

§ 33	Stellvertretung (OR 32-40)	594
I.	Geschichte	594
II.	Funktion der Stellvertretung im Sinne von OR 32-37	596
	1. Allgemeines	596
	2. Abgrenzung	597
	3. Möglicher Sachbereich der Vertretung	599
III.	Voraussetzungen der Vertretung in der Person des Vertretenen (Vollmachterteilung und dergleichen)	601
	1. Rechtsnatur und Adressat der Vollmacht	601
	2. Nachträgliche Genehmigung (OR 38)	603
	3. Bestimmung des Bereiches der Vertretungsmacht	605
	4. Die gesetzlichen Endigungsgründe der Bevollmächtigung (OR 35, 37)	607
	5. Erlöschen der Vollmacht infolge Widerrufs	609
	6. Sonderproblem: Anscheinsvollmacht	612
IV.	Verhältnis der Vertretungsmacht zu begleitenden Vertragsbeziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem («Abstraktheit» der Vertretungsmacht)	615
	1. Unterscheidung von Vertretungsmacht und begleitendem Vertragsverhältnis	615
	2. Sogenannte Abstraktheit der Vollmacht	616
	3. Bedeutung vollmachtbegleitender Verträge	616
V.	Das Erfordernis des Handelns im Namen des Vertretenen	618
	1. Grundsatz	618
	2. Stellvertretungswirkungen trotz Nichtnennung der Person des Vertretenen	619
	3. Rechtslage bei Handeln ohne Offenlegung des Vertretungsverhältnisses	621
VI.	Der Gegensatz der zivilrechtlichen Vertretung (OR 32 ff.) zu den Formen handelsrechtlicher Vertretung	623
	1. Allgemeines	623
	2. Kaufmännische Vertretung (Prokura, Handlungsvollmacht, OR 458-465) und verwandte Erscheinungen	624
	3. Organschäftliches Handeln für juristische Personen	627
	4. Vertretung im Rahmen von Personengesellschaften	629
	5. Kritik an der Vermengung der Grundsätze zivilrechtlicher und handelsrechtlicher Vertretung	629
VII.	Berücksichtigung subjektiver Momente (Willensmängel, guter Glaube usw.) im vertretungsweise geschlossenen Geschäft	630
	1. Berücksichtigung der subjektiven Elemente hinsichtlich des Vertretungsgeschäftes beim Vertreter	630
	2. Anfechtung der Vollmacht wegen Irrtums des Vollmachtgebers	632
	3. Geltendmachung der Willensmängel	633
VIII.	Sonderfragen	634
	1. Unter-Vertretung, Substitutionsvollmacht	634
	2. Kollektiv - oder Gesamtvertretung	636
	3. Selbstkontrahieren und Doppelvertretung; Vertretung unter Interessenkollision	637
	4. Handeln unter falschem Namen	640
IX.	Rechtsfolgen vollmachtloser Vertretung	641
	1. Die Wirkung der Vertragsungültigkeit	641
	2. Die Haftung des vollmachtlosen Vertreters gegenüber dem Dritten	644
	3. Die Stellung des vollmachtlos Vertretenen	645
X.	Prozessuales, Beweislast	646
	1. Klage des Dritten	646
	2. Klage des Vertretenen	647
	3. Klage des «Vertreters»	647

§ 33 Stellvertretung (OR 32-40)

Literatur

P. BADER, Duldungs- und Anscheinsvollmacht ..., Frankfurt/a. M. / Bern 1978; H. BERGER, Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR (rechtsvergleichend), Diss. Zürich 1974; E. BUCHER, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. F. Bürgi, Zürich 1971, p. 39 ff.; S. BUTSCHER-SCHWARZ, Die Bedeutung des Innenverhältnisses nach schweizerischem und deutschem Recht, Basel 1969; C.-W. CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (Münchener Universitätschriften Bd. 16), München 1971; E. COHN, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931; M. DANUSER, Die Anscheinsvollmacht, Bern 1975; J. DROIN, La représentation indirecte en droit suisse, thèse Genève 1956; DERS., L'indifférence du tiers en matière de représentation (Art. 32 al. 2 CO), ZSR 88 (1969), p. 449 ff.; A. EGGER, Missbrauch der Vertretungsmacht, Festgabe für C. Wieland, Basel 1934, p. 46 ff.; F. ERB, Die Bankvollmacht, Diss. Freiburg/CH 1974; W. FLUME, Das Rechtsgeschäft, §§ 43-53; G. FROTZ, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht ..., Frankfurt/a. M. 1972; J. W. GERLACH, Die Untervollmacht, Berlin / München 1967; F. GILLIARD, Le contrat avec soi-même, thèse Lausanne 1946; J. HUPKA, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, Leipzig 1903; U. JÜNGST, Der Missbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, Berlin / München 1981; H. R. KÜNZLE, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Bern 1986; K. LARENZ, Verpflichtungsgeschäfte «unter» fremdem Namen, Festschrift für H. Lehmann, Berlin 1956, p. 234 ff.; L. MITTEIS, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Wien 1885; W. MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955; DERS., Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt, Frankfurt/a. M. 1982; N. ORGIS, Guter Glaube an die Vertretungsmacht. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zu Paragraph 366 Abs. 1 HGB, Bochum 1987; R. PORTMANN, Das Selbstkontrahieren des Vertreters, Diss. Zürich 1941; A. SCHNURRENBERGER, Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht, Basel 1969; R. SCHWAGER, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg/CH 1974; R. STÜSSER, Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht, Berlin 1986; R. WELSER, Vertretung ohne Vollmacht, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Wien 1970; G. ZIKOS, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht, Diss. Zürich 1966.

I. Geschichte

Im Römischen Recht bestand, in Übereinstimmung mit anderen ursprünglichen Rechtsordnungen, eine Abneigung gegen die Zulassung rechtsgeschäftlich verliehener Fähigkeit, mit Wirkung für einen Dritten Verträge zu schliessen; die Regel «alteri stipulari nemo potest» hat sich noch in der gemeinrechtlichen Rechtsentwicklung der Herausbildung der Vertretungsmöglichkeit lange Zeit als Hindernis entgegengestellt. Aber auch heute noch empfiehlt sich Zurückhaltung bei der Handhabung

der in der Stellvertretung vorliegenden Durchbrechung des Grundsatzes, dass der Vertrag ein allein persönlich wirkendes und zu schliessendes Band darstellt.

Die Wurzeln der modernrechtlichen Zulassung der zivilrechtlichen Stellvertretung liegen in der Naturrechtsphilosophie der Aufklärung. Bereits HUGO GROTIUS (1583-1645) hatte den Ausschluss der Stellvertretung als unvereinbar mit einer natürlichen Gerechtigkeit erklärt und Versprechen in fremdem Namen als gültig behauptet (de iure belli ac pacis, lib. II cap. XI n. XVIII und XIX). Seine Auffassungen haben die nachfolgenden Naturrechtstheoretiker beeinflusst, diese die naturrechtlichen Kodifikationen: ALR I/13, § 85 und ABGB § 1017 lassen die Stellvertretung zu, ebenso CC fr. 1121, 1984 ff¹. - Die hier zu behandelnde, auf naturrechtlicher Grundlage beruhende Stellvertretung des Zivilrechts gemäss OR 32 ff. ist zu unterscheiden von der auf anderen Wurzeln beruhenden *kaufmännischen Vertretung* einerseits (Prokura, Handlungsvollmacht, OR 458-465), der Vertretung *juristischer Personen durch ihre Organe* andererseits (vgl. unten Ziff. VI).

Die modernen Kodifikationen und jedenfalls auch OR und BGB sind in ihrer Ausgestaltung des Stellvertretungsrechts naturrechtlicher Tradition verpflichtet, der gegenüber gemeinrechtliche (d. h. romanistische und daher im Grunde vertretungsfeindliche) Theorien, wie sie im Zeitalter der historischen Rechtsschule noch vertreten wurden, zurücktreten mussten. Die heute verwirklichte Konzeption ist durch *zwei hervorragende Merkmale* gekennzeichnet: Erstens ist sie «voluntaristisch» in dem Sinne zu nennen, als die Vertretungswirkungen wenigstens dem Grundsatz nach ausschliesslich durch den Willen des Vertretenen, in einem bestimmten Geschäft vertreten zu werden, ausgelöst werden, während der gute Glaube des Dritten, der sich auf den bestehenden (vom Vertretenen geschaffenen oder sonstwie entstandenen) Anschein eines Vertretungsverhältnisses verlässt, vorerst keinen Schutz erfährt². Zweitens vertritt der Gesetzgeber eine Konzeption, wonach die Vollmachterteilung seitens des Vertretenen einerseits, das vom Vertreter in Ausübung der Vollmacht vorgenommene Geschäft andererseits als *zwei unabhängige Rechtsgeschäfte* und nicht als eine gesamtheitliche Erscheinung aufzufassen sind, womit auch gleichzeitig festgestellt ist, dass das den Vertretenen verpflichtende Geschäft allein vom Vertreter vorgenommen wird³.

¹ Vgl. zur Geschichte die aufschlussreiche Arbeit von U. MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, Beitrag zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 3, Stuttgart etc. 1969; F. STÖRI, Die Regelung der Stellvertretung im kantonalen Recht vor Erlass des aOR und im aOR, Diss. Zürich 1978. Aus der älteren Literatur etwa H. BUCHKA, Lehre von der Stellvertretung, 1852; L. MITTEIS, Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, Wien 1885.

² Zum Problem der Anscheinsvollmacht bzw. zum Gegensatz zivilrechtliche-kaufmännische Vertretung vgl. unten Ziff. III/6 und VI/1, 5.

³ Dies entspricht der seinerzeit sogenannten *Repräsentationstheorie*, mit der sich der Gesetzgeber von der von Romanisten entwickelten Konzeption distanziert, wonach der Vertreter nicht seinen eigenen Willen, sondern jenen des Vertretenen formuliere (dies die sogenannte *Geschäftsherrentheorie*, welche die Stellung des Vertreters jener des Boten annähert). Vgl. WINDSCHEID, I § 73 «Willenserklärung durch andere» (der aber immerhin im Text die sich bei dieser Auffassung ergebenden Konsequenzen abschwächt) und DERNBURG/SOKOLOWSKI, I § 105/II/1, p. 209. Auswirkung der Geschäftsherrentheorie ist bis heute der Verzicht auf volle Handlungsfähigkeit beim Vertreter, WINDSCHEID, a.a.O., p. 354 bei Anm. 19 und dazu BUCHER, ZGB 19 N. 331. - Am deutlichsten wird die Zulassung einer allgemeinen Stellvertretung auf dem Umweg der Annäherung der Stellung des Vertreters an jene eines Boten sichtbar bei SAVIGNY, Obligationenrecht, Bd. II, Berlin 1853, §§ 53-60, bes. § 57, p. 57-60.

II. Funktion der Stellvertretung im Sinne von OR 32-37

1. Allgemeines

Vertretung heisst handeln in fremdem Namen⁴ und mit ausschliesslicher Wirkung für den vertretenen Dritten, d. h. denjenigen, in dessen Namen man handelt («Handeln für Rechnung eines Dritten»). Die hier zu behandelnde Stellvertretung (oder kurz «Vertretung») ist der in nicht-kaufmännischen Verhältnissen geltende rechtliche Mechanismus, kraft dessen das rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Verhalten nicht dem Handelnden, sondern dem Vertretenen zugerechnet wird, wobei die durch das Verhalten bewirkten Rechtsfolgen unmittelbar in der Person des letzteren eintreten. Die Darstellung beschränkt sich auf das im *Allgemeinen Teil des OR* geregelte freiwillig begründete Vertretungsverhältnis («gewillkürte Vertretung») unter Ausschluss der in verschiedenen Zusammenhängen vorgesehenen «gesetzlichen» Vertretung (Vertretung der Kinder durch die Eltern, des Mündels durch den Vormund; Vertretungsbefugnis des Ehegatten, des Testamentsvollstreckers usw.)⁵.

Die Ausübung der Vollmacht, d. h. Vornahme der Vertretungshandlung, wird in der Regel den Interessen des Vertretenen dienen, kann aber auch einem Dritten oder insbesondere dem Vertreter selber zugute kommen (z. B. Inkassovollmacht mit der Abrede, dass der Bevollmächtigte die Einnahmen auf sein Guthaben gegen den Vollmachtgeber anrechnen könne, ähnlich dem *procurator in rem suam* des Römischen Rechts). Die Vertretungshandlung kann gleichzeitig Handeln in eigenem Namen sein, etwa wenn ein gesamthänderisch Berechtigter sich zur gemeinsamen Ausübung des Rechts eine Vollmacht des oder der Mitberechtigten geben lässt.

Der *Inhalt der Vertretungsmacht* wird durch Rechtsgeschäft, d. h. durch die Vollmacht des Vertretenen, bestimmt. Die Rechtslage des Stellvertreters unterscheidet sich von den anderen Vertretungsformen (Prokura usw., Organ, gesetzlicher Vertreter) dadurch, dass nicht eine bestimmte im Gesetz generell umschriebene

⁴ «Handeln in fremdem Namen» heisst nicht, wie von Laien gelegentlich angenommen, dass der Vertreter mit dem Namen des Vertretenen zeichne, sondern bedeutet Offenlegung des Vertretungsverhältnisses unter Angabe des Vertretenen (dazu unten Ziff. V/1, Ziff. VIII/4b und Anm. 68).

⁵ Die Fälle gesetzlicher Vertretung unterliegen nicht einheitlichen Gesichtspunkten; die massgeblichen Regeln müssen fallweise ermittelt werden. Vgl. etwa BGE 107 II 108 zur Beistandschaft (Probleme der Interessenkollision und der Stellung gutgläubiger Dritter), sowie die Literatur der betroffenen Rechtsgebiete des Familien- und Erbrechts; weiterhin v. T./P., § 43, p. 377 ff.

Vertretungsmacht besteht, die dem Vertreter einen bestimmten «Vertretungs-Status» verleiht, sondern eine grundsätzlich ad hoc und in bezug auf ein konkretes Geschäft verliehene, jederzeit widerrufliche, Vollmacht vorausgesetzt wird, deren Inhalt sich nicht nach objektiven Kriterien, sondern allein nach dem Willen des Vollmachtgebers bestimmt.

Die *Wirkungen* eines unter Stellvertretung vorgenommenen Rechtsgeschäfts oder einer Rechtshandlung treten in der Rechtssphäre des vertretenen Vollmachtgebers und nicht in jener des Vertreters ein (OR 32/I). Sie erfahren durch den Vertretungstatbestand keine Veränderung, d. h. der Vertretene wird im Ergebnis so gestellt, wie wenn er selber gehandelt hätte, während der Vertreter am fraglichen Geschäft unbeteiligt bleibt.

Durch die Einsetzung eines Stellvertreters, d. h. die Erteilung einer Vollmacht (dazu unten Ziff. III) wird die Möglichkeit eigenen Handelns in derselben Sache nicht beschränkt (vgl. auch unten Ziff. III/1/a, IV/3/a).

2. Abgrenzung

a) Sogenannte «indirekte» Stellvertretung

Nicht Vertreter im hier behandelten Sinn ist derjenige, der *in eigenem Namen*, jedoch «für Rechnung» eines Dritten handelt, wie dies begriffsnotwendig beim Kommissionär (OR 425) zutrifft, jedoch in fast allen Geschäftsbereichen denkbar ist⁶. Zur Bezeichnung dieses Sachverhalts hat sich der Begriff «*indirekte*» oder auch «*mittelbare Stellvertretung*» eingebürgert, was zu Missverständnissen Anlass gibt⁷. Es liegt kein Vertretungstatbestand vor, und der (dem Gegner erkennbare oder verborgen bleibende) Umstand, dass jemand das von ihm Eingehandelte an einen Dritten weitergeben will, hat auf die Rechtsbeziehung zwischen den kontrahierenden Parteien grundsätzlich keinen Einfluss⁸; vgl. dazu unten Ziff. III/2/a, V/3/b.

⁶ Der in eigenem Namen für einen Geschäftsherrn Handelnde wird oft als *Strohmann* bezeichnet. - Das mit dem Dritten geschlossene Geschäft ist tatsächlich gewollt und unerachtet des Hintergrundes voll gültig. Derartige indirekte Vertretungsverhältnisse müssen nicht verwerflichen Verschleierungsabsichten entspringen.

⁷ Als indirekte Stellvertretung wird auch der zu unterscheidende andersgelagerte Fall bezeichnet, dass der Vertreter eine interne Vollmacht zum Handeln im Namen des Vollmachtgebers besitzt, jedoch trotzdem in eigenem Namen handelt. - Bereits LABAND, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 10/1866, p. 195 macht klar, dass die Gegenüberstellung von mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung «verdunkelt»; er zitiert UNGER, der sagt: «Mittelbare Stellvertretung ist eine *contradictio in adjecto*.»

⁸ So wird in BGE 100 II 211 E. 8 ff. zutreffend festgehalten, dass derjenige, der in eigenem Namen durch Vertrag mit einer Bank ein Bankkonto eröffnet, gegenüber der Bank alleiniger Partner ist und diese keine Rücksicht auf die Beziehungen zwischen ihrem Kunden und Dritten zu nehmen hat, und zwar auch dann nicht, wenn sie weiss, dass ihr Kunde die hinterlegten Gelder für Dritte verwaltet. Ähnlich BGE 88 II 194 E. 3.

Die Herausstellung eines Begriffes der «indirekten Stellvertretung» lässt sich nur aus der romanistischen Ablehnung der eigentlichen («direkten») Stellvertretung erklären, die dann das (natürlich zugelassene) Surrogat, dass der Mittelsmann in eigenem Namen handelt und den Erfolg seinem Hintermann weitergibt, als eine, wenn auch indirekt wirkende, Form der Stellvertretung bezeichnet. Der Begriff ist heute abzulehnen, weil er keinen fest umschriebenen Tatbestand bezeichnet, sondern den rechtlich massgebenden Ansatzpunkt, das Rechtsverhältnis zwischen «Vertreter» und indirekt Vertretenem, das die verschiedenste Ausgestaltung haben kann, ausklammert⁹. Das einzige, was sich über die «indirekte Stellvertretung» aussagen lässt, ist, dass sie keinen Vertretungstatbestand darstellt und trotz eines Drittinteresses von OR 32 ff. nicht erfasst wird; der Begriff kann daher nur als negative Grösse im Sinne der Abwesenheit eines Vertretungstatbestandes verwendet werden¹⁰.

b) Handeln eines Boten oder sonstiger Hilfspersonen

Nicht Vertreter sind Hilfspersonen wie Boten, Übersetzer usw., die nicht einen eigenen Willen formulieren, sondern fremden Willen übermitteln. Die Abgrenzung kann bei mündlicher Willensübermittlung Schwierigkeit bereiten, da sowohl Bote wie Vertreter mit Wirkung für den «dominus» (Herr, Eigentümer) handeln und selber nicht betroffen werden, erlangt sie lediglich insofern Bedeutung, als bei Hilfspersonen alle auf diese bezogenen *subjektiven Elemente* (Handlungsfähigkeitserfordernisse, deren Wissen oder Nichtwissen bestimmter Umstände, was hinsichtlich der Beurteilung allfälliger Willensmängel erheblich sein mag) *ausser Betracht bleiben* müssen, da sie keinen eigenen Willen formulieren. Die Abgrenzung hat nicht nach dem Willen des «dominus», sondern danach zu erfolgen, welchen Eindruck der Dritte aus den gesamten Umständen gewinnen durfte¹¹.

Grundsätze des Stellvertretungsrechts können teilweise auf den Boten übertragen werden, so hinsichtlich der Möglichkeit der Genehmigung einer ohne Auftrag

⁹ Der Vertreter mag dem Vertretenen die eingehandelte Sache weiterverkaufen, eine Forderung zedieren, wobei der Vertretene seine Gegenleistung dem Vertreter erbringen kann oder diesen auch durch Leistung an den Dritten befreit. Gegenüber dem Dritten kann der Vertretene als Leistungsempfänger bezeichnet werden, ohne dass deshalb ein Vertrag zugunsten Dritter (mit selbständigem Forderungsrecht des Dritten) vorliegen müsste.

¹⁰ Lediglich in einem präzisierend eingeschränkten Sinn könnte der Begriff der indirekten Stellvertretung zum Ansatz der Betrachtung gemacht werden, wenn es um die Frage geht, unter welchen Voraussetzungen vom Beauftragten geschlossene Geschäfte ein direktes Forderungsrecht des Auftraggebers begründen, d. h. welches die Tragweite der *auftragsrechtlichen* (nicht stellvertretungsrechtlichen) Norm von OR 401 sei. Dieser Forderungsübergang ist nicht als Ausfluss eines Vertretungstatbestandes, sondern als *Legalzession* zu verstehen (v. T./E., § 97/I/2, p. 370; BECKER, OR 401 N. 3), da nicht, wie im Falle einer Stellvertretung, das gesamte Schuldverhältnis in der Person des Mandanten entsteht, sondern nur ein isoliertes Forderungsrecht auf diesen übertragen wird, wie auch sonstige Zessionsgrundsätze anwendbar sind (Erhaltung der Einreden des Schuldners, Befreiung durch gutgläubige Leistung an alten Gläubiger usw.).

¹¹ So auch v. TUHR, BGB Allg. Teil III, p. 340 bei Anm. 54; FLUME, § 43/4, p. 755/56.

ausgerichteten Botschaft oder vielleicht der Haftung des Boten für unrichtig oder ohne Auftrag übermittelte Botschaft (OR 39/I, II)¹².

c) Geschäftsvermittlung

Keine Vertretung liegt vor, wenn Hilfspersonen lediglich einen Vertragsschluss vermitteln oder vorbereiten, das Kontrahieren jedoch dem Geschäftsherrn überlassen. Dies trifft im Regelfall insbesondere beim *Mäkler* (OR 412-418), beim *Agenten* (OR 418a ff.) und beim *Handelsreisenden* (OR 347-350a) zu. Dabei kommt auch in diesen Fällen als Variante eine Bevollmächtigung zum vertretungsweisen Abschluss in Frage, die (unter Vorbehalt der Sondernormen für den Agenten, OR 418 lit. e, und den Handelsreisenden, OR 348 lit. b) nach den Regeln der Stellvertretung zu beurteilen wäre.

d) Vertrag zugunsten Dritter

Bei diesem wird der Dritte nicht zur Vertragspartei, sondern erhält gemäss dem Willen der Vertragsparteien ein direktes Forderungsrecht auf eine vertraglich vereinbarte Leistung eingeräumt. Die Vertragsgültigkeit ist, da der berechtigte Dritte das ihm anwachsende Recht nicht auszuüben braucht, keineswegs von dessen Zustimmung (Vollmachterteilung od. dgl.) abhängig; der Dritte ist am rechtsgeschäftlichen Vorgang völlig unbeteiligt. In der Geschichte begegnete der Vertrag zugunsten Dritter ähnlichen Widerständen wie die Stellvertretung; insbesondere soll die Regel «*alteri stipulari nemo potest*» gleichermassen Stellvertretung wie Vertrag zugunsten Dritter ausschliessen. Vgl. im übrigen oben § 26/I/1.

3. Möglicher Sachbereich der Vertretung

Stellvertretung ist in allen menschlichen Verhaltensweisen, deren rechtliche Bedeutung von einer *Willensäusserung des Handelnden* abhängig ist, denkbar und grundsätzlich auch zulässig. Im Interesse eines Dritten erbrachtes *rein faktisches Verhalten* (z. B. Erbringen einer vertraglichen Leistung ohne rechtsgeschäftliche Komponente) bedarf, nicht einer vertretungsrechtlichen Abstützung. Umgekehrt kann *unerlaubtes Verhalten* nicht mit Wirkung für Dritte vorgenommen werden; stellvertretende Deliktsbegehung gibt es nicht¹³.

¹² So auch v. T./P., § 41/I, p. 350 Anm. 21. - Besondere Probleme gibt der *Empfangsbote* auf, der eine Botschaft zuhanden des Herrn entgegennimmt. Hier bewirkt (im Gegensatz zur passiven Vertretung, unten Ziff. III) erst die Übermittlung der Botschaft an den Herrn, nicht Kenntnisnahme seitens des Boten, den Zugang der Erklärung.

¹³ Im Gegensatz hiezu können *Organe einer juristischen Person* diese auch deliktisch verpflichten (ZGB 55/II), vgl. dazu unten Ziff. IX/1 bei Anm. 153.

Vertretung ist grundsätzlich in *allen Rechtsgeschäften* möglich (Vertragsschlüsse, und zwar Verpflichtungs- wie Verfügungsgeschäfte, alle einseitigen Rechtsgeschäfte wie Kündigung, Vollmachterteilung usw. - dazu unten Ziff. III/3 -; schliesslich auch die Mitwirkung bei mehrseitigen Rechtsgeschäften wie korporativen Gesamtakten usw.). Es kommt aber auch Vertretung bei *rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärungen* (z. B. Fristansetzung im Sinne von OR 107/I, Erhebung der Mängelrüge gemäss OR 201/I) wie auch *bei faktischem Verhalten mit rechtsgeschäftlichen Wirkungen*, bei dem auf die intentionale Komponente des Handelns abgestellt wird (Annahme einer Offerte durch konkludentes Verhalten, «Einmischung» in Erbschaftsangelegenheiten gemäss ZGB 571/II, «Anvertrauen» einer Sache im Sinne von ZGB 933 und sonstige Besitzübertragung, Besitzausübung, Verarbeitung gemäss ZGB 726, Okkupation oder Dereliktion), in Frage (vgl. zur Abgrenzung und für weitere Beispiele BUCHER, Komm. ZGB 12 N. 41-85). Auch in *blosserem Wissen* gibt es «Vertretung» (v. T./P., § 41/II, p. 351; unten Ziff. VII/1, 2), was bedeutet, dass dem «Vertretenen» das Wissen des «Vertreters» zugerechnet wird.

Vertretung ist ausgeschlossen kraft Sondernorm bei einigen wenigen Geschäften von besonderer Beziehungsnähe zu den Beteiligten (Eheschluss, ZGB 113, Anmeldung des Eheversprechens, ZGB 105, Errichtung eines Testaments, ZGB 498 ff.)¹⁴.

Obwohl das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift enthält (anders das BGB, § 164/III), kommt neben der aktiven auch *passive* Vertretung in Frage in dem Sinne, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen als dem Adressaten zugegangen gelten, wenn sie zur Kenntnis eines zur Entgegennahme ermächtigten Vertreters gelangt sind, oder Besitz bzw. Eigentum an einer Sache als übertragen gilt, wenn ein bevollmächtigter Vertreter sie erhalten hat¹⁵.

Nicht nur natürliche, sondern auch *juristische Personen* können Stellvertreter sein¹⁶. Die vertretungsberechtigten Organe (bei Kollektivvertretung mehrere gemeinsam) der zu vertretenden juristischen Person bilden und äussern den Vertreterwillen.

¹⁴ Diese sind nicht zu verwechseln mit der sogenannten Ausübung höchstpersönlicher Rechte im Sinne von ZGB 19/II, welche entweder dadurch charakterisiert sind, dass der urteilsfähige Unmündige zu deren Ausübung nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf oder letzterer diesen nicht vertreten kann. Vgl. dazu BUCHER, ZGB 19 N. 211-213.

¹⁵ Der Vertreter ist aufgrund seiner Vollmacht nicht zum Handeln verpflichtet, was für den passiven Vertreter bedeutet, dass er grundsätzlich die Entgegennahme einer Erklärung verweigern kann (z. B. durch die Mitteilung, dass er den Vollmachtgeber und Adressaten der Erklärung nicht orientieren werde). Vgl. BGE 69 II 183 für die Entgegennahme eines Zahlungsbefehls.

¹⁶ Beispiel in BGE 88 II 191 ff. - Massgeblich ist der Grundsatz möglicher Gleichstellung der juristischen Person mit natürlichen Personen (ZGB 53).

III. Voraussetzungen der Vertretung in der Person des Vertretenen (Vollmachterteilung und dergleichen)

1. Rechtsnatur und Adressat der Vollmacht

a) Vollmachterteilung als Rechtsgeschäft

Vollmacht ist die auf Begründung einer Vertretungsmacht gerichtete Willenserklärung. Traditionell wird sie als Rechtsgeschäft verstanden und unterliegt tatsächlich den allgemeinen Regeln betreffend Rechtsgeschäfte (z. B. Voraussetzung der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers bei der Vollmachterteilung, Anwendbarkeit der Willensmängelregelung, unten Ziff. VII/2)¹⁷. Rechtlich bedeutsam ist weniger der Vorgang der Vollmachterteilung als vielmehr der damit geschaffene *Zustand der Bevollmächtigung* (der jederzeit durch Widerruf aufgehoben werden kann; unten Ziff. 5), die Vertretungsmacht des Vertreters hängt grundsätzlich vom jeweiligen Willen des Vertretenen im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts ab, vertreten zu werden¹⁸.

Der Akt der Vollmachterteilung begründet für keine der Parteien Pflichten: Nicht des Bevollmächtigten, der von der Vollmacht keinen Gebrauch machen muss, aber auch keine des Vollmachtgebers (nicht etwa dessen Pflicht, den Bevollmächtigten zu entschädigen, oder die übertragenen Geschäfte nicht selber vorzunehmen, keine konkurrierende Vollmachten zu erteilen usw.). Derartige Abmachungen können *Bestandteil eines die Vollmacht begleitenden Vertragsverhältnisses* sein (dazu unten Ziff. IV/3a).

Die fehlende Beteiligung des Bevollmächtigten an der Vollmachterteilung bedeutet, dass auch ein Handlungsunfähiger¹⁹ gültig bevollmächtigt werden und dass insbesondere die Vollmacht auch Bestand haben kann, wenn der begleitende Vertrag (Auftrag oder Arbeitsvertrag) mangels voller Handlungsfähigkeit des Bevollmächtigten infolge Dissenses oder dergleichen nichtig ist (unten Ziff. IV)²⁰.

¹⁷ Da am Tatbestand der Äusserung des bevollmächtigenden Willens der Bevollmächtigte in keiner Weise beteiligt ist, stellt sich die Vollmachterteilung als *einseitiges* Rechtsgeschäft dar. An der früheren (z. B. noch bei LABAND und im aOR anzutreffenden) Auffassung der Vollmacht als Vertragsverhältnis will MÜLLER-FREIENFELS, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955, auch heute noch festhalten (vgl. bes. p. 246 ff.).

¹⁸ Die Widerruflichkeit der Vollmacht und die daraus sich ergebende Massgeblichkeit des Willens des Vollmachtgebers in seiner jeweils vorliegenden Gestalt ist nicht ganz mit der traditionellen Vorstellung der Vollmachterteilung als Rechtsgeschäft zu vereinbaren.

¹⁹ Die Frage der Handlungsfähigkeit des Vertreters stellt sich allerdings bei dessen Handeln, d. h. der Vornahme des Vertretungsgeschäfts.

²⁰ Die traditionelle Formel, dass Adressat der Vollmacht der Vertreter und die an ihn zu richtende Erklärung empfangsbedürftig sei, hat keine reale Basis, anerkennt der Gesetzgeber doch auch die dem Dritten erklärte («externe») Vollmacht (OR 32/III, unten lit. b) und ist, bei geschlossenem Vertretungsgeschäft, die Einrede undenkbar, dass der Vertreter die an ihn gerichtete Vollmachterteilung nie erhalten habe, das Vertretungsgeschäft daher ungültig sei. - Vgl. BGE 56 II 265/6, wonach ein Mangel der Vollmachterklärung (in casu Ermächtigungserklärung an Grundbuchamt) gegenüber dem Nachweis des wirklichen Ermächtigungswillens bedeutungslos ist.

b) Sogenannte «interne» und «externe» Vollmacht

Als Adressat der bevollmächtigenden Erklärung wird im Normalfall der Vollmachtnehmer betrachtet (sogenannte «interne» Vollmacht), davon zu unterscheiden ist der Tatbestand der «externen» Vollmacht, die vom Vollmachtgeber direkt dem Dritten, mit dem der Vertreter kontrahieren soll, mitgeteilt wird²¹. Der Tatbestand externer Vollmacht ist als *Sonderfall* zu verstehen, für den der Gesetzgeber von der Grundregel abweichende Prinzipien im Sinne einer beschränkten Gewährleistung der Verkehrssicherheit und des Schutzes des guten Glaubens des Dritten einführt (OR 33/III, 34/III, unten Ziff. 3/c).

c) Form der Vollmachterteilung

Aus dem Grundsatz rechtsgeschäftlicher Formfreiheit folgt, dass die Vollmachterteilung nicht an die Beobachtung irgendwelcher Formvorschriften gebunden ist, insbesondere auch mündlich, ja konkludent erfolgen kann. Die herrschende Auffassung hält zutreffend an der Formfreiheit auch dann noch fest, wenn das vom Vertreter vorzunehmende Geschäft seinerseits formgebunden ist²².

²¹ Wenn man von «interner» bzw. «externer» Vollmacht spricht, bezieht man dies auf den Akt der *Vollmachterteilung*; das damit geschaffene Resultat, die Vollmacht im Sinne des bevollmächtigenden Willens oder der Vertretungsmacht, kann weder intern noch extern sein.

²² BGE 84 II 157; 76 I 351 (Vollmacht zu formbedingtem Geschäft auch konkludent).

Im übrigen ist hier festzuhalten, dass das Vertretungsgeschäft gemäss BGE 45 II 565 die Formvorschrift (in casu der öffentlichen Beurkundung) nur erfüllt, wenn das Vertretungsverhältnis offengelegt und der vertretene Vertragspartner namentlich genannt wird. - Diese Auffassung entspricht jener des historischen Gesetzgebers und stellt eine Auswirkung der von diesem vertretenen *Repräsentationstheorie* dar. Zu dieser vgl. oben Ziff. I, zu deren Kritik unten Ziff. VII/1.

Positivrechtliche *Ausnahme* von diesem Grundsatz stellt rev. OR 493/VI dar, wonach Vollmachterteilung zur Übernahme einer Bürgschaftsverpflichtung den gleichen Formvorschriften wie diese selbst unterstellt wird. Das Formerfordernis von OR 493/IV bezieht sich nur auf die eigentliche «Vollmacht» i. S. vertragsbezogener Abschlussermächtigung, nicht dagegen für Begründung handelsrechtlicher (auf einem persönlichen Status beruhenden) Vertretungsmacht (unten Ziff. VI und Anm. 89), so BGE 81 II 62. Nach BGE 112 III 88 stellt eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanererkennung auch dann einen gültigen Rechtsöffnungstitel i. S. von SchKG 82/I dar, wenn sie durch einen Vertreter des Schuldners unterzeichnet worden ist; eines schriftlichen Vollmachtnachweises im Rechtsöffnungsverfahren bedarf es nicht (letzteres fragwürdig!).

2. Nachträgliche Genehmigung (OR 38)

a) Wirkung

Auch ein erst nach Vornahme des Geschäfts sich einstellender Bevollmächtigungswille kann das geschlossene Geschäft zum vertretungsweise vorgenommenen machen (OR 38/I): *Genehmigung* löst nachträglich Vertretungswirkungen aus. Voraussetzung ist allerdings, dass das zu genehmigende Geschäft vom vollmachtlosen Vertreter im Namen des Vertretenen geschlossen wurde (vgl. OR 38/I: «als Stellvertreter»); nicht möglich ist es, ohne Zustimmung des Dritten durch nachträgliche Übereinkunft zwischen Vertreter und Vertretenem Vertretungswirkungen auszulösen, d. h. an Stelle des ersteren den letzteren zum Vertragspartner zu machen (vgl. auch unten Ziff. V/3/b). - Im übrigen ist die nachträgliche Genehmigung im Sinne von OR 38 mit der vorgängigen Vollmachterteilung sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen wie der Wirkungen identisch²³. Insbesondere gilt auch hier grundsätzlich das «voluntaristische Prinzip», demzufolge der Vertretene nur durch seinen Willen, vertreten zu werden, nicht aufgrund geschaffenen Rechtsscheins verpflichtet wird (unten Ziff. 6, Ziff. VI).

Für die nachträgliche Genehmigung müssen die gleichen Grundsätze wie für die Vollmachterteilung gelten: Keine Empfangsbedürftigkeit²⁴, keine Formbedürftigkeit der Erklärung, insbesondere auch Genehmigung durch konkludentes Verhalten. Die Genehmigung muss sich auf ein konkretes Geschäft beziehen; sie darf dieses nicht modifizieren und muss, um wirksam zu sein, vorbehaltlos erfolgen²⁵. Mit der Genehmigung wird das Geschäft unverändert und mit allen ihm allenfalls anhaftenden Mängeln zum Geschäft des Genehmigenden (BGE 26 II 468). Die Genehmigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und stellt im Grunde einen Verzicht auf die Erhebung der Einrede fehlender Bevollmächtigung dar²⁶. Das bedeutet insbesondere auch, dass die Genehmigung *ex tunc* wirkt, d. h. die Verhältnisse so zu betrachten sind, wie wenn Vollmacht bereits bei Vornahme des Vertretungsgeschäfts vorgelegen hätte²⁷.

Besteht für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts eine *Befristung*, ist diese nur gewahrt, wenn die *Genehmigung binnen Frist* erfolgt. Mit der Genehmigung ist

²³ Da Widerruf der Vollmacht nur bis zur Vornahme des vollmachtgemässen Geschäfts möglich ist, kommt Widerruf einer Genehmigung zum vornherein nicht in Betracht.

²⁴ BGE 93 II 307 E. 4 hält zwar am Prinzip der Empfangsbedürftigkeit fest, betrachtet aber Erklärung an den Vertreter wie den Dritten als gleichwertig. So schon BGE 41 II 273. Zu unrecht wird in ZR 78/62, p. 132 abgelehnt, dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung (in casu Aktienverkauf) in einer Steuererklärung eine hinlängliche Dokumentation des Genehmigungswillens enthalten könne.

²⁵ BGE 93 II 307 E. 4; v. T./P., § 45/II, p. 400 und Anm. 19.

²⁶ Vgl. BUCHER, AcP 186, p. 55.

²⁷ In diesem Sinne BGE 107 III 50: Nachträgliche Genehmigung macht die vollmachtlos vertretungsweise vorgenommene Betreibungshandlung *ex tunc* wirksam.

indessen nicht die *Beibringung einer Vollmachturkunde* (z. B. im Prozess) zu verwechseln; da diese für die Vertretungswirkungen nicht konstitutiv ist, kann sie grundsätzlich (unter Vorbehalt der für einseitige Rechtsgeschäfte geltenden Regeln; vgl. unten bei Anm. 71-73 sowie Anm. 131) jederzeit erfolgen.

b) Genehmigung durch Stillschweigen

Nachträgliche *Genehmigung durch Stillschweigen* ist möglich. Sie erlangt hauptsächlich dort praktische Bedeutung, wo der Vertreter seine Vollmacht überschritten hat. Wenn der Vertreter einen Vertragstext aushandelt und nach Vertragsschluss dem Vertretenen unterbreitet, so müssen alle Vollmachtsüberschreitungen als durch Genehmigung geheilt gelten, wenn der Vertretene nicht sofort seinen Einspruch mitteilt, dies wenigstens in Fällen noch nicht abgewickelter Geschäfte und wenn für den Vertretenen klar ist, dass der Vertrag in seinem Namen geschlossen wurde. Genehmigung durch Stillschweigen kann allerdings nur angenommen werden, wenn der Vertreter in Beziehung zum Vertretenen steht (im obigen Sinn Vollmacht, wenn auch nicht hinreichende Vollmacht, erhalten hat, Familiengenosse, Angestellter, nicht vertretungsberechtigtes Organ, Organ einer konzernmässig verbundenen juristischen Person u. dgl. ist) oder von ihm infolge sonstiger qualifizierender Umstände eine ablehnende Erklärung erwartet werden darf²⁸.

c) Möglichkeit der Fristansetzung (OR 38/II)

Der Dritte kann bei Vertragsschluss um das Fehlen der Vollmacht wissen. Angesichts der für ihn vorerst resultierenden Gebundenheit an den geschlossenen Vertrag sieht OR 38/II im Hinblick auf diesen Schwebezustand die Möglichkeit vor, dass der Dritte für das Nachbringen der grundsätzlich jederzeit möglichen Genehmigung eine Frist ansetzt.

d) Rücktrittsrecht des Dritten bei Vertragsschluss in Unkenntnis fehlender Vollmacht

Die Regel von OR 38/II ist bloss für den Fall anwendbar, dass der Vertragspartner vom Fehlen der Vollmacht bei Vertragsschluss Kenntnis hatte²⁹. Andernfalls

²⁸ Vgl. dazu SJZ 45 (1949), p. 123 Nr. 20, sodann ZR 48/78, wo eine nach Auffassung des Gerichts durch die Vollmacht nicht gedeckte Vereinbarung einer Schiedsklausel durch stillschweigende Genehmigung gültig wird. Weiter zum *Stillschweigen* als Genehmigung ZR 4/168, p. 266; 12/181, p. 296 f. E. 2, 3; 24/80, p. 176 E. 4; 24/208; 48/78; BGE 93 II 307 E. 4, 43 II 300 E. 3.

²⁹ Kontrahiert der Dritte in Kenntnis des Fehlens der Vollmacht, ist der Vertrag unter der Suspensivbedingung der Genehmigung geschlossen, und im Falle des Verweigerens der Genehmigung trifft den Vertreter keine Ersatzpflicht. Anders, wenn der Vertreter im Sinne eines Garantieversprechens die Genehmigung seitens des Vertretenen fest zugesichert hat, was gemäss OR 111 möglich ist und zu einer Haftung für das Erfüllungsinteresse führt, aber nicht leichthin angenommen werden darf. - Bei schuldhafter Zusicherung, die Genehmigung werde gewiss erfolgen, kann auch eine culpa in contrahendo mit entsprechender (gegenüber OR 39 schwächerer) Haftung angenommen werden.

muss dem Dritten, der nachträglich von der derzeitigen Unverbindlichkeit des von ihm geschlossenen Vertrages infolge des Fehlens einer Vollmacht Kenntnis erhält, nicht bloss die Möglichkeit der Fristansetzung, sondern des *sofortigen Rücktritts* eingeräumt werden, da es m. E. nicht in Frage kommen kann, den Dritten, der ohne Kenntnis der Unverbindlichkeit des Vertrages auf der Gegenseite kontrahiert hat, seinerseits an den Vertrag gebunden zu halten³⁰; die positivrechtliche Begründung ist darin zu erblicken, dass jegliche vertragliche Selbstbindung unter dem unausgesprochenen Vorbehalt eingegangen wird, dass auch die Gegenpartei gebunden sei.

3. Bestimmung des Bereiches der Vertretungsmacht

a) Möglicher Inhalt der Vollmacht, Problem der «Generalvollmacht»

Der Bereich der Vertretungsmacht («Inhalt» der Vollmacht) kann vom Vollmachtgeber frei gestaltet werden (OR 33/II). Dieser kann die Vollmacht befristen oder an Bedingungen knüpfen, er kann aber auch deren Ausübung einschränken in dem Sinn, dass der Bevollmächtigte den Vertrag nur mit einem bestimmten Dritten oder zu bestimmten Vertragskonditionen schliessen kann.

Gemeinhin wird angenommen, dass die Vollmacht sowohl eine *Spezialvollmacht* wie auch *Generalvollmacht* sein, d. h. entweder zur Vornahme eines ganz bestimmten Geschäfts oder aber - mit dazwischenliegenden Abstufungen - auch zur Vertretung in sämtlichen denkbaren Belangen ermächtigen könne³¹.

Eine Generalvollmacht im Sinne einer sachlich unbeschränkten, sämtliche Lebens- und Geschäftsbereiche des Vertretenen erfassenden universalen Vertretungsmacht ruft Bedenken, da diesfalls die Vertretung in Bereichen und unter Voraussetzungen ausgeübt werden kann, an welche der Vollmachtgeber bei deren Erteilung nie gedacht haben mag. Die unkritische Zulassung von Generalvollmachten dürfte eine Auswirkung der Vermengung handelsrechtlicher und zivilrechtlicher Vertretungsverhältnisse sein; in gleichem Masse, als einerseits die kaufmännische Prokura und die organschaftliche Vertretungsbefugnis per definitionem eine generelle, d. h. nicht auf ein konkretes Geschäft bezogene, sondern einen ganzen Geschäftsbereich gesamthaft abdeckende und eine Einschränkung auf ein konkretes Geschäft nicht zulassende Vertretungsmacht darstellen, ist andererseits die zivilrechtliche Vollmacht in ihrem angestammten Wesen eine sachbezogene Vertretungsmacht; die «voluntaristische» Tradition der zivilrechtlichen Vertretung verlangt, dass die Vornahme des Vertretungsgeschäfts durch den Willen des Vertretenen gedeckt sei, was man nur annehmen kann, wenn sich die Vollmacht auf ein mehr oder weniger

³⁰ Vgl. im übrigen zur analogen Problematik des in Unkenntnis des Fehlens der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gemäss ZGB 19/I geschlossenen Vertrages BUCHER, ZGB 19 N. 135 f. und BGB § 178. - Anders als hier BECKER, OR 38 N. 3 und OSER/SCHÖNENBERGER, OR 38 N. 8, die beide die Möglichkeit des Rücktritts ablehnen.

³¹ v. T./P., § 42/IV/3, p. 361.

konkret vorgestelltes Geschäft bezieht. Dass die grundsätzliche Nichtzulassung einer Generalvollmacht im Rahmen zivilrechtlicher Vertretung (OR 32 ff.) der Auffassung des historischen Gesetzgebers entspricht, scheint mir durch OR 458/III (aOR 422/III) belegt zu werden, wo (im Gegensatz zur kaufmännischen Prokura, die bereits durch interne Willenserklärung bzw. Schaffung eines Rechtsscheins zur Entstehung gelangen kann) für die Errichtung einer *nichtkaufmännischen Prokura* die Eintragung im Handelsregister zum konstitutiven Erfordernis gemacht wird und diese (nach BGB und HGB nicht zugelassene) nichtkaufmännische Prokura sachlich nicht anders denn als Generalvollmacht im heute gebräuchlichen Sinn verstanden werden kann. Doktrin und Praxis werden zu überlegen haben, welcher Grad an Bestimmtheit und Sachbezogenheit für eine gültige Vollmacht zu fordern ist und wo Allgemeinheit zu nicht mehr zulässiger Inhaltslosigkeit wird³².

b) Inhaltsbestimmung bei «interner» Vollmacht (OR 33/II)

Wie bei allen rechtsgeschäftlichen Erklärungen ist nicht primär das subjektiv Gewollte, sondern das vom Erklärungsadressaten nach Treu und Glauben im Verkehr als gewollt zu Verstehende massgebend (oben § 10/III/3). Die Vollmacht ist in ihrer inhaltlichen Bestimmung so auszulegen, wie der *Bevollmächtigte*, der im Normalfall der sogenannten «internen» Vollmacht Adressat ist (oben Ziff. 1), sie nach den Umständen verstehen durfte und musste.

c) Bei direkter Kundgabe an Dritte («externe» Vollmacht; OR 33/III)

Nur wenn der Vollmachtgeber (entgegen dem vom Gesetzgeber als Regelfall betrachteten Vorgehen) die Vollmacht direkt dem Dritten mitteilt (sogenannte «externe» Vollmacht), ist als Vollmachtsbereich das aufzufassen, was der Dritte nach dem Vertrauensprinzip als deren Inhalt betrachten durfte (OR 33/III). Stimmen die Erklärungen gegenüber dem Bevollmächtigten und gegenüber dem Dritten inhaltlich nicht überein, so macht diesfalls die den weiteren Vollmachtinhalt bezeichnende Erklärung Recht («Prinzip des grösseren Umfangs»)³³.

Im Interesse der Verkehrssicherheit ist wohl zu fordern, dass der Tatbestand der *Ausstellung einer Vollmachturkunde* als Fall externer, dem Dritten direkt erklärter Vollmacht aufgefasst wird; dies wenigstens dann, wenn der Vollmachtgeber die Vollmachturkunde mit dem Zweck der Vorlage gegenüber dem Dritten errichtet hat. Diese Auffassung bedingt, dass inhaltliche Beschränkungen der Vertretungsmacht

³² De lege ferenda wäre z. B. zu fordern, bei Verfügungen über Grundstücke sich nicht mit Generalvollmachten zu begnügen, wie dies in den in BGE 99 II 41 ersichtlichen Beispielen der Fall gewesen zu sein scheint, sondern eine Spezialvollmacht zu verlangen, was wohl durch Art. 16/II der Grundbuchverordnung zugelassen wird. Das genannte Judikat illustriert hinreichend die Gefahren der heutigen unkritischen Auffassung.

³³ Ist die dem Dritten bekanntgegebene Vollmacht umfassender, ist diese massgeblich (OR 33/III) und BGE 85 II 24). Bei weiterem Umfang der internen Vollmacht ist diese gemäss allgemeinem Grundsatz (oben Ziff. 1) massgebend.

(z. B. nur mit bestimmten Personen zu kontrahieren, Preislimiten zu beachten oder auch, die Vollmacht bloss kollektiv mit einem anderen auszuüben) dem Dritten nicht entgegengehalten werden können, wenn sie nicht in der Urkunde ihren Ausdruck finden³⁴. Ob dies allerdings dem Willen des historischen Gesetzgebers entspricht, ist zweifelhaft, hat dieser doch beim Widerruf der Vollmacht umgekehrt entschieden, d. h. die Ausstellung einer Vollmachturkunde nicht als externe Direktkundgabe an den Dritten behandelt und den bloss internen Widerruf einer durch Urkunde gegenüber dem Dritten dokumentierten Vollmacht als wirksam erklärt (OR 36/II; unten Ziff. 5/e). Dieser sachlogische Widerspruch ist in Kauf zu nehmen, um die gesetzgeberische Opferung der Verkehrssicherheit zugunsten eines Voluntarismus in angemessenen Schranken zu halten; die Regeln, die zur Annahme einer *Anscheinsvollmacht* führen, wenn der Dritte aus dem Verhalten des Vertretenen auf einen Bevollmächtigungswillen schliessen darf (vgl. unten Ziff. 6), ergeben eine zusätzliche Rechtfertigung.

Das auch die Vollmachterteilung beherrschende Vertrauensprinzip bedingt in der Einzelauslegung eine Objektivierung, welche in gewissem Grade eine vom subjektiven Willen des Vollmachtgebers unabhängige Bestimmung des Vollmachtinhaltes bewirkt. Die Vollmacht zur Unterbreitung einer Offerte darf als Vollmacht zur Entgegennahme einer Annahmeerklärung verstanden werden, die Vollmacht zum Abschluss eines Vertrages wohl im Regelfall als Vollmacht zur Vertretung bei der Abwicklung des Vertrages (Empfangnahme der Sache und Vertretung im Eigentumserwerb, Erhebung der Mängelrüge, Fristansetzung und Wahlerklärung gemäss OR 107 usw.); entsprechend hat auch der Bote, der eine Erklärung überbringt, als zum Empfang der Antwort hierauf ermächtigt zu gelten, ebenso der Überbringer einer Quittung zur Entgegennahme der Zahlung³⁵.

4. Die gesetzlichen Endigungsgründe der Bevollmächtigung (OR 35, 37)

Der Gesetzgeber statuiert hinsichtlich der rechtsgeschäftlich begründeten Vertretungsmacht eine Reihe von Beendigungsgründen. Dass der Tod *des Bevollmächtigten*

³⁴ In diesem Sinn auch das Beispiel bei v. BÜREN, p. 154. - Dieser Grundsatz liefert auch die zutreffende Begründung für den richtig entschiedenen, aber falsch begründeten BGE 77 II 140/I: Die dem Bevollmächtigten erteilten Weisungen sind nicht deshalb gegenüber dem Dritten unwirksam, weil sie Bestandteil «des der Ermächtigung zugrunde liegenden Geschäftes, des sogenannten Veranlassungsgeschäftes» wären, die «vorerst nur das interne Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vertreter» betreffen würden. «Weisungen», die einen bestimmten Gebrauch der erteilten Vollmacht untersagen, sind, wenn verbindlich gemeint, Schranken der Vollmacht selber, die jedoch nach der hier vertretenen Auffassung dem Dritten nicht entgegengehalten werden können, wenn sie in einer ausgestellten Vollmachtsurkunde nicht Ausdruck finden. - Einer Auffassung der «Weisungen» im Sinne des Bundesgerichts zuneigend v. T./P., § 42/IV/3, p. 362. Vgl. auch unten bei Anm. 64 und 65.

³⁵ BGE 39 II 94 E. 3 unter Hinweis auf BGB § 370, ebenso v. T./P., § 42/I, p. 357 Anm. 18. Nach ZR 25/204 schliesst umgekehrt die Inkassovollmacht vermutungsweise nicht die Befugnis zur Verfügung über das Kapital (Teilverzicht, Stundung) in sich (hinsichtlich einer mässigen Stundung im Sinne der Bewilligung eines Zahlungsplanes würde richtigerweise wohl Vollmacht anzunehmen sein). Weitere Hinweise unten Ziff. 5.

die Vollmacht zum Erlöschen bringt, d. h. diese nicht auf dessen Erben übergeht, hätte kaum gesagt werden müssen³⁶; ebenso ist selbstverständlich, dass für eine aufgelöste juristische Person nicht mehr gehandelt werden kann, da kein zu vertretendes Rechtssubjekt besteht³⁷. - Im Falle des *Todes des Vollmachtgebers* wird die Vertretungsmacht grundsätzlich ebenfalls beendet, welche Wirkung indessen vertraglich ausgeschlossen werden kann und häufig (regelmässig in Vollmachtsformularen der Anwälte) ausgeschlossen ist. Die über den Tod hinausgehende Vertretungsmacht wirkt indessen nicht für den Vollmachtgeber, sondern dessen Erben, auf welche der Nachlass unmittelbar durch den Tod übergeht und deren Rechtsstellung durch vertretungsweise Handeln des Vertreters betroffen wird³⁸.

Verlust der Handlungsfähigkeit seitens des Vollmachtgebers als Tatbestand des Erlöschens der Vollmacht kann *nur Entmündigung*, nicht aber Verlust der Urteilsfähigkeit (Schlaf, Trunkenheit usw.) bedeuten³⁹. Hat der Vollmachtgeber, wie an sich möglich (und in Vollmachtformularen von Anwälten regelmässig vorgesehen) Weiterdauern der Vollmacht im Fall des Handlungsfähigkeits-Verlusts angeordnet, kann dies nicht hindern, dass der gesetzliche Vertreter seinerseits die Vollmacht revoziert⁴⁰.

Verlust der Urteilsfähigkeit seitens des *Bevollmächtigten* lässt wohl nicht die Vollmacht als solche untergehen, sondern verunmöglicht lediglich, dass der Bevollmächtigte während der Dauer der Urteilsunfähigkeit die Vollmacht wirksam ausübt (ZGB 17). Lediglich *Entmündigung* des Bevollmächtigten lässt die Vollmacht erlöschen, was aber vom Vollmachtgeber im voraus wegbedungen werden kann, wie dieser auch einem bereits Entmündigten oder Unmündigen gültig eine Vollmacht zu erteilen vermag.

³⁶ Der Vorbehalt gegenteiliger Vereinbarung bezieht sich auch auf diese Regel, so dass der Vollmachtgeber Vererblichkeit anordnen könnte.

³⁷ BGE 50 II 29 f. nimmt grundsätzlich Beendigung der Vollmacht bei *Löschung einer Kollektivgesellschaft* an, wobei umgekehrt aus dem Inhalt der Vollmacht oder ihrem sachlichen Zweck (in casu Prozessvollmacht) deren Weiterdauern folgen kann. Angesichts der deklaratorischen Natur der Eintragung ist richtigerweise nicht auf die Löschung im Handelsregister, sondern auf die Durchführung der Liquidation abzustellen. In diese Richtung weisend BGE 81 II 361.

³⁸ Da eine Vollmachterteilung von sämtlichen Erben ausgehen müsste und auch jeder einzelne durch die Handlung des Vertreters solidarisch verpflichtet wird, muss für ein Fortdauern der Vollmacht der bevollmächtigende Wille sämtlicher Erben gegeben sein, d. h. der Widerruf auch seitens eines einzigen die Vollmacht zum Erlöschen bringen; vgl. BUCHER, Komm. ZGB 11 N. 75; ZR 58/59; 59/120. - Zur Frage der über den Tod hinaus geltenden Vollmacht vgl. BGE 111 II 40; 101 II 118 E. 4; 97 I 274 E. 4; SJZ 79 (1983), p. 246 Nr. 43 (Vollmacht über den Tod hinaus soll nicht Verfügung über Grundstücke einschliessen); E. MÜLLER, Vererbliche Vollmacht, SJZ 43 (1947), p. 317-319.

³⁹ BUCHER, ZGB 19 N. 334.

⁴⁰ In BGE 78 II 372/73 taucht die Frage auf, ob bei *juristischen Personen* das dauernde Fehlen von vertretungsberechtigten Organen als Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers im Sinne von OR 35/I aufzufassen sei (Frage offengelassen). Jedenfalls lässt Tod oder Ausscheiden des vollmachterteilenden Organs die Vollmacht nicht erlöschen (a.a.O., p. 373).

Nicht nur der Widerruf, sondern auch die gesetzlichen Endigungsgründe lassen die Vollmacht erst untergehen, wenn der *Vertreter von ihnen Kenntnis* erhält. Diese Regel will den Vertreter vor Haftpflicht aus vollmachtloser Vertretung (OR 39, unten Ziff. IX/2) schützen. Hat jedoch der Dritte vor dem Vertreter Kenntnis vom Erlöschen der Vollmacht erlangt, ist das Vertretungsgeschäft ungültig, so dass diesfalls eine Ersatzpflicht des Vertreters ausgeschlossen und dessen Schutz nicht notwendig ist (OR 37/II). - Wenn der Vertreter in Kenntnis des Erlöschens der Vollmacht kontrahiert, ist die Vertretungshandlung ungültig, unerachtet des guten Glaubens des Dritten, und zwar grundsätzlich selbst im Falle direkter Vollmachtsmitteilung oder Ausstellung einer Vollmachtsurkunde⁴¹.

5. Erlöschen der Vollmacht infolge Widerrufs

a) Grundsatz der Widerruflichkeit (OR 34/I)

Die Vollmacht kann jederzeit widerrufen werden (OR 34/I, II), woraus sich ergibt, dass im Stellvertretungsrecht weniger der Akt der Vollmachterteilung als vielmehr der bevollmächtigende Wille als Dauerzustand massgebend ist. Der Vollmachtswiderruf ist naturgemäss *nur bis zur Vornahme des vollmachtgemässen Vertretungsgeschäfts* möglich.

Der Widerruf der Vollmacht muss nach bisheriger Auffassung dem Bevollmächtigten zur Kenntnis gebracht werden, wobei auch hier die Regeln über den Empfang von Willenserklärungen massgebend sind (oben § 10/VIII; v. T./P., § 42/VI, p. 366/7). Aber auch eine Widerrufs-Erklärung bloss an den Dritten muss das Zustandekommen eines Vertrages mit dem Dritten wirksam verhindern, so dass am Satz, dass Adressat des Widerrufs der Bevollmächtigte sein müsse, nicht festgehalten werden kann.

Zuständig zum Widerruf ist derjenige, der die zu widerrufende Vollmacht erteilt hat. War zur Begründung der Vertretungsmacht infolge besonderer Verhältnisse die Vollmachterteilung verschiedener Personen gefordert, kann jede von ihnen durch Widerruf die erteilte Vertretungsmacht beseitigen. Im Rahmen einer *Erbengemeinschaft* kann jeder einzelne Erbe eine vom Erblasser über den Tod hinaus erteilte Vollmacht widerrufen, weil zur Vertretung der Erbengemeinschaft die Vollmachterteilung seitens aller Erben gefordert ist (oben Anm. 38).

⁴¹ OR 36/II; BECKER, OR 35 N. 7; differenzierend v. T./P., § 42/VIII, p. 371 ff. Vgl. unten Ziff. 5e.

b) Sonderproblem der unwiderruflichen Vollmacht (OR 34/II)

Gemäss OR 34/I, II kann auf die jederzeitige Widerruflichkeit nicht verzichtet werden⁴².

Die Doktrin des BGB, nach dem grundsätzlich die Widerruflichkeit ausgeschlossen werden kann (vgl. § 168), hat nicht übersehen, dass die Erscheinung einer unwiderruflichen Vollmacht den Stellvertretungstatbestand überschreitet und eine besonders geartete *Verfügung über die dem Bevollmächtigten übertragene Rechtsbeziehung* darstellt⁴³. Für die Schweiz muss man sich fragen, ob nicht in Fällen der im Interesse des Bevollmächtigten erteilten unwiderruflichen Vollmacht diese im Sinne eines favor negotii in eine zulässige Verfügung über ein Recht des Vollmachtgebers umgedeutet werden sollte, insbesondere eine schriftlich erteilte unwiderrufliche Vollmacht zum Inkasso einer Forderung in eine Zession der fraglichen Forderung, wenn dieses Resultat dem Parteiwillen im Zeitpunkt der «Vollmachterteilung» entspricht.

c) Widerruf bei externer Vollmacht: Erklärung an den Dritten (OR 34/III)

Ist die Vollmacht dem Dritten «ausdrücklich oder tatsächlich kundgegeben» worden, so wird der Widerruf der Vollmacht nur wirksam, wenn er seinerseits dem Dritten bekanntgeworden ist. Der Mitteilung des Widerrufs der Vollmacht ist gleichzustellen die Bekanntgabe der Auflösung eines Vertragsverhältnisses (Auftrag, Arbeitsvertrag u. dgl.), die ein Dahinfallen der Vollmacht vermuten lässt.

Die Formel, dass auch eine «tatsächlich» kundgegebene Vollmacht nur durch Bekanntgabe an den Dritten unwirksam wird, ist der Ansatzpunkt für die in begrenztem Umfang mögliche Berücksichtigung einer Anscheinsvollmacht (vgl. dazu unten lit. e und Ziff. 6).

d) Zurückweisung der Vollmacht seitens des Bevollmächtigten als Erlöschungsgrund

Da der Bevollmächtigungstatbestand allein auf dem Willen des Vollmachtgebers beruht, ist an sich die Zustimmung des Bevollmächtigten nicht vorausgesetzt; dessen ablehnende Haltung könnte das Erlangen der Vertretungsmacht nicht hindern. Der Umstand, dass der Bevollmächtigte eine Vollmacht nach Erteilung zurückweist bzw. eine «Vertretung niederlegt» erlangt dann eigenständige Bedeutung, wenn dadurch der Vollmachtgeber abgehalten wurde, seinerseits (z. B. im Falle der

⁴² Zu den Wirkungen eines vertraglichen Versprechens, den Widerruf nicht auszuüben, vgl. v. T./P., § 42, p. 368. Im übrigen vgl. TH. REINHART, Die unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten praktischen Rechtsbeziehungen, Zürich 1981.

⁴³ FLUME, § 53, p. 876 ff.; v. TUHR, BGB Allg. Teil II/2, § 85VII/4, p. 408/09 bes. Anm. 210-214; DERS., Die unwiderrufliche Vollmacht, Festschrift für P. Laband, Tübingen 1908, p. 43 ff.; MÜLLER-FREIENFELS, p. 109 ff.

mit einer Kündigung seitens des Arbeitnehmers verbundenen Zurückgabe der Vertretungsmacht) die Vollmacht zu revozieren; in derartigen Fällen wäre ein Bevollmächtigungswille nicht mehr zu vermuten⁴⁴. Immer dann, wenn der Bevollmächtigte trotz «Niederlegung» der Vollmacht diese trotzdem ausüben sollte, sind Vertretungswirkungen demnach abzulehnen, und die gegenüber dem Vollmachtgeber ausdrücklich erklärte Zurückweisung der Vollmacht als eigenständiger Endigungsgrund der Vertretungsmacht zu betrachten.

e) Sonderproblem: Widerruf im Falle der Ausstellung einer Vollmachturkunde (OR 36/II)

Im Falle des Widerrufs der Vollmacht ist der Bevollmächtigte zur Rückgabe einer allenfalls ausgestellten Vollmachturkunde verpflichtet (OR 36/I)⁴⁵. Bedeutsam ist die indirekt aus OR 36/II folgende Regel, dass es trotz Vorlage einer Vollmachturkunde beim Grundsatz bleibt, dass der Widerruf der Vollmacht die Vertretungsmacht erlöschen lässt: Bei Unterbleiben der Rückgabe der Vollmachturkunde ist der gegründet auf diese von einem gutgläubigen Dritten geschlossene Vertrag ungültig und der Aussteller der Urkunde nicht verpflichtet; die für den Fall der Nichtrückforderung statuierte Schadenersatzpflicht (negatives Interesse) setzt das Entstehen eines Schadens voraus, der nur bei Annahme der Vertragsungültigkeit eintritt⁴⁶. Diese in der Sache fragwürdige Regel zeigt, wie sehr der Gesetzgeber dem voluntaristischen Prinzip verhaftet ist, wonach nur eine auf tatsächlichem Willen des Vertretenen beruhende Vertretung wirksam sein soll. Aus OR 36/II ergibt sich zwingend, dass ein über die Tatbestände von OR 33/III und 34/III hinausgehender Gutglaubensschutz und ein Gewährleisten der Verkehrssicherheit durch generelle Anerkennung einer Anscheinsvollmacht im Zivilrecht solange unmöglich ist, als diese Regel besteht, wird doch hier in einem Fall, der mehr als alle anderen denkbaren Fälle einen Schutz des Dritten verlangt, der auf den vom Vertretenen (sc. durch Ausstellung der Urkunde) geschaffenen Rechtschein vertraut, dieser Schutz primär verweigert und lediglich sekundär auf der Ebene einer Ersatzpflicht halbwegs nachgeholt. De lege ferenda ist eine Ausweitung der Vertretungswirkungen auf den Fall der Dokumentierung der Vollmacht mit einer Urkunde zu fordern, wie dies im BGB (§ 172/I in Verbindung mit § 171/II) seit je galt.

⁴⁴ Hinweis bei v. T./P., § 42/VI, p. 366 Anm. 61.

⁴⁵ Diese Regel hat auf die Vertretungswirkungen, d. h. auf das Verhältnis des Vertretenen zum Dritten, keinen Einfluss; sie ist eher auftragsrechtlicher als stellvertretungsrechtlicher Natur und hier nicht näher zu betrachten. Die Rückforderung unterbleibt häufig (regelmässig bei Anwaltsvollmachten).

⁴⁶ Vgl. v. T./P., § 42VIII/3, p. 373, der annimmt, dass der Aussteller der Urkunde sich durch Exkulpationsbeweis i. S. von OR 97 von der Schadenersatzpflicht befreien kann, was z. B. eine Befreiung der Erben, die keine Kenntnis von der Vollmachterteilung haben konnten, bedeutet. - Im Falle einer Verweigerung der Rückgabe der Urkunde seitens des Bevollmächtigten müsste wohl gleiches gelten, falls dem Aussteller der Urkunde nicht vorzuwerfen ist, er hätte durch Information potentieller Vertragspartner Schädigung abwenden können.

Die Regel von OR 36/II schliesst vor allem aus, den Tatbestand der Ausstellung einer Vollmachturkunde kurzerhand der externen (dem Dritten gegenüber erklärten) Vollmachterteilung gleichzustellen, in welchem Fall sich ein unlösbarer Widerspruch zwischen OR 34/III (Widerruf nur wirksam bei Mitteilung an den Dritten) und OR 36/II (Widerruf auch ohne Mitteilung an Dritten wirksam, wenn auch allenfalls Schadenersatzpflicht auslösend) ergäbe⁴⁷. Vielmehr darf wohl die Aushändigung einer Vollmachturkunde an den Vertreter nur dann als gegenüber dem Dritten erklärte, externe Vollmacht verstanden werden, wenn der Bevollmächtigte beauftragt war, die Urkunde einem ganz bestimmten Dritten vorzulegen; war die Urkunde nur zur internen Absicherung des Vertreters gedacht oder die Person des Dritten nicht bestimmt, muss es bei der Regel von OR 36/II bleiben⁴⁸, wonach der gegenüber dem Bevollmächtigten erklärte Widerruf unerachtet des Vorhandenseins der Vollmachturkunde künftige Vertretungswirkungen ausschliesst und ein Schutz des Dritten allenfalls auf der Ebene von Schadenersatzpflicht erfolgt⁴⁹.

6. Sonderproblem: Anscheinsvollmacht

Entsprechend der *voluntaristischen Grundlage des zivilrechtlichen Stellvertretungsrechts*⁵⁰ reichen grundsätzlich die Vertretungswirkungen nicht weiter, als es dem Willen des Vertretenen im Zeitpunkt der Vornahme des fraglichen Geschäfts entspricht. Damit ist festgestellt, dass die unzutreffende Behauptung einer Vollmacht seitens des Handelnden keine Wirkung hat und das vertretungsweise vorgenommene Geschäft den Vertretenen nicht bindet, sondern lediglich den vollmachtlosen Vertreter ersatzpflichtig macht (OR 39, unten Ziff. IX/3). Ebenso gilt, dass grundsätzlich auch *ein vom Vertretenen selber geschaffener oder geduldeter Rechtsschein eines Vertretungswillens, wenn dieser tatsächlich nicht vorliegt, keine Vertretungswirkungen auslösen würde*, dass kein Schutz des gutgläubigen Dritten und keine Gewährleistung der Verkehrssicherheit besteht, in welchem Sachverhalt der entscheidende

⁴⁷ Ausstellung einer Vollmachtsurkunde allgemein als Tatbestand externer Vollmacht aufgefasst von v. T./P., § 42/I, p. 358 bei Anm. 23.

⁴⁸ A. A. GAUCH/SCHLUEP, OR AT, Bd. I N. 1037; vgl. zur Problemlage auch CHAPPUIS/DÄTWYLER, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les art. 33, 34 et 36 CO, Sem.jud. 109, 1987, p. 241 ff.

⁴⁹ In derartigen Fällen findet auch die Lösung von OR 36/II insofern eine Rechtfertigung, als sich sagen lässt, dass der Vollmachtgeber keinen Anlass bzw. keine Möglichkeit der Kundgabe des Widerrufs an den Dritten besass, da er entweder nicht mit der Präsentation der Vollmachturkunde rechnen musste oder nicht wusste, wem sie vorgelegt werden würde.

⁵⁰ Vgl. etwa OR 33/II, 34/I, 36/II und oben Ziff. I, III/5/e. - Vgl. aus der Literatur zum Problem der Anscheinsvollmacht G. V. CRAUSHAAR, Die Bedeutung der Rechtsgeschäftslehre für die Problematik der Scheinsvollmacht, AcP 174 (1974), p. 2-25.

Gegensatz der zivilrechtlichen Stellvertretung gegenüber den kaufmännischen Vertretungsformen (unten Ziff. VI) liegt⁵¹.

Eine *Abschwächung* dieses Grundsatzes ist bereits in der Gesetzgebung in OR 33/III (oben Ziff. III/3c) und 34/III (oben Ziff. III/5c) angelegt und folgt weiterhin aus der Regel, dass im Falle der Ausstellung einer Vollmachturkunde deren Inhalt für die Bestimmung des Umfangs der Vollmacht massgebend ist (oben Ziff. 3/c). - Die Frage der Wirksamkeit einer «Anscheinsvollmacht» ist in den Zusammenhang des Grundsatzes zu stellen, dass im Falle der Bekanntgabe der Vollmacht gegenüber dem Dritten diese Bekanntgabe sowohl hinsichtlich des Bestands wie des Inhalts der Vollmacht massgebend ist (OR 33/III, 34/III), dass aber die Bekanntgabe an Dritte nicht bloss «ausdrücklich», sondern auch «tatsächlich» erfolgen kann (OR 34/III) und im übrigen dem *Vertrauensprinzip* (dazu oben § 10/III/3) untersteht. Dies führt zu der *Regel*, dass der Dritte sich auf eine *Vollmacht* berufen kann, *wenn der Vertretene durch sein Verhalten den Anschein geschaffen hat, dass er dem Vertreter Vollmacht bestimmten Inhalts erteile* oder wenn er in Kenntnis eines von Dritten (insbesondere des Vertreters selber) geschaffenen Anscheins nicht widerspricht, damit eine «Duldungsvollmacht» wirksam werden lässt. Dieser Grundsatz ist allerdings mit Vorsicht und genauem Unterscheidungsvermögen anzuwenden (an welchen es Doktrin und Praxis oft fehlen lassen): Die Annahme einer Anscheinsvollmacht ist nur dann gerechtfertigt, wenn das *Verhalten des Vertretenen selber* als Äusserung eines Bevollmächtigungswillens verstanden werden durfte, nicht jedoch, wenn *aufgrund sonstiger Umstände*, infolge eines durch Zufall oder durch Verhalten Dritter entstandenen Rechtsscheins der Dritte auf eine Vertretungsmacht schliessen durfte. Es muss auch in der Frage der Anscheinsvollmacht die Regel gewahrt bleiben, dass im Zivilrecht (anders als in den kaufmännischen Vertretungsverhältnissen) kein Schutz des objektiven Rechtsscheins gewährleistet werden kann, sondern die Behaftung eines Vertretenen durch die Vertreterhandlung nur dann zulässig ist, wenn das vom Vertretenen ausgehende Verhalten nach dem Vertrauensgrundsatz vom Dritten als eine Vollmachtkundgebung verstanden werden durfte.

Die Annahme einer *Anscheinsvollmacht* ist demnach in Fällen wie den folgenden zulässig:

- das Aushändigen einer Vollmachturkunde, die keine Preislimiten, Bedingungen usw. nennt, schafft den Anschein einer unbeschränkten, unbedingten Vollmacht, den sich der Aussteller enthalten lassen muss (oben Ziff. 3/c);
- das Aushändigen einer Quittung schafft den Anschein, der Empfänger und Überbringer der Quittung sei zur Entgegennahme der quittierten Leistung bevollmächtigt;

⁵¹ Das scheint in einem obiter dictum BGE 107 II 115 f. zu verkennen, ebenso SM 1985, p. 343 Nr. 65 (auch in *recht* 1986, p. 58 ff., mit Anmerkung von BUCHER). - Umgekehrt wird die hier vertretene Auffassung in BGE 109 II 454 (dazu auch unten Anm. 55) indirekt bestätigt, da dort eine auf Anscheinsvollmacht gestützte Vertretungsmacht des Architekten nicht einmal erwogen wird.

- aus der Vollmacht zum Abschluss eines Vertrages kann in der Regel auf die Vollmacht zur Vornahme von Rechtshandlungen im Rahmen der Vertragsabwicklung geschlossen werden (z. B. Vollmacht zum Abschluss eines Kaufvertrages schliesst die Vollmacht zur Entgegennahme der Vertragsleistung in sich)⁵². Die Vollmacht zur Entgegennahme einer Kapitalzahlung schliesst auch jene der Entgegennahme von Zinszahlungen in sich, umgekehrt diejenige zur Entgegennahme von Zinszahlungen die Vollmacht zur Entgegennahme des Kapitals jedenfalls dann, wenn zusätzliche Umstände für ein solches Verständnis sprechen⁵³.

Umgekehrt scheint mir die Annahme einer *Anscheinsvollmacht* immer dann *unzulässig*, wenn der Anschein einer Vollmacht nicht Ausfluss einer in direktem Zusammenhang stehenden Handlung des *Vertretenen* ist⁵⁴:

- der *Ehepartner* ist nicht automatisch zur Vertretung ermächtigt, sofern nicht eine familienrechtliche Grundlage (ZGB 166/I) besteht;
- ein mit Bauplanung und -ausführung beauftragter Architekt darf nicht aufgrund der blossen Architekten-(Beauftragen-)Stellung als zur Vergebung von Bau-, Installations- oder Ingenieurarbeiten bevollmächtigt betrachtet werden; der Umstand, dass in derartigen Fällen der Architekt häufig auch in gewissem Umfang Bevollmächtigter des Bauherrn ist, lässt nach dem Vertrauensprinzip nicht den Schluss auf eine *Anscheinsvollmacht* zu, solange Architektenmandate ohne Vollmacht überhaupt vorkommen⁵⁵.

⁵² Vgl. zur analogen Frage der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters BUCHER, ZGB 19 N. 99-102.

⁵³ BGE 85 II 25, wo aus dem zusätzlichen Umstand, dass es die Ehefrau des Gläubigers war, welche zum Zinsinkasso ermächtigt war, auf weitergehende Vertretungsmacht geschlossen wurde.

⁵⁴ Nur scheinbar stehen im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung die lange Reihe von Entscheidungen, in denen sich das Bundesgericht fälschlicherweise mehr oder weniger explizit auf zivilrechtliche Stellvertretungsregeln und «Vollmacht» beruft, während im Grunde kaufmännische Verhältnisse vorlagen, wo in der Tat nicht die Frage eines subjektiven bevollmächtigenden Willens des Vertretenen, sondern des Vorliegens eines objektiven Rechtsscheins zu stellen ist (so etwa BGE 31 II 672 f.; 49 II 215; 74 II 151/2); gl. Meinung A. KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 1985, p. 80 N. 252; im übrigen vgl. unten Ziff. VI.

⁵⁵ In klarem Widerspruch zum Gesetz daher der Entscheid SJZ 59 (1963), p. 188 Nr. 101; so wie hier SJZ 73 (1977), p. 82 Nr. 31.

Die Verhältnisse werden im Falle von Verträgen nach SIA-Normen durch deren vertretungsrechtliche Regeln kompliziert. In Frage kommen Art. 1.4.3 und 4 des «Vertrages für Architekturleistungen» (SIA-Nr. 1002, 1984), der zwischen Bauherrn und Architekten bestehen kann, oder Art. 154 und 155 der SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten), der allenfalls zwischen Bauherrn und Unternehmer massgeblich sein kann. In letzterem Zusammenhang vgl. GAUCH, in recht 1985, p. 30-35; ZR 79 (1980), Nr. 118 und BGE 109 II 454.

IV. Verhältnis der Vertretungsmacht zu begleitenden Vertragsbeziehungen zwischen Vertreter und Vertretenem («Abstraktheit» der Vertretungsmacht)

1. Unterscheidung von Vertretungsmacht und begleitendem Vertragsverhältnis

Begründet die Vollmachterteilung kein Vertragsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, wird zwischen ihnen doch in der Regel ein solches (insbesondere Arbeitsvertrag, Auftrag) bereits bestehen. Während die naturrechtlichen Kodifikationen die Vollmacht als Vertragstatbestand auffassen und ins Mandatsrecht einbeziehen⁵⁶, trennen die meisten neueren Kodifikationen⁵⁷ vom Vertrags-(Auftrags-)Verhältnis der Parteien den Ermächtigungstatbestand, der allein durch den einseitigen Ermächtigungswillen des Vollmachtgebers konstituiert wird und unabhängig von einer allfälligen Vertragsbeziehung besteht, wie umgekehrt letztere durch den (jederzeit möglichen) Widerruf der Vollmacht nicht berührt wird⁵⁸.

⁵⁶ ALR I/13 § 5 ff.: «Von Vollmächtsaufträgen»; franz. CC art. 1984 und dazu FERID, Bd. I, p. 357 f.; ABGB 1002 f. («Bevollmächtigungsvertrag»).

⁵⁷ aOR 36-49, BGB §§ 164 ff., OR 32 ff. –*Im deutschen Sprachbereich ist gesetzgebungsgeschichtlich das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch*, dessen Obligationenrecht auf den 1. Heumonats 1855 in Kraft gesetzt wurde, die erste Kodifikation, welche die Regelung der Stellvertretung (§§ 949-954) klar aus dem Mandatsrecht ausgliedert. Dem Beispiel des PGB folgend der Dresdener Entwurf (publ. 1866) in Art. 83-91 und das BGB für das Königreich Sachsen (1863) in §§ 788-791; anders dagegen noch der (ungefähr gleichzeitig auf das PGB geschaffene) Entwurf eines BGB für das Grossherzogtum Hessen (1853) in Art. 266-303. - Zur Geschichte vgl. F. J. STÖRI-SCHÜTZ, Die Regelung der Stellvertretung im kantonalen Recht vor Erlass des aOR und im aOR, Zürich 1978.

Die Kodifikationen des romanischen Sprachkreises haben sich weitgehend vom Vorbild des französischen Code Civil distanziert und regeln die Stellvertretung als ein vom Mandatsrecht unabhängiges Phänomen: Der Codice Civile *Italiens* (1942) art. 1387-1400, der revidierte Código Civil von *Portugal* (1967) art. 258-269 im Gegensatz zu art. 1318ff. des portugiesischen CC von 1867 und dem noch heute geltenden Código Civil Brasiliens (1916), der die Stellvertretung als eine Erscheinung des Mandats auffasst (art. 1288ff.). - Der für die Gesetzgebungsgeschichte des *spanischen Sprachkreises* wegweisende Código Civil von *Chile* (1855, verfasst vom Humanisten und grossen Juristen ANDRÉS BELLO) versteht als erste Kodifikation (neben dem gleichzeitigen Zürcher PGB BLUNTSCHLIS) die Vertretungsmacht als vom Mandat unabhängig (art. 1448ff., ihm folgen der CC *Argentiniens* (1871) art. 1161, *Spaniens* (1889) art. 1259/II, *Mexikos* (1932) art. 1800-1802 und viele andere.

⁵⁸ Die Vermengung der Vollmacht mit dem Auftrag dürfte in der ursprünglichen romanistischen Ablehnung der Stellvertretung ihre Wurzel haben, welche bewirkt, die erst in Ansätzen sichtbare Stellvertretungsmöglichkeit als einen Bestandteil des Mandats zu betrachten. Dass jedoch Vertretungsmacht einerseits, die mandatsrechtliche Vertragsbeziehung andererseits, zwei verschiedene Dinge sind, wurde nie ganz verkannt und jedenfalls seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts zunehmend beachtet; vgl. etwa G. F. PUCHTA, Pandekten § 53.

2. Sogenannte Abstraktheit der Vollmacht

Bei der Feststellung, dass die Vertretungsmacht einerseits, das zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bestehende Vertragsverhältnis andererseits unterschieden werden können und müssen, bleibt man nicht stehen, wesentliche Bedeutung erlangt die Unterscheidung erst mit der an sie anschliessenden Folgerung, dass die beiden Dinge in ihrem *rechtlichen Bestand voneinander unabhängig* sind. Der mit der Feststellung der «Abstraktheit der Vollmacht» erreichte Fortschritt liegt in der Vereinfachung der Vertretungsvoraussetzungen und damit einer Verbesserung der Rechtsstellung des Drittkontrahenten: Dieser muss zwar den Ermächtigungswillen des Vertretenen, nicht aber eine vertragliche Beziehung zwischen Vertretenem und Vertreter nachweisen und braucht sich keinerlei Einwendungen aus deren Rechtsverhältnis entgegenhalten zu lassen⁵⁹. Dabei ist es klar, dass in aller Regel eine Vollmacht nur im Hinblick auf eine bestehende Vertragsbeziehung erteilt wie ausgeübt wird wie auch, dass eine Kündigung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip vom Bevollmächtigten als Widerruf (bzw. auf seiten des Bevollmächtigten: als Zurückweisung) der Vollmacht verstanden werden muss (vgl. dazu oben Ziff. III/5d). Ebenso klar ist dagegen aufgrund der Rechtstradition wie des Gesetzeswortlauts, dass eine Vertragsungültigkeit aus irgendwelchen Gründen⁶⁰ die Gültigkeit der Vollmachterteilung nicht hindern kann. Verletzt die Vertretungshandlung interne vertragliche Abmachungen zwischen Vertretenem und Vertreter, wird dieser vertraglich haftbar, ohne dass dies grundsätzlich das Verhältnis zum Dritten betreffen würde (vgl. unten Ziff. 3b)⁶¹.

3. Bedeutung vollmachtbegleitender Verträge

Vollmachterteilung als solche begründet weder für den Bevollmächtigten noch den Vollmachtgeber irgendwelche Pflichten, wohl aber kann dies durch den vollmachtbegleitenden

⁵⁹ Im Falle des sowohl auftrags- wie vollmachtlosen Handelns des «Vertreters» gelten im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss OR 419-424; v. BÜREN, p. 163/64. Sobald indessen der Geschäftsherr genehmigt, kommen die Regeln der Stellvertretung und des Auftrages zur Anwendung (OR 38/39, 424). *Geschäftsführung ohne Auftrag regelt damit nur die Tatbestände dauernder Missbilligung der Vertragshandlungen seitens des Geschäftsherrn.*

⁶⁰ Falls sich solche Mängel nicht auf die Vollmachterteilung beziehen; Ziff. VII/2.

⁶¹ Das *Verhältnis zwischen Vollmacht und Auftrag* stellt sich gerade umgekehrt dar, als gelegentlich angenommen: Nicht ist der Vollmachtstatbestand von einem Auftrag abhängig oder wird durch einen solchen bedingt, sondern die Vertretungsmacht (bzw. deren Ausübung seitens des Bevollmächtigten) aktualisiert erst ein Rechtsverhältnis nach Auftragsregeln. Dass die Erteilung eines Auftrages die zu dessen Ausführung erforderliche Vollmacht einschliesst, ist zwar - auch ohne die Norm von OR 396/II, nach dem Vertrauensprinzip ohne weiteres anzunehmen, aber doch nicht zwingend: würde von seiten des Auftraggebers zwar ein Rechtshandlungsauftrag erteilt, in sachlogischem Widerspruch hiezu jedoch eine entsprechende Vollmacht wegbedungen, müsste dies als Zurücknahme des Auftrags verstanden werden; nicht dürfte, wie der Wortlaut von OR 396/II annehmen lassen könnte, entgegen dem expliziten Willen des «Auftraggebers», eine Vollmacht konstruiert werden.

Vertrag geschehen (gesetzlich geregelt in OR 394 ff. für den Fall auftragsrechtlicher Beziehung).

a) *Pflichten des Vollmachtgebers*

Der Vollmachtgeber kann sich vertraglich verpflichten, das übertragene Geschäft nicht selber abzuschliessen oder keine konkurrierenden Vollmachten zu erteilen. Ebenso kann er sich verpflichten, die Vollmacht nicht zu revozieren⁶². Alle derartigen Abmachungen betreffen nur das *Sollen* des Vollmachtgebers, nicht dessen *Können*: Trotz entgegenstehender Verpflichtung kann er selber handeln, die Vollmacht widerrufen oder Zweitvollmacht einräumen, haftet aber gegebenenfalls für Schaden wegen Vertrags-Nichterfüllung⁶³.

b) *Pflichten des Bevollmächtigten*

Der die Vollmacht begleitende Vertrag mag irgendwelche Pflichten oder Obliegenheiten des Bevollmächtigten statuieren, die dieser bei seiner Tätigkeit zu beobachten hat. Dieser Vertrag ist insbesondere auch die Grundlage für eine allfällige *Haftung des Vertreters* aus unsachgemässer Vollmachtausübung.

Ein Abgrenzungsproblem ergibt sich, wenn der vollmachtbegleitende Vertrag *Weisungen für die Ausübung der Vollmacht* enthält. Handelt es sich um Pflichten des Bevollmächtigten, die dessen Sollen betreffen, nicht aber dessen rechtliches Können einschränken und bei deren Missachtung das Vertretungsgeschäft gültig ist (der Vertreter aber wegen Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig wird) oder liegt eine inhaltliche Beschränkung der Vollmacht vor, bei deren Nichtbeachtung das Vertretungsgeschäft ungültig ist⁶⁴? Die Frage ist nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls

⁶² OR 34/II könnte dahin verstanden werden, dass der Vollmachtgeber nicht bloss sich nicht der Widerrufsmöglichkeit begeben kann, sondern auch keine vertragliche Verpflichtung übernehmen könne, die Widerrufsmöglichkeit nicht auszuüben. In Übereinstimmung mit v. T./P., § 42/VI/4, p. 367/68 ist jedoch anzunehmen, dass mit dieser Bestimmung nur die Gewährleistung der Widerruflichkeit der Vollmacht, nicht aber eine Einschränkung der Vertragsfreiheit beabsichtigt ist (a. M. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 34 N. 7). Dies war deutlicher sichtbar im Text von aOR 40/I («Eine vertragsmässig erteilte Vollmacht kann vom Vollmachtgeber jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der vertragsmässigen Ansprüche des Bevollmächtigten»); die hier vertretene Auffassung erscheint auch als lebensnaher, weil die Verpflichtung zum Nicht-Widerruf oft untrennbar verbunden sein mag mit arbeits- oder gesellschaftsvertraglichen Ansprüchen des Bevollmächtigten, die von der Vollmacht unabhängigen Bestand haben sollten.

⁶³ Die Verpflichtung, die erteilte Vollmacht nicht zu revozieren, ist immer dann unwirksam, wenn sie Bestandteil eines Auftragsverhältnisses bildet, das als solches widerruflich ist (OR 404); sie bleibt dagegen im Rahmen von Arbeits- und Gesellschaftsverträgen möglich, wo lediglich aus ZGB 27 (oben § 15/VII/3) allenfalls eine Beschränkung folgt.

⁶⁴ Bei sogenannter externer, d. h. direkt gegenüber dem Dritten erklärter Vollmacht (oben Ziff. III/1/b) stellt sich die Frage nicht, da diesfalls der dem Dritten bekanntgegebene Vollmachtinhalt massgebend ist (Ziff. III/3/c).

zu entscheiden; es muss aber als Regel gelten, dass unerachtet der Form der Erklärung (d. h. sei diese als Bestandteil der Vollmachterteilung oder des begleitenden Vertrages abgegeben) eine inhaltlich genau umschriebene (d. h. in der Anwendung keine wertenden Überlegungen erfordernde) und verbindlich gegebene (nicht bloss als Wunsch oder Ratschlag präsentierte) Instruktion als *inhaltliche Begrenzung der Vollmacht* zu verstehen ist. Verbindlich gemeinte Preislimiten oder Instruktionen, bloss einen bestimmten Kaufgegenstand zu erwerben, mit bestimmten Personen zu kontrahieren oder nicht zu kontrahieren usw. sind Vollmachtsbeschränkungen, deren Nichtbeachtung einen Tatbestand der vollmachtlosen Vertretung darstellt; eine den Bevollmächtigten verpflichtende (jedoch die Vertretungsmacht nicht beschränkende) Weisung liegt umgekehrt dann vor, wenn bestimmte Preisvorstellungen genannt werden, der Verkauf aber trotzdem «bestmöglich» (d. h. allenfalls auch billiger) erfolgen soll, wenn der Bevollmächtigte angewiesen wird, nicht ohne die Einholung der Meinungsäusserung eines Dritten zu kontrahieren usw.⁶⁵

V. Das Erfordernis des Handelns im Namen des Vertretenen

1. Grundsatz

Der Vertreter muss, damit das vertretungsweise vorzunehmende Rechtsgeschäft wirksam wird, vorerst in seiner Person all das verwirklichen, was zur Gültigkeit des Geschäfts an sich erforderlich ist⁶⁶. Sollen die Wirkungen dieses Geschäfts nicht in der Person des Handelnden selber, sondern eines Dritten (des Vertretenen) entstehen, setzen diese Vertretungswirkungen voraus, dass der Vertreter das Vertretungsverhältnis aufdeckt, nicht in eigenem Namen, sondern in jenem eines Vertretenen kontrahiert⁶⁷, d. h. zum Ausdruck bringt, dass er mit rechtlicher Wirkung nicht

⁶⁵ Zu Unrecht wird in BGE 77 II 140 die Instruktion, eine Liegenschaft nicht, insbesondere nicht an einen bestimmten Käufer zu veräussern, als Bestandteil «des der Ermächtigung zugrunde liegenden Geschäftes, des sogenannten Veranlassungsgeschäftes», das nur die Rechtsbeziehung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten betreffe, aufgefasst (p. 141). Das Ergebnis des Entscheides ist trotzdem richtig, da auf eine keine Beschränkung nennende Vollmachtsurkunde abzustellen war (vgl. vorstehende Anmerkung und oben bei Anm. 34).

⁶⁶ Ein subjektiver Unterschied besteht hinsichtlich der *Handlungsfähigkeit*, wo beim Stellvertreter lediglich Urteilsfähigkeit, nicht aber Mündigkeit vorausgesetzt wird, so dass der Unmündige oder der Entmündigte, Vollmachterteilung seitens eines voll Handlungsfähigen vorausgesetzt, wirksam handeln kann. Zu den Gründen vgl. BUCHER, ZGB 19 N. 327 f., 331.

⁶⁷ Dieses Erfordernis ist im Interesse des Dritten, nicht des Vertretenen aufgestellt, woraus folgt, dass im Falle des Unterbleibens dieser Offenlegung dem Dritten nicht zum vornherein die Möglichkeit, sich auf Vertretung zu berufen (den Vertretenen zu belangen), abgeschnitten werden soll. Vgl. dazu unten Ziff. 3.

für sich, sondern einen Dritten handelt (sogenannter Grundsatz der Offenlegung des Vertretungsverhältnisses)⁶⁸. Es kommt auf die Erklärung des Willens seitens *des Handelnden* an (BGE 88 II 194 E. 4 und 367), wobei das Auftreten nach aussen nach dem Vertrauensprinzip als verbindlicher Ausdruck dieses Willens zu gelten hat.

Die Erklärung des Vertretungsverhältnisses wird sehr oft nicht explizit erfolgen, sondern aus den Umständen zu schliessen sein⁶⁹. Es sind die allgemeinen Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen massgebend, d. h. nach dem Vertrauensprinzip kommt es darauf an, ob der Dritte aus den gesamten Umständen darauf schliessen musste, dass sein Partner nicht mit Wirkung für sich selber, sondern einen anderen handeln wolle. Wer sich bei Vertragsschluss als Angestellter einer Firma, als Organ einer juristischen Person erklärt, bringt damit oft genug zum Ausdruck, dass er nicht für sich selber handeln will, ebenso derjenige, der zu erkennen gibt, dass die eingehandelte Gegenleistung einem Dritten zugute kommen solle⁷⁰.

Auftreten im Namen des Vertretenen verlangt nicht, dass der Vertreter seine Vollmacht nachweist; die Entscheidung, ob er trotz fehlenden Vollmachtsausweises kontrahieren will, bleibt dem Dritten anheimgegeben⁷¹. - Andere Verhältnisse bestehen dagegen bei *einseitigen Rechtsgeschäften*, bei denen der Adressat Anspruch auf sofortige Klarstellung der Rechtslage hat und der deshalb eine ohne Vollmachtsausweis abgegebene vertretende Erklärung (z. B. Kündigung) zurückweisen kann⁷², in welchem Fall die Erklärung keine Wirkung entfaltet, wenn der Adressat Grund zum Zweifel an der Existenz der Vollmacht hat und nicht sofort (bei Kündigung binnen Frist) eine Legitimation nachgebracht wird⁷³.

2. Stellvertretungswirkungen trotz Nichtnennung der Person des Vertretenen

Wenn der Dritte in Kenntnis des Bestehens eines Vertretungsverhältnisses, aber ohne Kenntnis der Person des Vertretenen mit dem Vertreter kontrahiert, bringt

⁶⁸ Genau besehen bedeutet Handeln in fremdem Namen ein Doppeltes: Erklärung, dass man nicht in eigenem Namen handle, sodann Angabe des Vertretenen. Die letztere Erklärung impliziert die erstere, nicht aber umgekehrt. Auch bereits die Erklärung, nicht in eigenem Namen zu handeln, löst die Rechtswirkung aus, dass der Vertreter nicht persönlich Vertragspartei wird (vgl. dazu unten Ziff. 2). - Vgl. auch BGE 100 II 211 E. 8 und dort Zit. - Zum Problem des Handelns unter falschem Namen vgl. unten VIII/4.

⁶⁹ Vgl. dazu SJZ 1986, p. 230 Nr. 36; der Vertragspartner, der in bestimmten Bereichen Vertretungswirkungen behauptet und eigene Verpflichtungen ablehnt, ist beweisbelastet für Offenlegung bzw. Erkennbarkeit des Vertretungsverhältnisses (in casu Reiseveranstalter).

⁷⁰ Vgl. BGE 23 II 1795 f.

⁷¹ Vgl. im übrigen hinsichtlich der Form der Offenlegung des Vertretungsverhältnisses BGE 99 II 41.

⁷² So v. T./P., § 42/I, p. 357 bei Anm. 19; BGB § 174.

⁷³ Zum vergleichbaren Tatbestand der Zustimmung gemäss ZGB 19/I vgl. BUCHER, ZGB 19 N. 138 ff.; sodann hinsichtlich Kollektivvertretung unten Anm. 131.

er zum Ausdruck, dass ihm die Person seines Vertragspartners gleichgültig ist; er wird gegenüber dem Unbekannten Vertragspartner gebunden, da das Gesetz diese Möglichkeit nicht nur nicht ausschliesst, sondern sie in OR 32/II bestätigt⁷⁴.

Als erste Beispielsgruppe können jene Fälle genannt werden, bei denen es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er letztlich kontrahiert, etwa der Fahrgast des Taxameters, der sich nicht darum kümmert, die Halterfirma zu kennen⁷⁵, d. h. die sogenannten «*Geschäfte für denjenigen, den es angeht*»⁷⁶. Diesen Tatbeständen mangelnden «Wissensinteresses» des Dritten reihen sich an die Fälle, bei denen der Vertreter die Person des Vertretenen vorerst nicht zu offenbaren bereit ist, was gültigen Vertragsschluss zulässt, falls der Dritte sich darauf einlässt. Mit gleichem rechtlichem Endergebnis kann der Handelnde für einen nichtoffenbarten Dritten kontrahieren, ohne dass dessen Person überhaupt bestimmt wäre und er von diesem eine Vollmacht hätte; der Vertreter kann nachträglich den Vertretenen bestimmen und die Vertragswirkungen bei diesem eintreten lassen⁷⁷. Dies folgt daraus, dass bei Vornahme der Vertretungshandlung die Vollmacht nicht bereits vorliegen muss, sondern durch eine nachträgliche Genehmigung ersetzt werden kann (OR 38/I)⁷⁸. Wenn der Handelnde niemanden findet, der das Geschäft als vertretungsweise für ihn vorgenommen gelten lassen will, haftet er nach den Regeln der vollmachtlosen Stellvertretung, OR 39, unten Ziff. IX/2, wird aber, da er zum Ausdruck gebracht hat, nicht für sich selber zu handeln, aus dem Geschäft selber nicht verpflichtet.

Da in den hier besprochenen Tatbeständen der Dritte die Bereitschaft gezeigt hat, das geschlossene Geschäft als mit jedem vom Vertreter präsentierten Partner geschlossen gelten zu lassen, kann es auch nicht schaden, wenn der als Vertreter sich ausgebende Kontrahent von Anfang an ein *Eigengeschäft* beabsichtigt; die Erklärung, selber in den Vertrag einzutreten, muss der Benennung eines vollmachtgebenden Dritten gleichgeachtet werden⁷⁹.

⁷⁴ Grundlegend BGE 60 II 492, bes. 497 f., sodann 84 II 21 (obiter), 28 II 520 E. 4, SJZ 52 (1956), p. 113 Nr. 59; anders noch ZR 19/153 («denn eine Berechtigung gegen einen Unbekannten ist keine Berechtigung»).

⁷⁵ Beispiel nach v. T./P., § 44/I, p. 387.

⁷⁶ Vgl. z. B. LARENZ, Allg. Teil, § 30/II/b, p. 590 und dort Zit.; E. COHN, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931; BGE 84 II 21.

⁷⁷ So v. T./P., § 44/I, p. 387 Anm. 10, mit Hinweis auf HGB § 95.

⁷⁸ Für die Aufstellung der Regel, dass nur derjenige genehmigen könne, der vom vollmachtlosen Vertreter bei Geschäftsabschluss als Vertretener ins Auge gefasst wurde, besteht weder sachlicher Anlass noch gesetzliche Grundlage. Etwas zurückhaltender anscheinend BECKER, OR 32 N. 10, allenfalls ZR 11/1.

⁷⁹ Vgl. auch BGE 60 II 499f.

3. Rechtslage bei Handeln ohne Offenlegung des Vertretungsverhältnisses

a) Massgebende Grundsätze

Hat der Handelnde in eigenem Namen kontrahiert, wenn auch im Interesse eines Dritten, so sind *zwei mögliche Fälle* auseinanderzuhalten. Besteht eine interne Abmachung in dem Sinne, dass der Handelnde in eigenem Namen auftritt, jedoch den Erfolg dem Auftraggeber zuführe, so liegt ein Fall sogenannter indirekter Stellvertretung vor, der den Dritten unberührt lässt und hier nicht zu verfolgen ist⁸⁰. Es mag aber auch sein, dass der Vertretene dem Vertreter Vollmacht (und dann wohl auch Auftrag) gegeben hat, das zu tätige Geschäft stellvertretend in seinem Namen zu schliessen, während der Vertreter, obwohl bevollmächtigt zur Handlung in fremdem Namen, den Vertrag in seinem Namen geschlossen hat oder aber die Frage des Vertragsschlusses in eigenem Namen oder als Vertreter zwischen den vertragschliessenden Partnern offenblieb. Diesfalls ergibt sich eine differenzierte Rechtslage, derzufolge es dem Dritten je nach den Umständen freistehen muss, welchen der beiden Partner er in Anspruch nehmen will. Als Grundsatz ist festzuhalten, dass der Dritte sich vorerst an den Vertragspartner halten muss und andererseits der Vollmachtgeber keinerlei Ansprüche erheben kann. Zwar steht es den Beteiligten frei, den Vertrag für den Vertretenen wirksam werden zu lassen, was jedoch eine Zustimmung aller Beteiligten voraussetzt: Der in eigenem Namen kontrahierende Vertreter muss sich nicht gefallen lassen, aus dem Vertrag verdrängt zu werden, der Dritte nicht, einen anderen Vertragspartner zu erhalten, wobei er für sein Festhalten am ursprünglichen Partner nicht den Nachweis irgendeines Interesses erbringen muss⁸¹.

Es rechtfertigt sich indessen, die Rechtsstellung des Dritten insofern zu verbessern, als er unter bestimmten Umständen wahlweise neben dem mit ihm kontrahierenden Vertreter auch den «Vertretenen» beanspruchen kann⁸². Dies möchte ich - immer vorausgesetzt, dass dem Dritten der Nachweis der Vollmachterteilung gelingt - dann annehmen, wenn die vom Dritten erbrachte Vertragsleistung dem Vollmachtgeber zugekommen ist, in welchem Fall eine Beschränkung der Ansprüche auf den vielleicht insolventen Vertreter ungerechtfertigt erscheint. Das gleiche würde ich bei dem nicht selten anzutreffenden Tatbestand annehmen, dass im Prozess ungeklärt bleibt, ob der Vertreter vertretungsweise oder in eigenem Namen gehandelt habe (von dem oben Ziff. 2 behandelten unterscheidet sich dieser Tatbestand dadurch, dass

⁸⁰ Vgl. aber oben Ziff. II/1 und 2a.

⁸¹ Ob bei Eintritt des Vollmachtgebers ein Tatbestand einer Vertragsübernahme vorliegt, mag hier offenbleiben, ebenso, in welchem Verfahren dies Resultat erreicht wird.

⁸² *Facultas alternativa*; noch weiter geht vielleicht v. BÜREN, der p. 164/65 im Ergebnis schlechthin ein Wahlrecht des Dritten anzunehmen scheint.

nicht die Person des Vertretenen, sondern bereits die Frage der Vertretung an sich offen ist)⁸³.

b) Keine Sonderregelung, falls «gleichgültig, mit wem Vertrag geschlossen» (OR 32/II)

Das Verständnis der nicht offengelegten Stellvertretung in vorstehend genanntem Sinn ist durch die Neufassung von OR 32 verunklärt worden. Aus diesem Text könnte zu Unrecht geschlossen werden, dass Vertretungswirkungen auch bei Handeln des Vertreters in eigenem Namen eintreten, wenn es bloss dem Dritten «gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse»⁸⁴. Dies darf schon deshalb nicht angenommen werden, weil sonst der Dritte riskieren würde, im Prozess gegen den (ihm allein bekannten) Vertreter wegen dessen fehlender Passivlegitimation zu unterliegen, ein Resultat, das schlechterdings unakzeptabel, bei dieser (hier abgelehnten) Lesart jedoch unvermeidlich wäre⁸⁵. Die Anwendung von OR 32/II ist auf den Fall der *Klage des Vertretenen* zu beschränken. Der Dritte hat spätestens mit Klageeinleitung einen Anspruch darauf, den (ihm allein bekannten) Vertragspartner belangen zu können; im Aktivprozess darf ihm nicht zugemutet werden, nachzuweisen, dass er ein Interesse am Vertragsschluss gerade mit dem Handelnden besessen habe.

Es bleibt dabei, dass OR 32/II keinen neuen, von der Offenlegung des Vertretungsverhältnisses unabhängigen Vertretungstatbestand schaffen, d. h. zu Lasten des Dritten vom Erfordernis der Offenlegung der Vertretung dispensieren und dem Dritten allenfalls auch gegen dessen Willen einen Vertragspartner aufnötigen will.

⁸³ In BGE 90 II 289 sehe ich einen Anwendungsfall sowohl des einen wie des anderen Grundsatzes, obwohl das Bundesgericht in der Argumentation zurückhält.

⁸⁴ Zum Sinn der Revision vgl. BECKER, OR 32 N. 8, der annimmt, rev. OR 32/II wolle in der Kontroverse um den sogenannten *animus incertus* Stellung nehmen, d. h. gewährleisten, dass ein Vertrag auch dann gültig bleibt, wenn zwischen den Beteiligten nicht klargestellt wurde, ob der eine Vertragschliessende vertretungsweise oder aber in eigenem Namen kontrahiere.

⁸⁵ Zum Grundsätzlichen vgl. BUCHER, in AcP 186, p. 54-58, mit Kritik an ZR 80/2. Richtig SJZ 66 (1970), p. 73 Nr. 32, wobei die Begründung allerdings weniger - mit v. T./P., § 44/I, p. 387/88 - darin gesehen werden darf, dass es dem Dritten selten gleichgültig sei, mit wem er kontrahiere, sondern im Grundtatbestand, dass es dem unter eigenem Namen aufgetretenen Vertreter bei dessen Belangung überhaupt verwehrt ist, sich auf die Gleichgültigkeit des Dritten, mit wem er kontrahiere, zu berufen, sondern dieser Umstand nur dem Vertretenen einen Anspruch gibt, sich - bei Fehlen eines Widerspruchs des Dritten, der «gleichgültig» ist - unter Ausschluss des Vertreters zum Vertragspartner zu machen. Zu der in Deutschland vertretenen und vielleicht auch in der Schweiz anzutreffenden Auffassung, dass bei Handgeschäften, insbesondere beim Barkauf auch ohne jede Offenlegung des Vertretungsverhältnisses das Eigentum an der Kaufsache sofort auf den im Hintergrund stehenden Geschäftsherrn übergehe, wenn bloss - wie hier regelmässig - dem Verkäufer die Person des Vertragspartners gleichgültig war, vgl. LARENZ, Allg. Teil, § 30/II, p. 590/91 mit Hinweisen. Mit dem Wortlaut von OR 32 lässt sich diese Auffassung, die eine Stütze sodann in den in OR 401 für Forderungen ausgedrückten Grundgedanken findet, ohne weiteres vereinbaren; hier sollte nur festgehalten sein, dass dieses Resultat nicht bei einem ablehnenden Willen des Dritten eintreten darf.

Der Dritte darf nach wie vor immer dann, wenn er nicht fest mit einem Vertretungsverhältnis rechnen musste, sich an seinen Vertragspartner halten, niemals muss er sich entgegenhalten lassen, es fehle ihm an einem (legitimen) Interesse, den Vertreter und nicht den Vertretenen in Anspruch zu nehmen⁸⁶.

VI. Der Gegensatz der zivilrechtlichen Vertretung (OR 32 ff.) zu den Formen handelsrechtlicher Vertretung

1. Allgemeines

Die zivilrechtliche, «bürgerliche» Stellvertretung, wie in OR 32 ff. geregelt, ist nicht die einzige rechtliche Erscheinungsform des Handelns im Namen und mit Wirkung für einen Dritten; neben diese treten die Formen der *handelsrechtlichen Vertretung* (Prokura und verwandte Erscheinungen, unten Ziff. 2), die Fälle sogenannter *gesetzlicher Vertretung* (die hier nicht weiter in Betracht gezogene Vertretung der Minderjährigen durch die Eltern, der Entmündigten durch den Vormund, des einen Ehegatten durch den anderen)⁸⁷; als *Sonderfall handelsrechtlicher Vertretung* ist das *Handeln mit Wirkung für juristische Personen* zu nennen, das dogmatisch allerdings nicht als Handeln eines vom Vertretenen unabhängigen Dritten, sondern eines *Organs*, als Bestandteil des Vertretenen vorgestellt wird (unten Ziff. 3)⁸⁸.

Trotz der vergleichbaren Erscheinungsform der genannten Vertretungsverhältnisse ist die zivilrechtliche Stellvertretung von diesen grundlegend verschieden; sehr zum Schaden einer scharfen Erfassung werden die verschiedenen Vertretungsformen in der Doktrin vermengt und in der Praxis ein «juristischer Eintopf» angerichtet⁸⁹. Die nur bei der zivilrechtlichen Vertretung angetroffene Besonderheit, die diese von den anderen Formen klar unterscheidet, liegt darin, dass Umfang und Bestand der Vertretungsmacht in sehr weitgehendem Mass vom Willen des Vertretenen

⁸⁶ So auch BGE 88 II 357. - Vom Willen des Dritten kann vielleicht dann abgesehen werden, wenn die Frage, wer dessen Vertragspartner sei, nicht in einer Auseinandersetzung mit diesem, sondern zwischen angeblichem Vertreter und angeblich Vertretenem bzw. deren Konkursmassen aufgeworfen wird. Dies sind denn auch die Tatbestände, die von v. TUHR angeführt werden, der einer vom Willen des Dritten abstrahierenden Betrachtung zuneigt (v. T./P., § 44/I, p. 388/89).

⁸⁷ Vgl. dazu neben der familienrechtlichen Literatur v. T./P., § 43, p. 379-385.

⁸⁸ Hier nicht zu behandeln ist die Ausgestaltung der Vertretung in der *Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft* (vgl. OR 555 und 563-566), sowie bei der *einfachen Gesellschaft* (OR 543/44).

⁸⁹ Zur Kritik vgl. unten Ziff. 5. - Mit dieser Feststellung soll nicht geleugnet werden, dass im Grenzbereich angesiedelte Zwischenformen ebenfalls denkbar sind, besonders bei der Erteilung von «Generalvollmachten», die sich im Ansatz zivilrechtlich präsentieren, jedoch im Ergebnis wohl oft als handelsrechtlich zu qualifizieren sind; vgl. etwa BGE 81 II 62.

abhängen, während bei den anderen Formen sich der Umfang der Vertretungsmacht nach objektivem Recht richtet, ja sogar teilweise die Vertretungsmacht als solche unabhängig vom Willen des Vertretenen zur Entstehung gelangt. Dies führt zu grundlegenden Unterschieden, vor allem hinsichtlich der Berücksichtigung des Rechtsscheins eines Vertretungsverhältnisses, der bei der voluntaristischen zivilrechtlichen Vertretung nur im Rahmen des Vertrauensprinzips (im Ansatzpunkt auch hier willensabhängig) angenommen werden kann (dazu oben Ziff. III/6), während die anderen Formen einen bestehenden *Rechtsschein eines Vertretungsverhältnisses* zum zentralen Anhaltspunkt haben und damit eine Vertretungsmacht kraft Gesetzes eintreten lassen⁹⁰.

Da die Wirkungen zivilrechtlicher Stellvertretung, nicht aber diejenigen der anderen Vertretungsformen unmittelbar vom Willen des Vertretenen abhängig sind, ist beispielsweise eine Willensmängel-Anfechtung wohl bei einer Vollmacht im Sinne des Stellvertretungsrechts (unten Ziff. VII/2), nicht dagegen bei einer Bestellung eines Prokuristen oder korporativen Organs möglich, wie auch volle Handlungsfähigkeit des den Rechtsschein einer Prokura-Erteilung auslösenden Geschäftsherrn nicht Voraussetzung der Vertretungsmacht darstellt.

Die strukturelle Verschiedenheit der Vertretungsformen schliesst nicht aus, dass gewisse Bereiche eine weitestgehend übereinstimmende Regelung gefunden haben, so etwa die Frage der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bzw. der Doppelvertretung, Besonderheiten der Kollektivvertretung und dgl. (vgl. dazu unten Ziff. VIII), wie auch die Folgen fehlender Vertretungsmacht (unten Ziff. IX).

2. Kaufmännische Vertretung (Prokura, Handlungsvollmacht, OR 458-465) und verwandte Erscheinungen⁹¹

a) Gegensatz zur zivilen Stellvertretung

Die *Besonderheiten der (handelsrechtlichen) Prokura* gegenüber der zivilistischen Stellvertretung bestehen vor allem darin, dass ein ermächtigender Wille des Vertretenen in bezug auf das getätigte Geschäft nicht vorausgesetzt wird, wenn nur dem Handelnden die Stellung eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zukommt und das vorgenommene Geschäft in den gesetzlich umschriebenen Vertretungsbereich fällt. Die Prokura entsteht nicht nur durch vom Geschäftsherrn bewusst herbeigeführte Ernennung oder Eintragung im Handelsregister, sondern auch durch blosses Gewährenlassen und Schaffen des Anscheins, jemanden als für sich handelnden Prokuristen anzuerkennen, d. h. aber potentiell auch gegen den Willen

⁹⁰ Der Terminus «*Vollmacht*» sollte auf die durch Willen des Vertretenen geschaffene und auf ein bestimmtes Sachgeschäft bezogene Vertretungsmacht, d. h. auf die zivilrechtliche Stellvertretung beschränkt bleiben. Vgl. auch unten Anm. 112.

⁹¹ Vgl. dazu weiterhin OR/BT, § 20.

des Geschäftsherrn (BGE 94 II 118; vgl. auch 96 II 442 und 84 II 168). Die Eintragung im Handelsregister ist (bei der kaufmännischen Prokura) nicht Gültigkeitserfordernis, sondern lediglich eine neben anderen mögliche Form, die Vertretungsmacht nach aussen kundzutun. Im Falle der *Handlungsvollmacht* ist Eintragung überhaupt nicht möglich, Entstehungsgrund ist hier allein der vom Geschäftsherrn geschaffene Rechtsschein, sich vertreten lassen zu wollen (z. B. die Dame an der Kasse eines Ladens, die für den Ladeninhaber gültig Zahlungen entgegennehmen kann).

Dass der Gesetzgeber streng an der Scheidung zivil- und handelsrechtlicher Vertretung festhält, folgt aus OR 40 und 458: Abs. I von OR 458 schränkt die Anwendbarkeit der Prokura-Regeln personell auf den «Inhaber eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes», sachlich auf die Führung des fraglichen Gewerbes ein, während die Erteilung einer *nichtkaufmännischen Prokura* (im Gegensatz zum deutschen HGB, § 48) zwar zugelassen wird, jedoch nur durch Eintragung im Handelsregister zustande kommt (OR 458/III, HRV 105), die hier ausnahmsweise konstitutive Wirkung hat. Die Abgrenzung des Geltungsbereiches der beiden Institute ist so zu sehen, dass die Regeln der Prokura und der anderen Handlungsvollmachten (OR 458 f., 462 f.) dann gelten, wenn der Vertretene Kaufmann im Sinne von OR 458 ist und die Vertretung sich auf sein Gewerbe bezieht, während im nichtkaufmännischen Bereich ausschliesslich die Regeln von OR 32-38 zur Anwendung gelangen. Anders nur, wenn - was selten vorkommt - der Nichtkaufmann durch Eintragung einer Prokuraerteilung im Handelsregister (dazu HRV Art. 105) die (ihrerseits ausschliessliche) Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Grundsätze von OR 458-461 begründet; die Anwendung der Regel von OR 462 betreffend andere kaufmännische Handlungsvollmachten auf nichtkaufmännische Verhältnisse ist ausgeschlossen.

b) *Geschichtliche Grundlage*

Die Gegensätzlichkeiten der zivilrechtlichen und der handelsrechtlichen Vertretung sind nicht bloss aus der verschiedenen Funktion, sondern insbesondere der unterschiedlichen Entwicklungsgeschichte heraus zu verstehen: Während die Stellvertretung ihre Wurzeln in der Naturrechtslehre hat und sich erst in der jüngeren Pandektistik durchzusetzen begann, immer aber Bestandteil des universitären Wissenschaftsrechts, d. h. der Zivilrechtsdogmatik, bildete⁹², hat sich die Prokura auf der Ebene der Handelspraxis, ohne wissenschaftliche Anerkennung und Bearbeitung, gewissermassen im «handelsrechtlichen Wildwuchs» entwickelt; die Besonderheiten sowohl der zivilrechtlichen wie der handelsrechtlichen Vertretung lassen sich nur aus dem Gegensatz von Zivil- und Handelsrecht heraus verstehen⁹³. Eine prokuramässige

⁹² Vgl. zur Entwicklungsgeschichte der «bürgerlichen» Stellvertretung oben Ziff. I.

⁹³ Vgl. dazu BUCHER, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, Festschrift für Meier-Hayoz, Zürich 1972, p. 1-14.

Vertretung, deren Anfänge zu Beginn der Neuzeit im Handel der oberitalienischen Städte zu suchen sind, ist älter als die Zulassung zivilrechtlicher Vertretung, so dass vertretungswises Handeln während Jahrhunderten in der Handelspraxis fest eingebürgert war, während diese Möglichkeit von der universitären Wissenschaft noch geleugnet wurde.

c) Sachbereich der Vertretung

Der sachliche Bereich der durch die *Prokura* verliehenen Vertretungsmacht ist nicht vom Willen des Geschäftsherrn, sondern vom *Gesetz* bestimmt, welche Regelung den in kaufmännischen Verhältnissen unentbehrlichen Schutz der Verkehrssicherheit ausmacht. Die Errichtung einer Prokura ist demnach nicht, wie die zivilrechtliche Bevollmächtigung, eine sachbezogene (d. h. ein konkretes Vertretungsgeschäft ermöglichende), sondern eine *personbezogene* Schaffung einer Vertreterstellung; die Frage, ob ein konkretes Geschäft des Prokuristen durch den Willen des Geschäftsherrn gedeckt sei oder nicht, darf deshalb überhaupt nicht gestellt werden⁹⁴.

Die Vertretungsmacht ist sachlich sehr weit umschrieben und erfasst alle mit dem eigentlichen Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Rechtshandlungen sowie auch die Prozessführung betreffend Geschäftsvorfälle; ausgenommen sind lediglich Veräusserung und Belastung von Grundstücken (OR 459), die Erteilung von Prokuren und nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbereich gehörende Handlungen. Soweit die Prokura keine Vertretungsmacht verleiht, kann der Geschäftsherr den Prokuristen durch besondere Vollmachtserteilung ermächtigen, welche Vertretungsbefugnis sich nach den Regeln der bürgerlichen Stellvertretung richtet.

d) Weitere Fälle gesetzlich bestimmter Vertretungsmacht

Den kaufmännischen Vertretungsverhältnissen der Prokura und Handlungsvollmacht im Sinne von OR 458-465 sind an die Seite zu stellen die im Gesetz umschriebenen und nicht vom Parteiwillen bestimmten Vertretungsbefugnisse des im Sinne von OR 348b/II *vertretungsberechtigten Handelsreisenden* und des *Vermittlungsagenten*, der gemäss OR 418c/I und II zwar nicht Verträge schliessen kann, wohl jedoch eine beschränkte passive Vertretungsbefugnis hinsichtlich der Abwicklung der durch seine Vermittlung geschlossenen Verträge (Entgegennahme von Mängelrügen und ähnlichen Erklärungen) besitzt. Dagegen besteht keine gesetzliche Umschreibung der Vertretungsbefugnis des sogenannten Abschlussagenten, so dass

⁹⁴ Was am deutlichsten durch die Funktion der Prokura an ihrem historischen Ursprung (oberitalienische Städte zu Beginn der Neuzeit) illustriert wird: Die Notwendigkeit der Schaffung der Prokuristen-Stellung ist ursprünglich nicht (wie heute überwiegend) durch die Grösse der Betriebe bedingt, sondern durch die Notwendigkeit, in einer anderen Stadt einen abschlussberechtigten Vertreter zu bestellen; wer mit diesem kontrahierte, war sich im klaren, dass der Prokurist seine eigene Entscheidung traf und nicht den Willen des Geschäftsherrn vollzog, der von der Sache keine Kenntnis haben konnte.

für diesen die Vorschriften des bürgerlichen Stellvertretungsrechts Geltung haben müssen und von der Sache her gesehen an sich geforderte handelsrechtliche, d. h. die Vertretungsbefugnis objektiv umschreibende Grundsätze lediglich durch richterliche Lückenfüllung geschaffen werden könnten.

Analoge Grundsätze scheinen mir auch im *Prozessrecht* hinsichtlich der Prozessvertretung zu gelten; obwohl sich die Stellung des Parteivertreters subsidiär nach Stellvertretungsrecht gemäss OR 32 ff. bestimmt, bleibt es der Prozessgesetzgebung überlassen, die Vertretungsmacht objektiv zu umschreiben, wobei die Feststellung des Vorliegens und des Umfangs einer prozessualen Vertretungsbefugnis einen geschaffenen Rechtsschein berücksichtigen muss⁹⁵, so dass in gewissem Umfang handelsrechtliche Grundsätze auf einen sonst zivilrechtlichen Bereich übertragen werden können⁹⁶.

3. Organschaftliches Handeln für juristische Personen

In der klassischen Konzeption ist die Handlung des Organs einer juristischen Person nicht vertretungsweise Handeln, sondern Handeln der juristischen Person *selber*, die durch ihre Organe nach aussen auftritt. Der Wille des Organs ist nicht Wille eines dritten Rechtssubjekts, sondern, wenn in Organstellung gebildet, der Wille der juristischen Person, deren Organ als Teil ihrer selbst vorgestellt wird. Diese Konzeption erklärt, weshalb Organe nicht bloss rechtsgeschäftlich, sondern «durch ihr sonstiges Verhalten» (ZGB55), d. h. auch durch unerlaubte Handlungen, die juristische Person verpflichten können. Wie bei der Prokura (oben Ziff. 2) ist der Umfang der Vertretungsmacht nicht durch den Willen des Vertretenen, sondern durch objektives Recht bestimmt; noch mehr als bei der Prokura ist hier die Vorstellung einer Vollmachterteilung verfehlt.

Organe im vertretungsrechtlichen Sinne sind nur die kraft Körperschaftsrecht statutarisch zur Vertretung berechtigten Personen, beim Verein die zur Geschäftsführung berufenen Vorstandsmitglieder, bei der Aktiengesellschaft die geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrates und allenfalls in gleiche Rechtsstellung eingesetzte Direktoren im Sinne von OR 717/II, nicht dagegen Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, mögen diese noch so sehr die Geschicke des Unternehmens

⁹⁵ Vgl. zu dieser Frage ROSENBERG/SCHWAB, Zivilprozessrecht, 13. Auflage, München 1981, § 54/II/6, p. 299.

⁹⁶ Unter diesem Gesichtspunkt kann der Entscheid BGE 53 III 174 f., wonach der in den Räumen eines Anwalts wirkende Ferienvertreter aufgrund des geschaffenen Rechtsscheins als zu dessen Vertretung zu Prozesshandlungen ermächtigt betrachtet wird, gebilligt werden: Die Grundsätze der bis zu einem gewissen Grade unabhängig vom Parteiwillen eintretenden und in ihrem Umfang vom Gesetz bestimmten Vertretungsmacht des Prozessvertreters gelten auch für die von diesem allenfalls erteilte Substitutionsvollmacht, die deshalb, wenn es das Verfahrensrecht erfordert, allenfalls auch ohne bevollmächtigenden Willen des Vertretenen angenommen werden darf; die dem genannten Entscheid zugrunde liegenden Überlegungen dürfen aber nicht auf ausserprozessuale zivilrechtliche Verhältnisse übertragen werden.

bestimmen⁹⁷. Im Gegensatz dazu hat die Praxis (ohne Grundlage im Gesetz, vgl. ZGB 55) den Organbegriff ausweitend interpretiert, wenn es um die *Zurechnung von faktischem Verhalten* der Funktionäre einer juristischen Person geht; insbesondere wird das deliktische Verhalten leitender Personen, auch wenn diese nicht statutarische (vertretungsberechtigte) Organe sind, als unerlaubte Handlungen der juristischen Person selber qualifiziert⁹⁸; dieser «haftungsrechtliche Organbegriff» darf nicht auf Fragen organschaftlicher Vertretung übertragen werden.

Der Mechanismus zum *Erlangen der Organstellung* gleicht weitgehend den Regeln der Prokura: Der Eintrag im Handelsregister begründet jedenfalls Organstellung, darüber hinaus kann aber die Bestellung als Organ auch durch konkludentes Verhalten, insbesondere durch Dulden von Organhandlungen erfolgen, wobei dieses Dulden allerdings vom Kurationsorgan (z. B. der Generalversammlung oder der Gesamtheit aller Aktionäre einer Aktiengesellschaft) des fraglichen Organs ausgehen muss, während in anderen Fällen nur eine durch Duldung entstandene Prokura oder Handlungsvollmacht angenommen werden dürfte⁹⁹.

Im *sachlichen Bereich* umfasst die Vertretungsbefugnis des Organs alle Befugnisse des Geschäftsherrn selber, ist also schrankenlos¹⁰⁰. Gegenüber dem Prokuristen stehen auch die diesem abgehenden Befugnisse offen, insbesondere die Befugnis,

⁹⁷ Vgl. dazu BGE 105 II 292 E. 5 mit Hinweisen.

⁹⁸ Dieser Praxis liegt die (sachlich gerechtfertigte) Tendenz zugrunde, bei Fehlverhalten von leitenden Personen eine volle Haftung der juristischen Person nach ZGB 55, nicht bloss eine Geschäftsherrenhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit gemäss OR 55 eintreten zu lassen. ZGB 55 stellt, im Gegensatz zu OR 55, keinen eigenen Haftungstatbestand dar, sondern ist lediglich eine Zurechnungsnorm: das Verhalten der Organe ist der juristischen Person als eigenes anzurechnen; vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht, Bd. I, 1975, p. 19. Zur Abgrenzung des Organs im hier besprochenen Sinn gegenüber der (Geschäftsherrenhaftung begründenden) Hilfsperson vgl. BGE 87 II 187 E. 2; 81 II 226/7; OFTINGER/STARK, a.a.O., Bd. II/1, Zürich 1987, p. 272 ff.; A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, 4. A., Bern 1979, p. 92 ff. - In ZR 75/99 wird der im Deliktsrecht entwickelte Organbegriff auch auf die Haftung bei Vertragserfüllung ausgedehnt (Unmöglichkeit der Haftungsbeschränkung gemäss OR 100 anwendbar für Organe, nicht dagegen für Hilfspersonen). - Vgl. im übrigen BUCHER, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, Festgabe für W. F. Bürgi, Zürich 1971, p. 39-64, bes. p. 48 f. und Anm. 13.

⁹⁹ In BGE 96 II 442 in Sachen Parsel SA konnte der Handelnde sowohl als Organ, d. h. geschäftsführender Verwaltungsrat, aufgefasst werden, weil er selber Alleinaktionär war und sich Vertretungsbefugnisse angemasst hatte, während in der Duldung seitens des ordnungsgemäss bestellten Verwaltungsrates das Erlangen der Prokuristenstellung erblickt werden könnte.

¹⁰⁰ Im Gegensatz zum organschaftlichen Modell beschränkt die mandatsrechtliche Konzeption des *französischen Rechtskreises* die Vertretungsmacht der leitenden Funktionäre grundsätzlich auf jene Handlungen, die zur Erfüllung des der Geschäftsleitung erteilten Auftrages notwendig werden. - Im anglo-amerikanischen *Rechtskreis* sind Handlungen, welche ausserhalb des von den Statuten umrissenen Geschäftsbereichs liegen, «als deren Kräfte übersteigend», ungültig (die «ultra-vires»-Doktrin). In beiden Rechtskreisen besteht jedoch heute eine starke Tendenz in Richtung einer Annäherung an den deutschen bzw. schweizerischen Rechtszustand.

Prokuristen zu ernennen, Grundstücke zu belasten oder zu veräussern (OR 459/II) und jene Geschäfte zu tätigen, die nicht mehr zum normalen Betrieb im Sinne von OR 459/I gehören (insbesondere Liquidationshandlungen und Tätigkeit von Geschäften in firmenfremden Bereichen).

In Verkennung der Grundzüge organschaftlicher Vertretungsbefugnis hat das Bundesgericht im «Prospera-Fall» 95 II 448 die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäss OR 814 (und damit implizit desjenigen einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft, OR 718 und OR 899) dahin interpretiert, dass nur solche Handlungen des Organs die juristische Person vertreten (verpflichten) würden, welche in ihrer konkreten Ausgestaltung den Zwecken derselben dienlich sein könnten¹⁰¹. Die notwendige Korrektur ist in BGE 111 II 289 erfolgt, wo das Erfordernis der «konkreten Zweckdienlichkeit» der Vertretungshandlung fallen gelassen wird, so dass die Risiken der Treuwidrigkeit des Organs wieder bei der organbestellenden juristischen Person liegen.

4. Vertretung im Rahmen von Personengesellschaften

Die Regeln organschaftlicher Vertretung mit der grundsätzlich sachlich unbeschränkten und die Gefahr treulosen Handelns nicht auf Dritte überwälzenden Vertretungsmacht gelten auch im Rahmen der Vertretung der *Kollektiv- und Kommanditgesellschaft*. Dies ergibt sich aus der Formel von OR 564/I, die im revidierten OR mit den analogen Normen der juristischen Personen übereinstimmt¹⁰². Im Rahmen der *einfachen Gesellschaft* (OR 530-551, «Gesellschaft bürgerlichen Rechts» gemäss BGB § 705-740) gelten dagegen grundsätzlich die Regeln der Stellvertretung gemäss OR 32 ff.¹⁰³.

5. Kritik an der Vermengung der Grundsätze zivilrechtlicher und handelsrechtlicher Vertretung

Die bereits oben (Ziff. 1) kritisierte Vermengung der bei zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Vertretungsformen geltenden Grundsätze bedeutet vor allem,

¹⁰¹ Vgl. zur Kritik am Prospera-Entscheid BUCHER, in Festgabe für W. F. Bürgi, p. 39-64. Vgl. weiterhin BUCHER, Vorbem. ZGB 12 N. 138 m. w. H.; A. HEINI, ZSR 89 (1970), p. 436 und DERS., Die Vereine, in SPR II, Basel/Stuttgart 1967, p. 564.

¹⁰² Aus der Literatur W. HARTMANN, OR 564 N. 4; A. SIEGWART, OR 564 N. 2; A. HUECK, Das Recht der OHG, 4. Aufl., München 1971, p. 290.

¹⁰³ OR 543/III gilt nur bei extern (direkt oder indirekt) kundgegebener Vertretungsmacht; die im Falle der Überlassung der Geschäftsführung vermutete Vertretungsmacht darf nur mit Zurückhaltung als eine Annäherung an organschaftliche Vertretungsgrundsätze gedeutet werden.

dass an die *zivilrechtliche Stellvertretung fälschlich handelsrechtliche Prinzipien* herangetragen bzw. Grundsätze handelsrechtlicher Vertretung nicht klar auf den handelsrechtlichen Bereich beschränkt werden: In einer Reihe von Entscheidungen nimmt das Bundesgericht Vertretungsmacht nicht aufgrund bevollmächtigenden Willens des Vertretenen, sondern des von ihm geschaffenen Rechtsscheins an, was im kaufmännischen Bereich, grundsätzlich aber nicht im Rahmen zivilrechtlicher Vertretung zulässig ist. Am deutlichsten wird dies in BGE 74 II 150/51, wo ohne ausdrückliche Berufung auf OR 32 ff. im Text der Entscheidung¹⁰⁴, immerhin aber unter Verwendung der für das Zivilrecht reservierten Formeln «Erteilung einer Vollmacht», «Bevollmächtigung», «Vollmacht» (p. 151-153) eine Vertretungsmacht kraft geschaffenen Rechtsscheins angenommen wird, wie dies nur bei handelsrechtlicher Vertretung zulässig ist. Im Ergebnis ist der Entscheid (wie auch weitere ähnlich gelagerte)¹⁰⁵ richtig, weil er sich tatsächlich auf kaufmännische Verhältnisse bezieht und zu Unrecht lediglich nicht deutlich die Ableitung der Vertretungsmacht aus dem Rechtsschein auf die kaufmännischen Verhältnisse beschränkt. Die Folgen der unklaren dogmatischen Haltung zeigen sich etwa in Entscheidungen wie dem in SJZ 59 (1963), p. 188 Nr. 101 publizierten, wo unter ausdrücklicher Berufung auf BGE 74 II 151 fälschlich angenommen wird, dass ein privater Bauherr infolge des durch Beauftragung eines Architekten geschaffenen Rechtsscheins die Handlungen des Architekten (in casu Beauftragung eines Ingenieurs) gegen sich gelten lassen müsse¹⁰⁶.

VII. Berücksichtigung subjektiver Momente (Willensmängel, guter Glaube usw.) im vertretungsweise geschlossenen Geschäft

1. Berücksichtigung der subjektiven Elemente hinsichtlich des Vertretungsgeschäftes beim Vertreter

Da es der Vertreter ist, der das Vertretungsgeschäft abschliesst, beurteilt sich die Frage, ob dieses an Willensmängeln leidet (vor allem Irrtum, auf den wir uns im folgenden zur Hauptsache beschränken werden, aber auch Täuschung, Drohung, oben § 13, § 13/V, VI), *grundsätzlich aus der Lage des Vertreters*. Ganz allgemein ist, wenn das Wissen oder Nichtwissen rechtlich bedeutsam wird, auf die Person des

¹⁰⁴ Wohl aber enthält (damit erst eine klare Fehlaussage schaffend) das *Rubrum* der amtlichen Ausgabe, p. 149, den Hinweis «Stellvertretung (Art. 32 OR)».

¹⁰⁵ Vgl. etwa noch BGE 31 II 672 f.; 57 II 160 E. 3.

¹⁰⁶ Hinsichtlich der Vertretungsmacht eines mit Bauausführung beauftragten Architekten richtig dagegen BGE 97 II 68 ff. und SJZ 73 (1977), p. 82 Nr. 31.

Vertreters, nicht des Vertretenen abzustellen¹⁰⁷. So in der Frage der Gutgläubigkeit beim Eigentums- oder Forderungserwerb (ZGB 714/II; OR 18/II) oder bei der an den Zedenten gehenden Zahlung des Schuldners (OR 167), in der Frage des Kennens von Mängeln beim Kauf (OR 192/II, 200), wie auch in der Bestimmung des Zeitpunkts des Beginns des Fristenlaufs zur Erhebung von Mängelrüge die Empfangnahme (OR 201/I) seitens des Vertreters oder die Entdeckung verborgener Mängel (OR 201/III) durch den Vertreter massgebend ist¹⁰⁸.

Die aus dem genannten Grundsatz folgende Regel, wonach Wissen oder Nichtwissen des Vollmachtgebers im Hinblick auf das Vertretungsgeschäft nicht zu berücksichtigen ist, hat indessen *keine allgemeine Geltung*; sie muss m. E. eine Schranke dann finden, wenn der Vertretene seine Vollmacht mit Bezug auf ein konkretes Geschäft erteilt hat, dessen Umriss und Hintergründe ihm bei der Vollmachterteilung genau bekannt waren, in welchem Fall die Vollmachterteilung den Inhalt des Vertretungsgeschäftes abdeckt¹⁰⁹. Die Regel der Nichtberücksichtigung des Wissens oder Nichtwissens des Vollmachtgebers gilt daher nur bei allgemein gefassten Vollmachten¹¹⁰; bei Spezialvollmachten, die sich auf ein inhaltlich umrissenes Geschäft beziehen und die bei der Betrachtung der zivilrechtlichen Vertretung im Vordergrund stehen, muss eine *Kumulation des Wissens* von Vertreter und Vertretenem stattfinden¹¹¹, womit die Möglichkeit der Willensmängelanfechtung des vom Vertreter vorzunehmenden Geschäfts eingeschränkt wird.

¹⁰⁷ Das Wissen eines bösgläubigen Vertreters ist grundsätzlich dem Vertretenen zuzurechnen (Wissensvertretung); vgl. dazu unten Anm. 115 und BGE 112 II 505 f., wo allerdings eine Zurechnung wegen wirtschaftlicher Identität des Vertreters mit dem täuschenden Vertragspartner («Dritter») verneint wird.

¹⁰⁸ So v. T./P., § 44/II/4, p. 392. Diese Konzeption, die zweifelsfrei jene des historischen Gesetzgebers des OR wie des BGB ist, bildet Ausfluss der *Repräsentationstheorie* mit ihrer strikten Trennung von Vollmachterteilung einerseits, Vornahme des Vertretungsgeschäfts andererseits (vgl. dazu oben Anm. 3 und 22). Diese gesetzgeberische Grundhaltung, deren Schwächen sich besonders bei der Berücksichtigung der Willensmängel zeigen, ist immer wieder kritisiert und mit dem Gegenmodell einer gesamtheitlichen Betrachtung konfrontiert worden. In neuerer Zeit besonders MÜLLER-FREIENFELS, a.a.O., p. 389 ff.; FLUME, z. B. § 52/5a, p. 868. - In BGE 105 II 24 wird der Handelnde (Verkäufer eines Juwelier-Geschäfts) nicht als Vertreter qualifiziert (nimmt daher die Stellung eines Boten ein), so dass der Erklärungsirrtum dem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann.

¹⁰⁹ Je mehr eine Vollmacht auf ein konkretes Geschäft abgestimmt und damit eingeeengt ist, um so mehr wird die Stellung des Vertreters in dieser Frage derjenigen des Boten angenähert, dessen Wissen oder Nichtwissen rechtsunerheblich ist.

¹¹⁰ Und in noch höherem Mass bei kaufmännischen und organschaftlichen Vertretungsverhältnissen, die, wie sich einmal mehr zeigt, nicht mit der zivilrechtlichen Stellvertretung vermengt werden sollten. Andere Gesichtspunkte als bei dieser sind auch bei den Tatbeständen gesetzlicher Vertretung massgebend.

¹¹¹ Wie Spezialvollmachten sind Tatbestände der Erteilung von Generalvollmachten zu betrachten, bei denen der Vollmachtgeber über den Verlauf der Verhandlungen orientiert ist und Gelegenheit hat, Einspruch zu erheben bzw. sein Wissen um die Hintergründe des zu schliessenden Geschäfts dem Vertreter mitzuteilen. - Die hier gezeigte Lösung der Unterscheidung nach dem Grad der Mitwirkung des Vertretenen bei der Willensbildung findet sich bereits im Dresd. E. § 86 vorgezeichnet. Vgl. im übrigen auch FLUME, § 52/5a, p. 867 und dessen Hinweis auf Art. 12 des Vereinheitlichungsentwurfs zum Vollmachtrecht von *Unidroit*. Dass die *Abgrenzung* des Typus der Generalvollmacht von jenem der Spezialvollmacht oft schwierig sein wird, liegt auf der Hand. Die Zuordnung zur einen oder anderen Gruppe muss wertend erfolgen, wobei die Intensität des Wissens des Vollmachtgebers und allfällige Umgehungsabsichten mit berücksichtigt werden können.

Die Vertretungstatbestände, bei denen das Wissen des Vertretenen mitberücksichtigt werden muss, sind gleichzeitig auch jene, bei denen ein Irrtum des Vollmachtgebers hinsichtlich des Vertretungsgeschäfts mittelbare Berücksichtigung finden darf; dazu Ziff. 2.

2. Anfechtung der Vollmacht wegen Irrtums des Vollmachtgebers

Auch einseitige Rechtsgeschäfte unterliegen grundsätzlich den fraglichen Willensmängel-Regeln, weshalb der Vollmachtgeber bei Vorliegen von Willensmängeln die erteilte Vollmacht anfechten und damit von *Anfang an* unwirksam machen kann, womit das Vertretungsgeschäft ungültig wird und er Vertretungswirkungen von sich abwendet¹¹². Die Anfechtung wegen Willensmängeln hat nur dann überhaupt praktische Bedeutung, wenn bereits eine Vertretungshandlung vorgenommen wurde, andernfalls der Vollmachtgeber den einfacheren Weg des Widerrufs wählen wird.

In sachlicher Hinsicht kann sich (bei Irrtum, auf den wir uns hier beschränken, und bei Täuschung) der Willensmangel einmal auf den *Entschluss* beziehen, einer bestimmten Person *Vollmacht* zu erteilen; es fällt diesfalls hauptsächlich ein Irrtum über die Person des Bevollmächtigten, allenfalls ein Erklärungsirrtum hinsichtlich des Inhalts der erteilten Vollmacht¹¹³, in Betracht.

Sachlogisch zu unterscheiden vom eigentlichen Irrtum in der Bevollmächtigung ist der Irrtum des Vollmachtgebers über die Elemente des vertretungsweise geschlossenen Geschäfts. Wenn eine Generalvollmacht erteilt wurde, so ist *kein Wille* auf Vornahme eines konkreten Geschäfts beim Vollmachtgeber vorhanden, so dass auch keine diesbezüglichen Willensmängel bestehen können. Im Masse jedoch, als der Wille des Vollmachtgebers sich auf ein konkretes Geschäft bezieht und er keine General-, sondern eine *Spezialvollmacht* erteilt, ist der Wille, ein bestimmtes Geschäft zu schliessen, nicht bloss Motiv der Vollmachterteilung, sondern deren

¹¹² Die Anfechtung der Vollmacht wegen Willensmängel ist, wie bereits der Begriff der Vollmachterteilung (oben Anm. 90), *auf die zivilrechtliche Stellvertretung beschränkt*. Die kaufmännischen Vertretungsverhältnisse, die nicht auf einem geschäftsbezogenen Ermächtigungswillen des Geschäftsherrn, sondern auf dem Willen beruhen, dem Prokuristen oder Organ einen (in seinen Wirkungen vom Gesetz bestimmten) *Status* eines Vertreters zu geben, lassen Willensmängelanfechtung zum vornherein nicht zu. Der für die Vertretungswirkungen konstitutive Wille des Geschäftsherrn geht nicht dahin, ein bestimmtes vertretungsweise vorzunehmendes Geschäft zu ermöglichen, sondern eine bestimmte Person als Prokuristen zu bestellen (ähnlich hier im Ergebnis auch GAUTSCHI, OR 396 N. 20d). Gleiches muss bei der Ernennung von Organen juristischer Personen gelten.

¹¹³ Zum Beispiel ZR 8/168.

inhaltlicher Bestandteil, soll doch der Vertreter nur gerade zum Abschluss des vorgezeichneten Geschäfts ermächtigt werden. Wenn demnach hinsichtlich dieses Geschäfts beim Vollmachtgeber Willensmängel bestehen, kann zwar nicht das Vertretungsgeschäft selber, vielleicht in besonderen Fällen aber (mit identischem Erfolg; unten Ziff. 3) die Vollmachterteilung angefochten werden¹¹⁴.

Die praktische Bedeutung der Irrtumsanfechtung der Vollmachterteilung aus Gründen, die im Vertretungsgeschäft liegen, erscheint in dem Mass allerdings eingeschränkt, als im Einzelfall das *Wissen des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet werden muss* (hatte der Vertreter ein irrtumsausschliessendes Wissen - z. B. Kenntnis der Unechtheit des zu kaufenden Bildes - und musste dieses Wissen dem Vertretenen zugerechnet werden, hat dieser nicht geirrt)¹¹⁵.

3. Geltendmachung der Willensmängel

Die Anfechtung wegen Willensmängeln hat grundsätzlich vom Vertretenen als dem durch das anfechtbare Rechtsgeschäft rechtlich Betroffenen auszugehen, und zwar auch in Fällen der Anfechtung des Vertretungsgeschäfts, die auf einem beim Vertreter verwirklichten Willensmangel, in einem von diesem vorgenommenen Geschäft beruhen (oben Ziff. 1). Umgekehrt hat der Vertreter im Regelfall auch als zur vertretungsweisen Anfechtung bevollmächtigt zu gelten.

Adressat der Anfechtungserklärung ist der Dritte. Dies ist selbstverständlich bei der Anfechtung des mit diesem geschlossenen Vertretungsgeschäfts, muss aber auch gelten, wenn die (möglicherweise bloss gegenüber dem Vertreter erklärte) Vollmacht angefochten und damit das geschlossene Vertretergeschäft unwirksam gemacht werden soll¹¹⁶.

Die *Anfechtungsfrist* beginnt zu laufen mit Entdeckung des Irrtums seitens des anfechtungsberechtigten Vertretenen, wobei allerdings u. U. das Wissen des Vertreters als solches des Vertretenen zu gelten hat.

Die *Wirkungen* erfolgreicher Willensmängel-Anfechtung bestehen in der *Ungültigkeit des Vertretungsgeschäfts* (zu Einzelheiten oben § 13); auch die Ungültigkeit der Vollmachterteilung (die oben Ziff. 2 genannten Fälle) wirkt sich dahin aus, dass das vertretungsweise vorgenommene Geschäft ungültig ist (dazu unten Ziff. IX/1a).

¹¹⁴ Die Abgrenzung der Tatbestände, bei denen Irrtum des Vollmachtgebers berücksichtigt werden kann, muss nach denselben Gesichtspunkten erfolgen, die darüber entscheiden, ob das Wissen des Geschäftsherrn neben demjenigen des Vertreters zu berücksichtigen ist (oben Ziff. 1), in beiden Fragen muss die Antwort davon abhängen, ob der Wille des Vollmachtgebers sich nur auf die formale Seite der Vollmachterteilung bezogen oder mehr oder weniger auch die konkrete Gestaltung des Vertretungsgeschäfts miterfasst hat.

¹¹⁵ Im übrigen wird nicht aufgrund einer beliebigen Vollmacht jegliches Wissen des Vertreters dem Vertretenen zugerechnet, sondern nur jenes, das mit der Ausübung der Vollmacht in Sachzusammenhang steht. Vgl. zu dieser Frage BGE 73 II 13; 25 II 854/5. - Böser Glaube des Vertreters hinsichtlich der Zulässigkeit des Vertretungsgeschäfts wirkt auch zu Ungunsten des Vertretenen: ZR 12/27.

¹¹⁶ So im Ergebnis auch v. T./P., § 42/III, p. 360.

Im Falle der *Anfechtung des Vertretungsgeschäfts* (oben Ziff. 1) entsteht die Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden gemäss OR 26 in der Person des *Vertretenen*, der mit der Irrtumsanfechtung sich aus der ihn treffenden vertraglichen Bindung befreit, während den Vertreter keine Haftung trifft.

Im Falle der *Anfechtung der Vollmachterteilung* infolge Irrtums des Vollmachtgebers wird an sich das Vertretungsgeschäft vom Irrtum direkt nicht berührt, sondern lediglich sekundär wegen Fehlens einer gültigen Vollmacht unwirksam. Bei formaler Betrachtung müsste der ohne wirksame Vollmacht handelnde Vertreter dem Dritten schadenersatzpflichtig werden, während der Vertreter in der Höhe seiner Ersatzpflicht seinerseits (nach den Grundsätzen des die Vollmacht begleitenden Vertrages) einen Anspruch gegen den Vollmachtgeber hätte. Richtigerweise sollte ein Direktanspruch des Dritten gegen den seine Vollmachterteilung anfechtenden Vertretenen angenommen werden; damit wird nicht bloss ein Umweg vermieden, sondern eher gewährleistet, dass der volle Schadenersatzanspruch des Dritten auch dann erhalten bleibt, wenn zwar den Vollmachtgeber, nicht aber den Vertreter ein Verschulden trifft (dazu unten Ziff. IX/2)¹¹⁷.

Das gegenüber dem Dritten eine *Schadenersatzpflicht auslösende Verschulden* (OR 26) kann sowohl in Fahrlässigkeit des Vollmachtgebers wie derjenigen des Vertreters bestehen, d. h. die beidseitigen Verschulden sind zu kumulieren. Verschulden des Vertretenen kann insbesondere in nicht gehöriger Instruktion des Vertreters bestehen.

VIII. Sonderfragen

1. Unter-Vertretung, Substitutionsvollmacht

Der Sachverhalt, dass der Vertreter die ihm erteilte Vollmacht nicht selber ausübt, sondern seinerseits einen Unterbevollmächtigten («Substituten») zur Vertretung ermächtigt (diesen in seine eigene Vollmacht «substituiert», ihm «Substitutionsvollmacht erteilt»), wird im Gesetz nicht geregelt, muss aber nach dem Grundsatz allgemeiner Zugänglichkeit der Stellvertretung als zulässig gelten, sofern nicht der Wille des Vollmachtgebers¹¹⁸ dem entgegensteht¹¹⁹.

¹¹⁷ So, ebenfalls ohne direkte gesetzliche Grundlage, für das deutsche Recht LARENZ, Allg. Teil, § 31/II in fine, p. 608. - Ob dieser Direktanspruch einen Schadenersatzanspruch gegen den vollmachtlos handelnden Vertreter ausschliessen und ob es in jedem Fall bei einer ausschliesslichen Haftung des Vertretenen bleiben soll, möge hier offenbleiben.

¹¹⁸ Bei der Ermittlung dieses Willens wird in der Regel das begleitende Vertragsverhältnis Anhaltspunkte geben; Substitution hat als zulässig zu gelten, wenn die Vornahme der Vertragsleistung gemäss OR 68 nicht persönlich zu erfolgen hat, wobei im wichtigsten Fall des Auftrags eine gesetzliche Vermutung gegen die Übertragbarkeit spricht (OR 398/III).

¹¹⁹ Sinn der Untervollmacht ist im Regelfall ein Handeln des Substituten im Namen des Hauptvollmachtgebers, nicht des Untervollmachtgebers, in welchem Fall die Ausübung der Untervollmacht den Substituten (Untervollmachtgeber) rechtlich unberührt lässt. - An sich ist ebenfalls möglich die umgekehrte Konstruktion, so dass der Substitut den ersten Bevollmächtigten, nicht aber den Hauptvollmachtgeber vertritt. Unterschiede ergeben sich bei Fehlen der Hauptvollmacht, vgl. dazu unten Anm. 122.

Es ist die Formel eingebürgert, dass der Inhalt der Untervollmacht zwar enger, nicht aber weiter als die Erstvollmacht umschrieben werden könne¹²⁰. Diese Feststellung ist nur gerade insoweit richtig, als sie die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt, dass auch der Substitut den Erstvollmachtgeber nur im Umfang der von diesem erteilten Vollmacht verpflichtet kann¹²¹. Die über die Erstvollmacht inhaltlich hinausgehende Untervollmacht erlangt indessen selbständige Bedeutung bei der Ersatzpflicht: Hat der Substitut ohne hinreichende Untervollmacht gehandelt, haftet er nach den Regeln der vollmachtlosen Stellvertretung (OR 39, unten Ziff. IX/2) allein; konnte er sich auf eine Untervollmacht stützen, die ihrerseits nicht durch entsprechende Hauptvollmacht gedeckt ist, haftet er, da ohne Verschulden, nur im Umfang des negativen Interesses (OR 39/I), während eine konkurrierende, möglicherweise auf positives Interesse gehende Solidarhaftung des Substituenten anzunehmen ist, der überdies gegenüber dem Substituten im Umfang dessen Schadenersatzleistung seinerseits ersatzpflichtig wird¹²². - Klar ist schliesslich, dass der durch den Substituten vollmachtlos vertretene Hauptvollmachtgeber das Vertretungsgeschäft genehmigen kann.

Die Untervollmacht kann jederzeit sowohl vom Substituenten wie auch vom Hauptvollmachtgeber *widerrufen* werden. Im übrigen gelten für die Untervollmacht die *gleichen Regeln wie bei der Hauptvollmacht* (oben Ziff. III), so der Grundsatz, dass Erteilung der Vollmacht nicht die eigene Handlungsbefugnis oder die Möglichkeit der Erteilung einer Zweitvollmacht zum Erlöschen bringt (oben Ziff. II/1 in fine).

Bei Zulässigkeit der Unterbevollmächtigung steht die *Auswahl des Substituten* grundsätzlich dem ersten Vollmachtnehmer zu¹²³. Wenn bereits der erste Vollmachtgeber einen Unterbevollmächtigten ausgelesen hat, kann allenfalls eine durch die

¹²⁰ v. BÜREN, p. 157; v. T./P., § 42/IX, p. 374 Anm. 102 mit Hinweis auf die Ausnahmesituation, dass der Hauptvollmachtgeber seiner Vollmacht die Vollmacht zu inhaltlich umfassenderer Untervollmacht beigefügt hat.

¹²¹ Ein die Unterbevollmächtigung ablehnender Wille des Vollmachtgebers begründet nicht bloss eine vertragliche Unterlassenspflicht des Bevollmächtigten, sondern verunmöglicht die wirksame Unterbevollmächtigung, da eine Beschränkung des Inhalts der erteilten Hauptvollmacht anzunehmen ist.

¹²² War der Substitut bevollmächtigt, im *Namen des Substituenten* für den Vertretenen zu handeln (oben bei Anm. 119), erlangt bei entsprechendem Auftreten des Substituten gegenüber dem Dritten dieser bei Fehlen der Hauptvollmacht lediglich einen Anspruch gegen den seinerseits vollmachtlosen Substituenten, nicht aber gegen den als Vertreter des Substituenten richtig bevollmächtigten Substituten selber. So BGHZ 32, p. 250, 253, mit Hinweisen.

¹²³ Mangelnde *diligentia in eligendo aut instruendo* kann nach den Regeln des vollmachtbegleitenden Vertrages eine Haftung des Substituenten begründen.

Erklärung des Erstbevollmächtigten bedingte *Direktvollmacht des Vollmachtgebers* an den Unterbevollmächtigten angenommen werden¹²⁴.

2. Kollektiv- oder Gesamtvertretung

Die Erteilung *mehrerer konkurrierender selbständiger Vollmachten* («Einzelvollmachten», «Solidarvollmachten» u. dgl.) durch denselben Vollmachtgeber an mehrere Bevollmächtigte erfordert keine gesonderte Betrachtung, wohl aber die (bei handelsrechtlichen Vertretungsverhältnissen die Regel bildenden, im Zivilrecht dagegen nicht häufig anzutreffenden) *Kollektivvollmachten*¹²⁵, bei denen mehrere¹²⁶ Vollmachtnehmer bloss gemeinschaftlich die Vertretungsmacht ausüben können¹²⁷. Die Kollektivvollmacht hat als bedingt zu gelten, nämlich durch die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des oder der Mit-Kollektivzeichnenden¹²⁸. - Wenn, was häufig geübt wird, bloss einer der Gesamtbevollmächtigten verhandelt und gegenüber dem Dritten rechtsgeschäftlich auftritt, reduziert sich die Mitwirkung des oder der anderen Kollektivbevollmächtigten auf eine vorgängige oder nachträgliche *Zustimmung* zu

¹²⁴ Keine Substitutionsvollmacht, sondern Direktvollmacht des Geschäftsherrn an eine vom Mittelsmann zu bezeichnende Person ist sodann anzunehmen, wenn die Erteilung der Zweitvollmacht die erste zum Erlöschen bringen soll. So BECKER, OR 33 N. 14 mit Hinweisen auf die praktischen Auswirkungen dieser Annahme.

¹²⁵ Die Frage, ob die gleichzeitige Nennung mehrerer Namen in derselben Vollmachturkunde dahin zu verstehen sei, dass nur alle gemeinschaftlich handeln können, wie v. T./P., § 42/X, p. 375 in allen Fällen annimmt, lässt sich nicht allgemein beantworten. Für die Auslegung der Vollmachturkunde darf auch nicht ohne weiteres mit BECKER, OR 33 N. 15 auf die auftragsrechtliche Regel des gemeinschaftlichen Handelns, OR 403/II, abgestellt werden, da der Leser der Urkunde gerade nicht feststellen vermag, ob gemeinschaftlicher Auftrag vorliege. Verwenden mehrere Anwälte ein gemeinsames Vollmachtformular, hat zweifelsfrei jeder als Einzelbevollmächtigter zu gelten.

¹²⁶ Die Zahl kann beliebig hoch sein; meist wird jedoch die Mitwirkung von nur zwei Bevollmächtigten verlangt, wobei diese beliebig aus einer grösseren Zahl Kollektivbevollmächtigter heraustreten mögen oder aber nur in zum vornherein vom Vollmachtgeber bestimmten Verbindungen handeln können.

¹²⁷ Die Grundsätze der Kollektivvertretung stimmen im Zivilrecht (OR 32 ff.), Handelsrecht (OR 458-465) sowie der organschaftlichen Vertretung juristischer Personen grundsätzlich überein; vgl. CH. GUTZWILLER, Einzelhandlungen des Kollektivvertreters, SAG 1983, p. 19-26, v. T./P., § 42/X, p. 375; BECKER, OR 33 N. 15 f.

¹²⁸ Die Beschränkung auf kollektive Vollmächtausübung bezieht sich regelmässig nur auf die *aktive Vertretung*, nicht aber auf die passive Entgegennahme von Willenserklärungen (v. T./P., § 42/X, p. 376), wobei die Begründung weniger in vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten als in Regeln über den Zugang von Willenserklärungen im allgemeinen gefunden werden kann. - Weiterhin muss jeder Kollektivvertreter für sich als ermächtigt gelten, eine kollektiv erteilte Vollmacht (ebenso Prokura, Handlungsvollmacht, widerrufsfähige Zustimmungserklärung gegenüber Dritten u. dgl.) selbständig zu revozieren, da der Wille jedes einzelnen notwendige Bedingung darstellt. Vgl. auch die jedem einzelnen zustehende Befugnis zum betriebsrechtlichen Rechtsvorschlag, BGE 65 III 73.

dem vom Handelnden geschlossenen Geschäft. Diese Zustimmung muss sich auf ein konkretes Geschäft beziehen, das, wenn noch nicht geschlossen, doch in seinem wesentlichen Inhalt fixiert und dem Zustimmenden bekannt ist¹²⁹, dagegen kann die Zustimmung nicht in einer generellen Ermächtigung beruhen, soweit damit der Sicherungszweck der Kollektivvertretung vereitelt würde¹³⁰.

Die Zustimmung des Mitbevollmächtigten muss unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht dem Dritten erklärt werden; es genügt Erklärung gegenüber dem handelnden Vertreter, ja überhaupt jeder Nachweis eines zustimmenden Willens des Mitbevollmächtigten, um die Vertretungshandlung perfekt werden zu lassen¹³¹. - Die Frage der einerseits unter vertretungsrechtlichen und andererseits allgemeinerrechtsgeschäftlichen Gesichtspunkten zu stellenden Anforderungen an die Form der Mitwirkung scheinen vor allem in der deutschen Literatur (vgl. etwa FLUME, § 45/I/3, p. 782) vermischt zu werden. Es muss offen mit dem auch aus allgemein theoretischem Blickwinkel interessanten Resultat gerechnet werden, dass der Dritte sich auf die Gültigkeit des Geschäfts berufen kann, wenn er im genannten Sinne das Vorliegen eines, wenn auch bloss intern geäusserten, Geschäftswillens des geforderten Personenkreises nachzuweisen vermag, während er dann, wenn ihm selber das Geschäft unbeliebt ist, dieses unter Umständen nicht gelten zu lassen braucht, weil ihm die geforderten Erklärungen nicht gehörig zugegangen sind. Dazu grundsätzlich oben § 10/VIII, III/2.

3. Selbstkontrahieren und Doppelvertretung; Vertretung unter Interessenkollision

a) Tatbestände unzulässigen Selbstkontrahierens

Die Möglichkeit, Dritte mit dem Vertragschluss zu betrauen, mag dazu führen, dass ein Vertrag, der zwischen verschiedenen Personen Rechtsbeziehungen schafft,

¹²⁹ Insofern könnte daher gesagt werden, dass auch in Bereichen der Prokura oder der organschaftlichen Vertretung der als zweiter zustimmende Kollektivvertreter seine Zustimmung nach zivilrechtlichen Grundsätzen erteilt (zum Gegensatz vgl. oben Ziff. VI).

¹³⁰ Vgl. v. T./P., § 42/X, p. 375/76 und Hinweise in Anm. 113, abweichend anscheinend zum Teil die deutsche Praxis, die von v. TUHR nicht ohne Grund als abwegig bezeichnet wird; vgl. in diesem Zusammenhang auch FLUME, § 45/I/3, p. 782 und dort Anm. 5 zit.; LARENZ, Allg. Teil, § 30/II/a, p. 587/88; aus der schweizerischen Praxis BGE 58 II 160 E. 3; 35 II 614; ZR 9/97, p. 176; stillschweigende Genehmigung durch den Kollektivvertretungsberechtigten: BGE 43 II 300 E. 3.

¹³¹ Von dieser vertretungsrechtlichen Regel ist jedoch die andere Frage zu unterscheiden, welches die Gültigkeitsvoraussetzungen unter allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln vom Standpunkt des Erklärungsempfängers sind; dieser muss je nach den Umständen und zumal bei einseitigen Rechtsgeschäften die Erklärung nur gegen sich gelten lassen, wenn die Zustimmung aller zur gültigen Vertretung geforderten Personen erklärt oder sogar urkundlich dokumentiert wurde. - Vgl. auch die Bemerkungen zum Erfordernis des Nachweises der Vertretungsmacht, oben Ziff. V/1 sowie BUCHER, ZGB 19 N. 36 ff. und 132-154 zur ähnlichen Problematik der *Zustimmung des gesetzlichen Vertreters*.

von ein und derselben Person (die einerseits für sich selber, andererseits stellvertretend handelt) geschlossen wird («Selbstkontrahieren»)¹³², oder aber, dass dieselbe Person aufgrund erhaltener Vollmachten beide Vertragspartner vertritt («Doppelvertretung» oder «Mehrfachvertretung»). Der gleiche Mechanismus lässt sich auch auf einseitige Rechtsgeschäfte übertragen¹³³. Alle diese Erscheinungen werden in der deutschen Doktrin auch unter dem Oberbegriff des «*Insigeschäfts*» zusammengefasst. Während das BGB (§ 181) derartige Vertretungstatbestände grundsätzlich ausschliesst und lediglich für den Fall der «Erfüllung einer Verbindlichkeit» eine Ausnahme hievon macht¹³⁴, bestehen im OR keine zivilrechtlichen Regeln. Grundsätzliche, aus der Theorie der Rechtsgeschäftslehre entspringende Bedenken gegenüber der Zulassung der Insigeschäfte werden heute kaum mehr vorgetragen¹³⁵; praktisch bedeutsam muss dagegen das Anliegen des Schutzes des Vertretenen vor dem Machtmissbrauch des Vertreters sein.

Das Bundesgericht hat in 39 II 566 ff. die Formel aufgestellt, dass das Kontrahieren des Vertreters mit sich selber grundsätzlich unzulässig sei, jedoch immer dann zugelassen werden könne, wenn «keine Gefahr der Übervorteilung des Vertretenen durch den Vertreter besteht und daher anzunehmen ist, jener habe diesem das «Selbstkontrahieren» gestattet»; daraus folgt positiv die *Zulassung des Selbstkontrahierens unter Vorbehalt der Fälle der Interessenkollision im Sinne möglicher Benachteiligung des Vertretenen*, welche Regel auch heute noch Recht macht¹³⁶. Da mögliche

¹³² Der Terminus «Selbsteintritt» sollte auf den Fall des Kommissionärs, OR 436-438, beschränkt bleiben, wobei indessen nicht ein Fall des Selbstkontrahierens mit Verpflichtungswirkung für den Kommittenten vorliegt, da der Kommissionär in eigenem Namen handelt; vgl. dazu BGE 39 II 566; v. T./P., § 42, p. 364 Anm. 50.

¹³³ Die Grundsätze des Selbstkontrahierens sind auch im Falle des Kontrahierens eines Organs einer juristischen Person für diese und sich selber anzuwenden; BGE 95 II 621. In BGE 98 II 219 nimmt das Bundesgericht in Abweichung von der allgemeinen Regel keine Vermutung einer Interessenkollision an, wenn jemand (ohne persönliche Interessen) in der Doppelstellung als Organ zweier juristischer Personen für diese kontrahiert; vgl. Anm. 142.

¹³⁴ Dies in der Überlegung, dass hier die vertraglichen Pflichten bereits fixiert seien und deshalb eine Interessenkollision ausgeschlossen sei. In BGE 89 II 326/27 wird gerade die Möglichkeit, dass der Vertreter für Rechnung des Vertretenen sich gültig eine geschuldete Leistung zukommen lassen könne, obiter in Frage gestellt, während in BGE 57 II 561 die umgekehrte Frage der Gültigkeit der Leistung des Vertreters an den Vertretenen unbeantwortet blieb; in BGE 39 II 568 war noch mit Selbstverständlichkeit angenommen worden, dass bei «reinen Erfüllungsgeschäften» Selbstkontrahieren zulässig sei.

¹³⁵ Selbstverständlich ist, dass derjenige, der das Zustandekommen eines «Insigeschäfts», d. h. die Bildung eines für zwei verschiedene Rechtssubjekte wirkenden Vertragswillens im Kopf einer und derselben Person behauptet, beweispflichtig ist, was bedeutet, dass ein nicht auf irgendeine Weise nach aussen sichtbar gemachtes Geschäft als bloss interner Willensentschluss des Vertreters rechtlich nicht berücksichtigt wird.

¹³⁶ Die ursprüngliche Formel bringt vor allem deutlich zum Ausdruck, dass die Frage eine solche des *Inhalts der erteilten Vollmacht* bzw. des seitens des Vollmachtgebers zu *vermutenden Willens* ist. Jedenfalls steht fest, dass der Vollmachtgeber jegliches Selbstkontrahieren ausschliessen oder aber dies auch für Fälle bestehender Interessenkollision zulassen kann.

Interessenkollision die Regel bildet, kann zulässiges Selbstkontrahieren nur bei Kaufverträgen zu festen Marktpreisen und dergleichen, d. h. selten in Frage kommen, wobei infolge der natürlichen Vermutung für Interessenkollision der Nachweis deren Fehlens bei demjenigen liegt, der Gültigkeit des Vertretungsgeschäftes behauptet. Sodann besteht auch die Tendenz, Selbstkontrahieren und dergleichen in Anlehnung an BGB § 181 dann zuzulassen, wenn lediglich in *Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten* erfolgende Verfügungen in Frage stehen; vgl. ZR 17/197 und (die Frage nicht abschliessend beantwortend) BGE 89 II 326/27. In der Praxis überwiegen Entscheidungen, welche die Zulässigkeit im beurteilten Tatbestand verneinen¹³⁷, während Zulässigkeit bejahende Entscheidungen weniger zahlreich sind¹³⁸.

Das Bundesgericht nimmt Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens auch dann an, wenn der Vertreter nicht in formellem Sinn mit sich selber kontrahiert, sondern beispielsweise einen Mittelsmann eingeschaltet¹³⁹ oder einem anderen, ihm unterstellten Vertretungsberechtigten, Weisung zur Zession an ihn selber erteilt hat¹⁴⁰.

Nicht ungefährlich, wenn auch mit der richtigerweise an einen hypothetischen Willen des Vertretenen anknüpfenden Betrachtungsweise vereinbar ist es, die Interessenkollisions-Schranke auch auf Fälle zu erstrecken, wo nicht Selbstkontrahieren vorliegt, der Vertreter aber trotzdem in eigenem Interesse und gegen jenes des Vertretenen handelt¹⁴¹. Zu beachten ist indessen, dass bei *handelsrechtlichen und organschaftlichen Vertretungsverhältnissen* eine Interessenkollision des Handelnden gegenüber gutgläubigen Dritten nicht berücksichtigt werden kann, weil hier die Vertretungsmacht nicht auf dem Bevollmächtigungswillen bezüglich des konkreten Geschäfts beruht (vgl. oben Ziff. VI und Anm. 112), die Schranke der Vertretungsmacht

¹³⁷ BGE 39 II 561; 63 II 173: «Doppelvertretung ist wie Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich unstatthaft; Folge: Ungültigkeit des Geschäftsabschlusses; Vorbehalt der Genehmigung»; 82 II 393; ZR 45/73 (Organ juristischer Person); ZR 10/161 (Wechselakzept), ZR 37/35 (für Doppelvertretung), ZR 17/181, p. 326; v. T./P., § 42/V, p. 364.

¹³⁸ BGE 93 II 481 ff.; 50 II 183; dieser grundlegende Entscheid betrifft den Tatbestand des mit sich selber kontrahierenden vertretungsberechtigten Alleinaktionärs, wo im Sinne eines «Durchgriffs» richtigerweise Selbstkontrahieren zugelassen und die Berücksichtigung der an sich zu vermutenden Interessenkollision abgelehnt wurde. - Zu den Folgen eines Interessenkonfliktes bei *gesetzlicher Vertretung* (in casu Vormundschaft) vgl. BGE 107 II 108.

¹³⁹ BGE 82 II 389: Verkauf einer dem Vertretenen gehörenden Liegenschaft an einen Dritten mit sofort anschliessendem Erwerb der Liegenschaft seitens des Vertreters. Ähnlich deutsche Entscheidungen; vgl. FLUME, § 48, p. 820 Anm. 38 mit Hinweis auf RG 56, p. 106.

¹⁴⁰ BGE 89 II 323.

¹⁴¹ Die deutsche Praxis und weitgehend auch die Doktrin lehnen die Erstreckung der Schranke von BGB § 181 auf Fälle ausserhalb der in formellem Sinne verstandenen Insihgeschäfte ab; vgl. LARENZ, Allg. Teil, § 30/II, p. 584/85; FLUME, § 45/II/3, p. 788 f. und § 48/5, p. 819/20, je mit Hinweisen. - In BGE 77 II 142 wird unter dem Einfluss von v. TUHR, § 42/IV/3 bei Anm. 45 (obiter und vielleicht zu allgemein), im Falle von «Kollusion» des Vertreters mit dem Dritten Ungültigkeit des Vertretungsgeschäfts gestützt auf ZGB 2 angenommen.

beim Selbstkontrahieren jedoch gerade mit dem zu vermutenden Willen der Nichtbevollmächtigung mit Bezug auf den geschlossenen Vertrag zu begründen ist¹⁴².

b) Wirkungen der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens

Die an die Selbstkontrahieren ausschliessende Interessenkollision geknüpfte Rechtsfolge ist *Ungültigkeit des Vertretungsgeschäfts*, da ein Tatbestand fehlender Vollmacht vorliegt¹⁴³.

4. Handeln unter falschem Namen

Legt sich jemand beim Kontrahieren, unter Verschleierung seiner Identität, einen fremden Namen zu, ist vorab zu untersuchen, ob er für sich selber oder aber für denjenigen handeln will, dessen Namen er sich beilegt.

a) Handeln für sich selber

Der Handelnde kann, indem er sich einen falschen Namen zulegt, seine Identität verschleiern wollen, wobei das geschlossene Geschäft mit Wirkung für den Handelnden entstehen soll und, da ein Vertretungstatbestand nicht vorliegt, tatsächlich entsteht (Beispiele: Mieten eines Hotelzimmers unter falschem Namen; Abschluss eines Vertrages unter Vorspiegelung fremder Identität, um Kredit zu erlangen¹⁴⁴). Falls die Identität des Kontrahenten eine Rolle spielt, unterliegt der in der Person des Handelnden entstandene Vertrag der Irrtumsanfechtung wegen *error in persona*. - Da kein Vertretungstatbestand vorliegt, kann der Namensträger auch nicht genehmigen und das Geschäft nicht zu seinem eigenen machen¹⁴⁵.

¹⁴² Richtigerweise wird in BGE 98 II 219 angenommen, dass das Kontrahieren mit sich selbst je in der Stellung als Organ zweier juristischer Personen grundsätzlich zulässig sei (im Gegensatz dazu noch BGE 95 II 621 und 63 II 174). Bei konzernmässig verbundenen Gesellschaften darf sogar erwiesene Interessenkollision und «Gefahr der Benachteiligung» der einen Gesellschaft die Gültigkeit des Geschäfts nicht hindern.

¹⁴³ Vgl. BGE 89 II 325; 82 II 394; 63 II 175; 39 II 572. Denkbar wäre aber auch eine Schadenersatzpflicht wegen Verletzung des vollmachtbegleitenden Vertrages mit oder ohne Aufrechterhaltung des vom Bevollmächtigten geschlossenen Geschäftes nach den Regeln der Haftung für *culpa in contrahendo* (vgl. oben § 17).

¹⁴⁴ So die bekannten englischen Entscheidungen *Cundy v. Lindsay*, (1878) 3 App. Cas. 459; *Phillips v. Brooks Ltd.*, (1919) 2 K. B. 243; *Ingram v. Little*, (1960), 3 All E. R. 332 und *Lewis v. Avere*y, (1971) 3 All E. R. 907.

¹⁴⁵ v. T./P., § 44/I, p. 386 Anm. 4.

b) Handeln für den Namensträger

Der Vertreter kann unter dem Namen des Vertretenen auftreten, weil er dies aus Rechtsunkenntnis für die richtige Art des Vorgehens hält¹⁴⁶. Ein Vertretungstatbestand muss aber grundsätzlich auch dann angenommen werden, wenn der Handelnde aus irgendwelchen Täuschungsmotiven im Namen eines Dritten handelt und entweder diesen oder (da Vollmacht nicht vorliegt und mit Genehmigung nicht zu rechnen ist) gar niemanden verpflichten will, in welchem Fall der Handelnde selber nicht als vertraglich gebunden betrachtet und nur wegen vollmachtloser Vertretung schadenersatzpflichtig werden kann (unten Ziff. IX/2)¹⁴⁷. Dies gilt allerdings nur unter Abwesenden, ein unter *Anwesenden* geschlossener Vertrag muss als für den Handelnden persönlich geschlossen gelten, auch wenn er durch Vorschieben eines falschen Namens sich selber aus dem Vertrag heraushalten wollte, denn die persönliche Erscheinung hat mehr Individualisierungskraft als die Namensidentifikation, d. h. nach dem Vertrauensprinzip darf der Vertragspartner im Konfliktfall annehmen, er habe mit der ihm gegenüberstehenden Person, nicht mit dem Träger des von dieser verwendeten Namens kontrahiert¹⁴⁸.

IX. Rechtsfolgen vollmachtloser Vertretung

1. Die Wirkung der Vertragsungültigkeit¹⁴⁹

a) Allgemeines

Ist in fremdem Namen ein Vertrag geschlossen worden, ohne dass der als Vertragspartner Bezeichnete dem Handelnden eine entsprechende Vollmacht erteilt

¹⁴⁶ Etwa die über das Konto ihres Mannes verfügende Ehefrau, die mit dem Namen des Mannes signiert; ähnlicher Tatbestand in ZR 9/56. Trotz der Unrichtigkeit derartigen Vorgehens wird dadurch die Gültigkeit des Vertretungsgeschäfts oder der Vertretung nicht in Frage gestellt.

¹⁴⁷ Den gleichen Gesichtspunkten muss das *Handeln im Namen einer nicht existierenden Person* unterliegen.

¹⁴⁸ Vgl. zu der Frage v. TUHR, BGB, Allg. Teil III, § 84, p. 345 f.; FLUME, § 44/IV, p. 776 f.; KOZIOL/WELSER, p. 132.

¹⁴⁹ Die im Zusammenhang der zivilrechtlichen Stellvertretung getroffene Regelung der Rechtsfolgen unbefugter (vollmachtloser) Vertretung haben nicht nur hier, sondern auch im Rahmen kaufmännischer Tatbestände (bei Handlungen eines Pseudo-Prokuristen, der Anmassung von Organstellung u. dgl.), ja sogar hinsichtlich angemasster gesetzlicher Vertretung Geltung: Wenn jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen handelt, ist die Frage nicht zu stellen, nach welchen Grundsätzen die Vertretung gespielt hätte, wenn die Vertretungswirkungen eingetreten wären; mangels entsprechender Sondervorschriften im Handels- und Gesellschaftsrecht ist OR 39 als generellste Regel in jedem Fall anwendbar.

hat, ist der Vertrag ungültig: Der angeblich Vertretene ist nicht berechtigt oder verpflichtet, weil er keine Vollmacht erteilte, der handelnde Pseudovertreter («falsus procurator») ist es nicht, weil der Vertrag nicht in seinem Namen geschlossen wurde¹⁵⁰. Hat ein *Kollektivvertretungsberechtigter allein* gehandelt, treten die Folgen vollmachtloser Vertretung ein. Gleiches gilt, wenn im Namen einer nicht bestehenden Person kontrahiert wurde¹⁵¹ oder der *Vertreter seine Vollmacht überschritten* hat¹⁵².

Ausbleiben der Vertretungswirkungen mangels Vertretungsmacht des Handelnden betrifft die rechtsgeschäftliche Ebene; dies bedeutet nicht zwangsläufig Abwesenheit von deliktsrechtlichen Folgen: Handelt das Organ einer juristischen Person ausserhalb seiner organschaftlichen Vertretungsmacht, ist immer noch eine deliktische Organhaftung (ZGB 55, OR 718/III, OR 814/IV, OR 899/III) möglich¹⁵³. Ist der ohne Vertretungsmacht handelnde Vertreter Angestellter des Vertretenen (regelmässig bei Prokura und Handlungsvollmacht), fällt Haftung des letzteren als Geschäftsherr i. S. von OR 55 in Betracht.

b) Nur endgültige Vollmachtlosigkeit zu betrachten

Im folgenden wird nur der Tatbestand der *endgültigen* Vollmachtlosigkeit behandelt. Der (in OR 38/I und durchwegs in der Literatur) an den Anfang der Betrachtung gestellte Fall des vollmachtlosen Vertretungsgeschäftes unter Ungewissheit, ob die Vollmacht in Gestalt der Genehmigung noch nachgebracht wird, ist ohne selbständige Bedeutung: Erfolgt die nachträgliche Genehmigung, ist die Rechtslage in allen Punkten dieselbe, wie wenn die Vollmacht bereits bei Abschluss

¹⁵⁰ Der Gesetzgeber nimmt an, dass es dem Dritten nicht zuzumuten sei, den Pseudovertreter als Vertragspartner zu akzeptieren, während der Pseudovertreter nicht im Vertrag behaftet werden könne, weil er für sich keinen Vertragswillen geäussert hat. Anders (und vielleicht lebensnaher) BGB § 179/I, wonach dem Dritten neben dem Anspruch auf das Erfüllungsinteresse wahlweise ein Anspruch auf Realerfüllung gegen den Vertreter gewährt wird. - Wenn sich der Dritte und der vollmachtlose Vertreter (möglicherweise stillschweigend) einigen, dass der Vertrag zwischen ihnen gelten soll, lässt dieser Konsens einen neuen Vertrag in ihren Personen entstehen.

¹⁵¹ So BGE 51 II 212.

¹⁵² Wenn bei Vollmachtüberschreitung die Verpflichtung teilbar ist und nach OR 20/II teilweise aufrechterhalten werden kann, oder wenn sich der Dritte bereit erklärt, den Vertrag zu den durch die Vollmacht bestimmten Bedingungen gelten zu lassen, ist er ohne weiteres in diesem Sinne gültig. So im Ergebnis auch v. T./P., § 45/I, p. 400 und Anm. 4, wobei ich entgegen v. TUHR keine Notwendigkeit der Genehmigung des Geschäfts seitens des Vertretenen sehe, wie die Verweigerung der Genehmigung des vollmachtüberschreitenden Geschäfts kein Grund ist, dass der Dritte durch Reduktion seiner Ansprüche den Vertrag nicht mehr sollte retten können.

¹⁵³ BGE 105 II 291 bejaht die Haftung einer AG i. S. von OR 718/III, deren Direktor als Kollektivzeichnungsberechtigter die Unterschrift eines Mitzeichners fälscht.

des Vertretungsgeschäfts vorgelegen hätte, so dass dieser Fall im Zusammenhang der normalen, bevollmächtigten Vertretung zu betrachten ist¹⁵⁴.

Aus der Betrachtung scheiden hier jene Fälle aus, in denen der *Dritte Kenntnis vom Fehlen der Vollmacht* (oder vom Erfordernis der Mitwirkung eines Kollektivvertreters u. dgl.) hatte. Nicht bloss trifft nach dem ausdrücklichen Vorbehalt von OR 39/I diesfalls den Vertreter keine Haftung, sondern es ist anzunehmen, dass lediglich ein durch nachträgliche Genehmigung *bedingtes* Geschäft (und daher im Falle der Nichtgenehmigung überhaupt kein Geschäft) zustande gekommen ist.

c) Abgrenzung gegenüber Eigengeschäft (Erfordernis eindeutiger Vertretungserklärung)

Die Wirkung vollmachtloser Vertretung fällt nur dann überhaupt in Betracht, wenn feststeht, dass der Handelnde als Vertreter und nicht für eigene Rechnung gehandelt hat. Die Unterscheidung ist deshalb wichtig, weil sich danach entscheidet, ob der handelnde Pseudovertreter selber aus dem angeblich vertretungsweise geschlossenen Vertrag gebunden, oder ob der Vertrag nichtig, der Pseudovertreter jedoch schadenersatzpflichtig ist¹⁵⁵. Da Handeln mit Wirkung für sich selbst die Regel, Vertretung die Ausnahme darstellt, sind Wirkungen vollmachtloser Vertretung (d. h. keine Vertrags-, wohl aber Schadenersatzpflicht des Pseudoververtreters) nur gegeben, wenn der Pseudovertreter gegenüber dem Dritten in keine Zweifel lassender Art das Handeln in Vertreterstellung klargemacht und damit gleichzeitig zum Ausdruck gebracht hat, dass er selber für sich keine Vertragsstellung begründen wolle¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Der Schwebezustand zwischen Vertragsschluss und Genehmigung ist als Sonderfall der Vollmachterteilung zu behandeln; vgl. oben Ziff. III/2. - Die Rechtslage im Stadium der Gewissheit über Genehmigung oder Nichtgenehmigung zum Ansatz der Betrachtung zu machen, ist um so eher angezeigt, als im Zeitpunkt litiganter Auseinandersetzung der Parteien diese Gewissheit praktisch immer besteht.

¹⁵⁵ Diese Abgrenzungsfrage stellt sich in Deutschland weniger, da bei nichtbevollmächtigten Vertretungshandlungen dem Dritten wahlweise ein Vertragsanspruch gegen den Vertreter zusteht (BGB § 179/I).

¹⁵⁶ Die *Beweislast* für eine keine Zweifel lassende Klarstellung des (nichtbestehenden) Vertretungsverhältnisses trifft den Vertreter. - Gleich liegt die Beweislast übrigens auch bei bevollmächtigter Stellvertretung: der Vertreter, wenn persönlich in Anspruch genommen, befreit sich bloss, wenn er nicht nur das Vorliegen der Vollmacht beweist, sondern überdies dartut, dass er eindeutig im Namen des Vollmachtgebers gehandelt hat. Der ohne nachweisbare Vollmacht handelnde Pseudovertreter kann nur durch den Beweis, dass er klar erkennbar nicht für sich selber, sondern für einen Dritten kontrahiert hat, die persönliche Vertragshaftung abwenden und diese gegen die Haftung des vollmachtlosen Vertreters eintauschen; unzulässig wäre das Vorbringen, dem Dritten sei die Person des Vertragspartners im Sinne von OR 32/II gleichgültig gewesen oder er sei vertraglich nicht verpflichtet, weil die Frage, für wen der Vertrag wirken solle, offenblieb. Zum Ganzen oben Ziff. V/3/b, unten Ziff. X/1/b.

2. Die Haftung des vollmachtlosen Vertreters gegenüber dem Dritten

Ist der vom «Vertreter» geschlossene Vertrag nichtig, weil er zwar in fremdem Namen, aber ohne Vollmacht geschlossen wurde und weder für den «Vertretenen» noch den «Vertreter» gültig ist, hat letzterer den Dritten für den diesem aus dem Abschluss des nichtigen Vertrages entstandenen Schaden schadlos zu halten¹⁵⁷. Voraussetzung und Umfang der Haftung sind in OR 39 umschrieben:

- Ersatzansprüche des Dritten sind vorab an die negative Voraussetzung geknüpft, dass dieser bei Vertragsschluss das *Fehlen der Vollmacht nicht gekannt* hat oder hätte kennen müssen. Das Fehlen dieser Voraussetzung bildet nach der expliziten Einschränkung in OR 39/II¹⁵⁸ einen absolut wirkenden Entlastungsgrund, dessen Notwendigkeit am meisten in die Augen springt, wenn man an die Möglichkeit denkt, dass der Vollmachtgeber den Widerruf einmal erteilter Vollmacht zwar dem Dritten, nicht aber dem Bevollmächtigten mitgeteilt hat. - Keine Haftung trifft demnach den Vertreter, der bei Abschluss des Vertretungsgeschäfts das derzeitige Fehlen der Vollmacht bekanntgegeben hat; das Geschäft ist dann als unter einer Bedingung abgeschlossen zu verstehen (BGE 21, S. 194). Falls der Vertreter den Partner mit der Zusicherung, der Vertretene werde genehmigen, zum Vertragsschluss überredet hat, greift die Haftung von OR 39, ev. von OR 111 (Garantievertrag) ein.
- Da der Gesetzgeber *keine Verschuldensvoraussetzung* aufstellt, ist die Haftung grundsätzlich verschuldensunabhängig; insbesondere ist - im Gegensatz zum Regelfall vertraglicher Haftung - dem «Vertreter» der Exkulpationsbeweis, dass er das Fehlen der Vollmacht nicht habe kennen können, versagt¹⁵⁹.
- Die Ersatzpflicht bezieht sich grundsätzlich auf das *negative Interesse* (oben § 20/III/3c), d. h. der Dritte ist so zu stellen, wie wenn er sich nie auf das geschlossene Geschäft eingelassen hätte. Im Falle von Verschulden¹⁶⁰ kann der Vertreter, sofern «es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weitem Schadens» haftbar sein, d. h. das positive Interesse zu vergüten haben, worunter (in Annäherung an BGB § 179/I) auch das Erbringen der vollen Vertragsleistung (allenfalls gegen Gegenleistung) verstanden werden kann¹⁶¹.

¹⁵⁷ Aus der Literatur: R. WELSER, Vertretung ohne Vollmacht, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, Wien 1970.

¹⁵⁸ Früher aOR 48. Dazu BGE 25 II 854.

¹⁵⁹ BGE 51 II 219; 46 II 412 E. 2; 27 II 208 E. 5.

¹⁶⁰ Zu denken ist an Fahrlässigkeit oder Absicht; denkbar ist auch bewusste Irreführung aus Eigennutz: Vorgabe, man handle für einen nicht zu nennenden Hintermann, während ein solcher nicht besteht, sondern ein eventuelles Eigengeschäft geplant ist.

¹⁶¹ So v. T./P., § 45/III, p. 403 und Anm. 30. Dort auch Hinweis auf OR 998 für Wechselverpflichtung und dazu BGE 85 II 29; 58 II 159. - Es stellt sich andererseits die Frage, ob der falsus procurator über jenen Betrag hinaus haften soll, der dem Dritten seitens des nicht solventen Vertretenen zugekommen wäre (dazu FLUME, § 47/3b, p. 806 mit Hinweisen; ZR 2/122.

Der urteilsfähige Unmündige haftet nicht nach allgemeinen Deliktsgrundsätzen, sondern nur nach Massgabe von ZGB 411, d. h. mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nur bei *Verleitung* zur Annahme des Vorliegens der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. Vollmacht des Vollmachtgebers¹⁶².

Die *Verjährung* der Schadenersatzansprüche gemäss OR 39 würde mangels expliziter Verjährungs-Sondernorm in zehn Jahren eintreten (OR 127). Bedauerlicherweise nimmt BGE 104 II 94 eine einjährige Deliktsverjährung gemäss OR 60 an, dies unter Berufung auf die «deliktische» Natur der Haftung; zu hoffen ist, dass der genannte Entscheid Einzelfall bleibt¹⁶³.

Abgesehen von der Haftung nach OR 39 hat der vollmachtlose Vertreter eine allfällig ihm zugekommene Leistung nach Bereicherungsgrundsätzen (OR 62 ff.; unten § 34) auszugleichen¹⁶⁴ oder eine vom Dritten empfangene Sache zu restituieren.

3. Die Stellung des vollmachtlos Vertretenen

Dieser wird, wenn er weder Vollmacht erteilt noch nach Sonderumständen wie ein Vollmachtgeber behandelt wird, durch das Vertretungsgeschäft nicht betroffen; dem Dritten hat er jedoch eine allenfalls empfangene Leistung nach Bereicherungsgrundsätzen auszugleichen (OR 39/III)¹⁶⁵ oder eine empfangene Sache zu restituieren¹⁶⁶.

Im Falle der schuldhaften Schaffung des Anscheines eines Vertretungsverhältnisses kann der «Vertretene» wie ein Vollmachtgeber behandelt werden (oben Ziff. III/6); im Fall der Ausstellung einer Vollmachturkunde gilt die Sonderregelung von OR 36/II (oben Ziff. III/3/c, III/5/e).

Im *Innenverhältnis zwischen Vertretenem und vollmachtlosem Vertreter* trifft letzteren eine Ersatzpflicht für einen allenfalls dem Vertretenen entstandenen Schaden (veräussertes Eigentum des Vertretenen od. dgl.), deren Rechtsgrundlage primär in einem allenfalls zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis besteht und sich

¹⁶² v. T./P., § 45/III, p. 404 bes. bei Anm. 36 und BUCHER, ZGB 19 N. 338; ähnlich BGB § 179/III in Verbindung mit allgemeinen Deliktsgrundsätzen.

¹⁶³ So wie hier, d. h. die einjährige Verjährung ablehnend, v. T./P., § 45/III, p. 404 bei Anm. 36a; KOLLER (vgl. Anm. 54), p. 128 N. 409. - Die Verjährungsfrage sollte nicht auf die Grundsatzfrage der «deliktischen» oder «vertraglichen» Natur der culpa in contrahendo-Haftung zurückgeführt, sondern positivistisch auf OR 127 und die Abwesenheit einer Verjährungs-Sondernorm gestützt werden. Vgl. auch oben § 25/I/1 und Anm. 6, zum Zurückgehen auf allgemeine culpa-in-contrahendo-Argumente im Falle von OR 39 und die neuen Gesichtspunkte infolge von BGE 108 II 421 vgl. oben § 17/IV, bes. (bei) Anm. 39 und 41.

¹⁶⁴ Vgl. Anm. 165.

¹⁶⁵ Vgl. BGE 97 II 71 E. 4/b und dort Zitierte; Ausgleichspflicht des Pseudo-Vertretenen wie des falsus procurator.

¹⁶⁶ Der Dritte hat vorab einen *Vindikationsanspruch*, da der vollmachtlose Vertreter für den «Vertretenen» kein Eigentum erwerben konnte.

mangels eines solchen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff.), nach Deliktsgrundsätzen von OR 41 ff. oder überpositiven Prinzipien der Haftung aus culpa in contrahendo (oben § 17) richtet.

X. Prozessuales, Beweislast

Je nachdem, wer der drei möglichen Beteiligten als Kläger auftritt, um in eigener Person gegen den Beklagten Rechte aus dem geschlossenen Vertrag geltend zu machen, ergibt sich eine Verschiedenheit des Beweisthemas und der Beweislast, als Beweisgegenstand fällt in Betracht das Vorliegen der den fraglichen Vertrag deckenden Vollmacht einerseits, Handeln des Vertreters für einen andern bzw. im Namen des Vertretenen andererseits. Tendenziell wird man sagen dürfen, dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Vertretung denjenigen trifft, der sich auf sie beruft (ZGB 8). Vorab ist allgemein festzuhalten, dass das *Fehlen* eines bestimmten Elements nur von demjenigen geltend gemacht werden kann, der durch das entsprechende Erfordernis zu schützen ist: Fehlen der Vollmachterteilung kann der Vertretene (nicht aber der Dritte) behaupten, Fehlen der Offenlegung der Dritte (nicht aber der Vertretene)¹⁶⁷.

1. Klage des Dritten

a) Klagt der *Dritte gegen den Vertretenen*, behauptet er vertretungsweise Vornahme des Vertrages. Er hat im Falle der Bestreitung der Stellvertretung das Vorliegen der Vollmacht nachzuweisen, nicht dagegen, dass der Vertreter sich als solcher zu erkennen gegeben und den Beklagten als Vertragspartner genannt habe, da das Erfordernis des Sichtbarmachens des Vertretungsverhältnisses allein im Interesse des Dritten besteht und dessen Fehlen nicht gegen diesen angerufen werden kann, es besteht kein sachlicher Anlass, dem Geber einer Vollmacht die Möglichkeit einzuräumen, sich aus einem vollmachtkonformen Vertrag zu befreien, bloss weil der Dritte nicht nachzuweisen vermöchte, dass der Vertreter das Vertretungsverhältnis sichtbar gemacht habe (oder dass es diesem selber gleichgültig war, mit wem er kontrahiere). - Wenn sich der Dritte an den Vertretenen hält, geschieht dies unter dem Risiko, allenfalls auch vom Mittelsmann, der ein Eigengeschäft behauptet, in Anspruch genommen zu werden.

b) Klagt der *Dritte gegen den «Vertreter»* unter Behauptung eines Eigengeschäfts des Beklagten, während dieser ein Vertretergeschäft behauptet und seine

¹⁶⁷ Zur Begründung vgl. BUCHER, in AcP 186, p. 54-58.

Passivlegitimation (oben § 4/IX) bestreitet, nehme ich mit der mehrheitlichen Literatur eine Beweispflicht des Beklagten an, der zu beweisen hat, dass er für den Dritten klar erkennbar den von ihm geschlossenen Vertrag nicht für sich, sondern für einen Vertretenen kontrahiert hat. Bei der Behauptung eines Vertretungsverhältnisses handelt es sich «nicht um eine Bestreitung des Klagefundamentes ... sondern vielmehr um eine selbständige Schutzbehauptung»¹⁶⁸.

Im Prozess kann der belangte «Vertreter» nur im Falle des nachgewiesenen Offenlegens des Vertretungsverhältnisses (d. h. Handeln in fremden Namen) fehlende Passivlegitimation einwenden; unzulässig ist das Argument, er habe «subjektiv» für einen Dritten handeln wollen, und dem Vertragspartner sei i. S. von OR 32/II die Person des Vertragspartners gleichgültig gewesen: Spätestens im Prozess besteht diese «Gleichgültigkeit» nicht mehr¹⁶⁹.

2. Klage des Vertretenen

Klagt der Vertretene gegen den Dritten, so hat er den Nachweis des Handelns des Vertreters in seinem Namen zu erbringen, während das Vorliegen einer Vollmacht weder behauptet werden muss, noch beweisbedürftig ist (die Behauptung eines Vertretungsgeschäfts impliziert eine jedenfalls genügende nachträgliche Genehmigung).

3. Klage des «Vertreters»

Klagt jemand aus einem von ihm geschlossenen Vertrag gegen den Vertragspartner, so hat dieser, wenn er die Aktivlegitimation des Klägers bestreitet und ein vertretungsweise für einen Dritten vorgenommenes Geschäft behauptet, sowohl Handeln des Klägers in fremdem Namen wie auch Vollmacht bzw. Genehmigung seitens des angeblich Vertretenen nachzuweisen¹⁷⁰.

¹⁶⁸ BGer in ZR 9/88, p. 143, bestätigt in ZR 80/2, p. 7 E. 4 mit weiteren Hinweisen. Ebenso wie hier KUMMER, OR 8 N. 229 ff.; BECKER, OR 32 N. 18; ZR 24/99, p. 203 E. 1; a. M. dagegen (im Anschluss an eine ältere, inzwischen weitgehend verlassene Auffassung) v. T./P., § 44/I, p. 390/91 und Anm. 27 und 28, ZR 41/70 und SJZ 60 (1964), p. 345 Nr. 233.

¹⁶⁹ Zur Begründung vgl. Bucher, in AcP 186, p. 54-58, bes. bei Anm. 70, und die dortige Kritik an ZR 80/2; sodann oben Ziff. V/3/b.

¹⁷⁰ Vgl. zur Begründung oben Ziff. 1/b.