungsmacht besitze, sondern auch, daß die gesellschaftsinternen Regeln korporativer Willensbildung, nach denen der Handelnde den Auftrag zur konkreten Vertretungshandlung erhält, beobachtet worden sind<sup>24</sup>.

Nicht anders liegen die Verhältnisse in *Frankreich*. Auch hier wird die Vertretungsmacht nicht als annäherungsweise umfassende verstanden, da das französische Recht ursprünglich so wenig wie das englische durch die Organlehre des 19. Jahrhunderts bestimmt ist. Während in England die Vertretungsmacht von verfassungsrechtlichen Vorstellungen her konzipiert ist, orientiert sich das französische Recht, hier beeinflußt von naturrechtlich-philosophischen Denkweisen der Aufklärung, an der Konzeption *vertraglicher*

---

<sup>24</sup> So jedenfalls die Rechtslage in England, wo als leading case *Royal British Bank v. Turquand* (1855, 5 E. & B. 248 = 1843-60 All E. R. 435) gilt und dazu PALMER's *Company Law*, 21. Aufl. von SCHMITTHOFF/THOMPSON, London 1968, S. 242 ff., 245; PENNINGTON, *Company Law*, 2. Aufl. London 1967, S. 105 ff. – Weniger eindeutig ist die Praxis in den USA, obwohl deren Tendenzen in ähnlicher Richtung gehen dürfen. Vgl. dazu BALLANTINE on *Corporations*, Chicago 1946, §§ 89 ff., S. 240 ff.

Verleihung von Vertretungsbefugnissen; es wird die Vertretungsbefugnis nach *mandatsrechtlichen* Grundsätzen verstanden (Gesetz vom 24. Juli 1867 betreffend Aktiengesellschaften, Art. 22, wo die Mitglieder der Verwaltung als Mandatare bezeichnet werden, deren Vertretungsmacht wiederum im französischen CC Art. 1988 umschrieben ist)<sup>25</sup>.

In der uns beschäftigenden Frage dürfte die französische Lösung der geschilderten ultra-vires-Konzeption nahekommen. Insbesondere dürfte treuwidriges Verhalten des Geschäftsführers, wenn sich dieser bloß innerhalb des Rahmens der ihm übertragenen Geschäfte hält, die Gesellschaft verpflichten und nicht zum Nachteil des Dritten ausschlagen. Es darf mit dem Hinweis abgeschlossen werden, daß seit Jahrzehnten vor allem im Geltungs- bzw. Einflußbereich des französischen CC die Tendenz besteht, den doktrinen Einflüssen der deutschen Organlehre Rechnung zu tragen und die Ausgestaltung der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Personen dem organschaftlichen Modell anzunähern, d. h. diese so umfassend als möglich zu verstehen<sup>26</sup>.

## VII.

1. *Zusammenfassend* kann festgehalten werden, daß bei Vertretungshandlungen eines Organs – entgegen BGE 95 II 442 – die Frage nicht gestellt werden darf, ob das Organ Gesellschaftsinteressen verfolgt oder aber eigennützig-treulos gehandelt hat, wenn bloß das fragliche Geschäft seinem äußerlich wahrnehmbaren Typus nach als potentiell gesellschaftsbezogen erscheint und damit überhaupt als Organhandlung zu qualifizieren ist. Dieser Schluß folgt einmal aus der *Vorstellung des Organs*, wie sie rechtsgeschichtlich-rechtsvergleichend ermittelt werden kann und in die

---

<sup>25</sup> Diese Betrachtungsweise dürfte noch die Umschreibung der Vertretungsmacht im aOR (Art. 654 I) beeinflußt haben, wobei jedoch die Praxis es abgelehnt hat, dem französischen Recht materiell zu folgen; vgl. dazu oben Anm. 20 und 23. Der Gesetzestext spiegelt damit noch Anschauungen des französischen Gesellschaftsrechts, während die Praxis bereits auf die modernere deutsche Organlehre abstellt.

<sup>26</sup> Vgl. dazu F. DE SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de Derecho Comercial comparado*, Bd. III, Barcelona 1963, S. 407. – Zur Illustration des Umstandes, daß die germanistischen Körperschaftslehren in unserem Jahrhundert im romanischen Sprachbereich viel beachtet werden, vgl. neuere Handbücher des Gesellschaftsrechts oder etwa Monographien wie RAYMOND SALEILLES, *De la personnalité juridique – histoire et théories*, Paris 1910, und F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2. Aufl. Neapel / Turin usw. 1923.

schweizerische Gesetzgebung wie auch in die frühere Bundesgerichtspraxis (so ganz deutlich in BGE 44 II 138) Eingang gefunden hat und wonach das Organ im Rahmen seiner Organqualität gewissermaßen schrankenlose Vertretungsmacht besitzt, ohne daß seither eine Gesetzesänderung, die eine Änderung der Praxis rechtfertigen würde, erfolgt wäre. Dieses Resultat wird außer Zweifel gesetzt durch Vergleichung der *Stellung* des Organs mit jener des Prokuristen, dessen Vertretungsmacht nicht größer sein kann als jene des Organs, das den Geschäftsherrn repräsentiert und den Prokuristen bestellt hat. Im Gegensatz zur bürgerlichen Stellvertretung, bei der wenigstens dem Grundsatz nach die Vertretungswirkungen nur so weit eintreten, als der bevollmächtigende Wille des Vollmachtgebers geht, wird bei der Prokura, die Vertretungswirkung nicht durch den auf Vertretung gerichteten Willen des Geschäftsherrn, sondern vielmehr durch den von diesem geschaffenen Rechtsschein ausgelöst, dem Rechtsschein, der auch im Falle des Treubruchs des Prokuristen wirkt (oben Ziff. II/2).

2. Für eine Neuorientierung des Rechts der kaufmännischen Vertretungsverhältnisse, die in einem Zusammenhang gesehen werden müssen, besteht auch nicht *der geringste sachliche Anlaß*. Die geschilderte Rechtslage, wonach das Risiko von Schädigungen durch treuwidrige Vertreter von demjenigen Rechtssubjekt getragen wird, das den Vertreter, sei dieser Organ oder Prokurist, bestellt hat, hat sich voll bewährt; auf diesem Prinzip beruht die heutige Selbstverständlichkeit, mit der vertretungsweise Handeln sich in der Praxis durchsetzt, die Selbstverständlichkeit, mit der Juristische Personen als vollwertige Vertragspartner anerkannt werden, damit aber in gewissem Sinne die ganze Verbreitung der juristischen Personen. Eine Verlagerung des Risikos zum Dritten, wie es die Folge von BGE 95 II 442 wäre, würde die Rechtssicherheit, die die heutige Lage kennzeichnet, preisgeben. Dafür besteht kein Grund, denn es bleibt dabei, daß die betrieblichen Besonderheiten des Vertretenen (dessen Ausgestaltung als juristische Person, Betriebsgröße, die Prokuristen nötig macht) Anlaß für die Errichtung von Vertretungsverhältnissen darstellen, die Vertretungsverhältnisse, die erst die Gefahr von Vertrauensmißbräuchen schafft.

Dabei mag hier die Frage offenbleiben, ob nicht der Schutz des Unternehmens (der juristischen Person gegenüber ungetreuen Organen, des Geschäftsherrn gegenüber ungetreuen Prokuristen) in dem Sinne weiterzuentwickeln sei, daß die Vertretungswirkungen versagt werden, wenn der Vertragspartner nicht bloß von der Pflichtverletzung des Vertreters positive

Kenntnis hat (wie dies bisheriger Auffassung entspricht)<sup>27</sup>, sondern diese bei einem gewissen, näher zu bestimmenden Maß an Sorgfalt hätte erkennen können<sup>28,29</sup>. Im Falle der Prospera GmbH ist für denjenigen, der, wie der Schreiber, die Prozeßakten nicht kennt und auf die Motive des Bundesgerichts angewiesen ist, nicht zu entscheiden, ob der Treuebruch des Geschäftsführers für die gegnerische Bank nicht erkennbar gewesen war, was dann, wenn auch mit ganz anderer Begründung, zu dem Resultat des Entscheids 95 II 442 führen würde.

3. Das Prospera-Urteil darf als ein einmaliger Ausrutscher, wie er auch dem besten Gericht unterlaufen kann, gewertet werden, als ein Entscheid, der "*per incuriam*" ergangen ist, wie der englische Jurist sagen und den er

---

<sup>27</sup> In 50 II 134 ff., und 33 II 612 ff. hatte sich das Bundesgericht mit Tatbeständen von treuwidrigen Geschäften von *Prokuristen* zu befassen. In beiden Fällen wurde der gute Glaube, d. h. faktisches Nichtwissen seitens des Dritten hinsichtlich des Treuebruchs, geprüft, nicht aber dem Dritten eine eigenständige Nachforschungs- oder sonstige Sorgfaltspflicht überbunden. Diese Praxis liegt übrigens auf der Linie, die auch von ZGB Art. 3 gewiesen wird: Vermutung des guten Glaubens des Dritten, jedoch nur so lange, als, dieser den Treuebruch nicht hätte erkennen müssen.

<sup>28</sup> Großunternehmen, vor allem Banken, die von einer Durchsetzung des "Prospera-Prinzips" in der Praxis als erste schwere Nachteile erleiden müßten, scheinen umgekehrt doch ein Interesse an einem Schutz vor Treuwidrigkeiten ihrer eigenen Funktionäre zu haben. Dies kann mit dem Hinweis begründet werden, daß ein Großunternehmen, abgesehen von der Sorgfalt bei der Auswahl der Zeichnungsberechtigten, vor allen hinsichtlich der Begründung von Bürgschaften und Garantieverträgen keine Möglichkeit hat, wirksame betriebsinterne Kontrollen zu führen, da buchhalterische Vorgänge sich im Falle eines Treuebruchs unterdrücken lassen. – Eine Unterstützung derartiger Anliegen konnte nicht auf der Linie des "Prospera-Prinzips", sondern nur durch *Erhöhung der Anforderungen an den Dritten* im Sinne der Einführung einer gewissen Sorgfaltspflicht versucht werden. In diese Richtung weist bereits ein Urteil des BGHZ des Jahres 1966 (wiedergegeben in Wertpapiermitteilungen, 1966, S. 491 ff.).

<sup>29</sup> Auch wenn die guten Gründe einer Ausdehnung der allgemeinen Treuepflicht unter Vertragspartnern, um die es sich hier handelt, anzuerkennen sind, stellt sich diesem Anliegen der Sachverhalt entgegen, daß eine statistisch sehr erhebliche Zahl von juristischen Personen heute nicht als Träger selbständiger Interessen konzipiert sind, sondern bloß formale Instrumente der Vermögensverselbständigung in der Hand der sie beherrschenden natürlichen oder juristischen Personen darstellen. Wird einer juristischen Person von ihrem Beherrscher (z. B. dem zeichnungsberechtigten Alleinaktionär) ein Vermögenswert entzogen, stellt sich das als Verletzung der Interessen der juristischen Person, formal gesehen damit als Treuebruch dar, der indessen offenkundig nicht die Vertretungswirkungen hindern kann. Die Unterscheidung der bloß formalen, allgemein verbreiteten und sicher auch zulässigen Form des "Treuebruchs" durch den Beherrscher einer juristischen Person von der eigentlichen Untreue eines Organs, dem wirtschaftlich keine Verfügungsbefugnis über das Vermögen der juristischen Person zusteht, wird dem Außenstehenden oft genug nicht möglich sein.



mit dem Bild des schlafenden Homer entschuldigen würde. Eine einläßliche Auseinandersetzung mochte trotzdem als gerechtfertigt gelten, weil hier an tragende Prinzipien des Gesellschaftsrechts (einschließlich des hier beiseite gelassenen Rechts der Personengesellschaften) und der Prokura gerührt wird.

Darüber hinaus vermag aber das kritisierte Judikat aus dem viel allgemeineren Grund Aufmerksamkeit auf sich zu ziehen, weil es das *Versagen einer bestimmten Methode*, oder jedenfalls deren Grenzen, drastisch erhellt. Das kritisierte Urteil, das für viele höchstrichterliche wie auch andere stehen kann, gibt vor, die rechtliche Entscheidung aus dem *Gesetzeswortlaut* zu schöpfen. Dabei ist es jedem Betrachter offenkundig, daß das Gesetz eine Antwort nicht zu geben vermag, sondern diese aus *außergesetzlichen Quellen* geschöpft werden muß. Der Wortlaut von Art. 718 OR läßt alle möglichen Deutungen zu, so gut wie derjenige der analogen Norm von Art. 654 aOR oder der vergleichbaren Bestimmungen betreffend die Vertretungsmacht des Prokuristen, Kollektivgesellschafters usw. Die klassischen Auslegungsprinzipien vermögen meines Erachtens im vorliegenden Fall keine Hilfe anzubieten. Auslegung im eigentlichen Wortsinn ist immer nur so weit möglich, als man annehmen kann, der Gesetzgeber habe eine originäre rechtliche Ordnung schaffen wollen. Im vorliegenden Fragenkreis handelsrechtlicher Vertretung, aber auch in anderen Rechtsbereichen, kann man dies nicht annehmen. Die Vorstellung des *Organs* und organschaftlicher Vertretung war in Theorie und Praxis bereits fest umrissen, als der schweizerische Gesetzgeber eine Normierung unternahm. Literatur und Praxis haben keinen Augenblick gezögert, die Vertretungsmacht der Organe gemäß Art. 654 I aOR im Sinne der vorpositiven Organlehre zu verstehen, obwohl der Wortlaut der gesetzlichen Formel (Vertretungswirkung bei "innerhalb der Grenzen ihres – sc. der Organe – Auftrages abgeschlossenen Rechtsgeschäfte") eine entgegengesetzte Deutung nahegelegt hätte<sup>30</sup>. An diesem traditionellen Rechtsgehalt hat, entgegen dem Bundesgericht, auch die Revision mit der Neufassung von Art. 718 OR nichts ändern wollen. Demnach darf hier als *Rechtserkenntnisquelle weniger das Gesetz als vielmehr eine überpositive (und auch übernationale) Rechts- und Wissenschaftstradition* aufgefaßt werden. Gleich liegen die Verhältnisse bei der *Prokura*, deren Struktur als einer Vertretungsmacht, die sich nicht aus dem bevollmächtigenden Willen des Geschäftsherrn, sondern aus dem von diesem geschaffenen Rechtsschein, durch Handlungen des Prokuristen verpflichtet werden zu wollen, ableitet,

---

<sup>30</sup> Vgl. oben Anm. 20, 23 und 25 und dortige Ausführungen.

lange vor der gesetzlichen Regelung feststand und von dieser übernommen wurde, wobei der Gesetzestext mehr Hinweis auf bereits Bekanntes sein will denn eine selbständige und abschließende Formulierung des in Frage stehenden rechtlichen Gehalts.

Aus allem folgt, daß hier wie in anderen Fällen die Suche nach Erkenntnis des Rechts *nicht mit Auslegung* des Gesetzes oder kurz mit *positivistischer* Rechtsbetrachtung bestritten werden kann, sondern sich auf die *Rechtstradition* besinnen muß, die durch die Gesetzgebung bloß scheinbar unterbrochen wurde, sondern unter der Herrschaft der Kodifikation sich fortsetzt und, als zwar nicht vom Gesetzgeber geschaffenes, von ihm jedoch anerkanntes "*quasi-Gesetzesrecht*" zu betrachten ist. Rechtserforschung, sei es auf der Ebene der Wissenschaft oder gerichtlicher Rechtsanwendung, kann deshalb nicht auf *moderne Privatrechtsgeschichte* verzichten, wie immer noch allzu oft geglaubt wird. Vorab im Handelsrecht bedeutet die Pflicht zur Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte darüber hinaus immer auch Pflicht zur *Berücksichtigung der ausländischen Rechtsentwicklung*, da handelsrechtliche Traditionen nicht auf den nationalen Raum beschränkt bleiben, schon gar nicht auf den engen Raum der Schweiz.