

Stellvertretung

<p>IMPRESSUM

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone</p>

<p>FS 21 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Giovanni Dazio, RA MLaw Bruno Mahler</p>

<p>HS 20 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, RA

MLaw Oliver Dalla Palma, LL.M.

FS 20 MLaw Keivan Mohasseb, Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Fleur Baumgartner, MLaw Giovanni Dazio

HS 19 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, MLaw Sandro Bernet

FS 19 MLaw Fleur Baumgartner, MLaw Keivan Mohasseb, RA M.A. HSG Merens Derungs

HS 18 MLaw Olivia Wipf, MLaw Corina Moschen, MLaw Fleur Baumgartner

FS 18 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RA MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Corina Moschen

HS 17 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RA MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Olivia Wipf

FS 17 RA MLaw Patricia Reichmuth, RA M.A. HSG Linus Cathomas, MLaw LL.M. Merens Cahannes, RA MLaw Luca Angstmann

FS 16 MLaw Olivia Wipf, MLaw Merens Cahannes LL.M., MLaw Melanie Gottini

HS 15 RA lic. iur. Olivier Baum, RA MLaw Alexander Wherlock

FS 15 MLaw Felix Buff, RA M.A. HSG Kaspar Projer, RA lic. iur. Olivier Baum

HS 14 RA M.A. HSG Yves Mauchle, MLaw Martin Monsch

FS 14 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler, MLaw Felix Buff, MLaw Barbora Castell, RA M.A. HSG Yves Mauchle

HS 13 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler, MLaw Martin Monsch

HS 12 MLaw Adriano Huber, RA M.A. HSG Valentin Jentsch, lic. iur. Matthias Trautmann

HS 11 lic. iur. Benedict Burg, RA lic. iur. oec. Jan H. Hoffmann, lic. iur. Matthias Trautmann

1. Arten	4
1.1. Direkte und indirekte Stellvertretung	5
1.2. Aktive und passive Stellvertretung	5
1.3. Gewillkürte und gesetzliche Stellvertretung	6
2. Abgrenzungen und Sonderfragen	7
2.1. Bote	7
2.2. Auslegung von Willenserklärungen	8
2.3. Keine Vertretung bei unerlaubter Handlung	8
2.4. Vertretung bei Tathandlungen	8
2.5. Exkurs: Kaufmännische Vertretung	9
3. Voraussetzungen	9
4. Vollmacht	16
4.1. Erteilung	17
4.2. Abstraktheit	18
4.3. Umfang	18
4.4. Erlöschen	20
5. Vertretungswirkungen	22
6. Vollmachtlose Stellvertretung	22
6.1. Rechtsfolgen	23
6.2. Vertretungswirkungen kraft Vertrauensschutz	24
6.2.1. Gutgläubensschutz Dritter	24
6.2.2. Tatbestände des Vertrauensschutzes	26
6.2.3. Vertrauen des Vertreters	28
7. Rechtsprechung	28
8. Übungsfälle	29

HS 10 RA lic. iur. Lukas Beeler, lic. iur. Benjamin Büchler,
HS 09 RA lic. iur. Alex Domeniconi, lic. iur. Thomas Steininger,
HS 08 lic. iur. Irène Schilter, lic. iur. Martina Isler,
HS 07 lic. iur. Andrea Galliker,
SS 07 RA in lic. iur. et rer. pol. Catherine Chammartin, lic. iur. Matthias
Hirschle,
SS 06 lic. iur. Paul Felix Wegmann, lic. iur. Sarah Dobler, lic.
SS 05 lic. iur. Sarah Dobler,
SS 04 lic. iur. Karin
Eugster

Zitiervorschlag: von der Crone et. al.; RechtEck, die Internetplattform zum
Obligationenrecht Allgemeiner Teil; <http://www.rechteck.uzh.ch/>[...]; besucht am
27.10.2021.

Definition

Grundsätzlich

- Jede Person kann nur Handlungen für sich selbst vornehmen, nicht für eine andere Person.

Durchbruch dieses Grundsatzes

- Stellvertretung ist rechtserhebliches Handeln mit Wirkung für einen anderen.
- Die Wirkungen der Handlung treten nicht beim Handelnden, sondern beim Vertretenen ein.

Beteiligte Personen

An einer Stellvertretung sind typischerweise drei Personen beteiligt:

1. Der Vertreter, der die Rechtshandlungen vornimmt
2. Der Vertretene, bei dem die Rechtswirkungen eintreten
3. Ein Dritter, gegenüber welchem der Vertreter für den Vertretenen handelt.

Kompliziertere Fälle:

- Beidseitige Stellvertretung (auch der Dritte ist durch einen Stellvertreter vertreten)
- Der Vertreter ist eine juristische Person/rechtsfähige Personengesellschaft

1. Arten

Überblick

- Direkte (echte/unmittelbare) und indirekte (unechte/mittelbare) Stellvertretung
 - Aktive und passive Stellvertretung
 - Gewillkürte und gesetzliche Stellvertretung
-

1.1. Direkte und indirekte Stellvertretung

Direkte oder echte Stellvertretung:

- Der Vertreter handelt in fremdem Namen für fremde Rechnung.
- Die Wirkung der Rechtshandlung tritt direkt beim Vertretenen ein (Art. 32 Abs. 1 OR).

Indirekte oder unechte Stellvertretung

- Der Vertreter handelt auf fremde Rechnung, aber in eigenem Namen.
- Die Wirkungen der Rechtshandlung treten zunächst nicht beim Vertretenen, sondern beim Stellvertreter selbst ein.
- Es ist ein zweites Rechtsgeschäft notwendig, um die erworbenen Rechte vom Stellvertreter auf den Vertretenen zu übertragen (Art. 32 Abs. 3 OR).
 - Beispiele:
 - Abtretung der Forderung nach Art. 164 ff. OR
 - Übertragung des Eigentums nach Art. 714 ZGB
 - Ausnahmsweise tritt die Zession ex lege ein (Art. 401 Abs. 1 OR).

Beispiel der indirekten Stellvertretung

- Antiquitätenhändler oder Galerist in Kommission (Art. 425 OR).

1.2. Aktive und passive Stellvertretung

Begriff

Aktive Stellvertretung

- Der Vertreter gibt eine Willenserklärung für den Vertretenen ab.

Passive Stellvertretung

- Der Vertreter nimmt für den Vertretenen eine Willenserklärung entgegen.

Zumeist liegt eine Ermächtigung für die aktive und passive Stellvertretung vor.

1.3. Gewillkürte und gesetzliche Stellvertretung

Gewillkürte Stellvertretung

- Der Vertreter wird durch Willenserklärung/Rechtsgeschäft ermächtigt, für den Vertretenen zu handeln.
- Die rechtsgeschäftlich begründete Ermächtigung heisst Vollmacht.

Gesetzliche Stellvertretung

Die Vertretungsmacht ergibt sich aus dem Gesetz.

Beispiele:

- Eltern für ihre unmündigen Kinder: Art. 304 Abs. 1 ZGB
- Vertretung durch den Ehegatten/eingetragenen Partner: Art. 374 ff. ZGB
- Vertretungsbeistand für hilfsbedürftige Person: Art. 394 ZGB

Sonderfall: Organvertretung

- Die Vertretungsmacht ergibt sich aus der Stellung als Organ einer juristischen Person (Art. 55 ZGB), z.B. aus der Stellung als Verwaltungsrat bei der Aktiengesellschaft (Art. 718 Abs. 1 OR).
- Die Bevollmächtigung erfolgt hier durch einen Statusakt, z.B. durch die Wahl in den Verwaltungsrat.

Der Begriff der Stellvertretung im Zusammenhang mit der Organvertretung ist ungenau, da das Organ die juristische Person nicht vertritt, sondern die juristische Person selber durch ihre Organe handelt (vgl. sog. Realitätstheorie).

2. Abgrenzungen und Sonderfragen

Überblick

- Bote
- Auslegung von Willenserklärungen
- Keine Vertretung bei unerlaubter Handlung
- Vertretung bei Tathandlungen

2.1. Bote

- Im Gegensatz zum Stellvertreter gibt er nicht seinen eigenen Willen, sondern denjenigen des Geschäftsherrn wieder.
- Der Bote ist bloss ein technischer Übermittlungsträger, d.h., er übermittelt lediglich eine fremde Willenserklärung.

Die Funktion des Boten ist eine rein tatsächliche. In der rechtlichen Analyse spielt er grundsätzlich keine Rolle. Versagt der Bote, so liegt ein Erklärungsirrtum/Übermittlungsirrtum vor.

Ob im Einzelfall ein Bote oder ein Stellvertreter vorliegt, ist aus den Umständen und nach dem Vertrauensprinzip aus Sicht des Erklärungsempfängers zu ermitteln.

Entscheidend ist daher im Zweifelsfall nicht das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Mittelsperson.

Der Bote muss nicht im gleichen Ausmass wie der Stellvertreter urteilsfähig sein, da er kein eigenständiger Akteur ist. Er muss aber urteilsfähig sein mit Blick auf die konkrete Botentätigkeit: Erforderlich ist die Fähigkeit, diese Aufgabe richtig einzuschätzen und zu erledigen.

Relevanz der Unterscheidung

Die Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Bote ist insbesondere relevant im Hinblick auf die Geltendmachung von Willensmängeln sowie (allenfalls) auf den Zugang von Erklärungen.

- Bei Willensmängeln ist bei Boten auf die Person des Geschäftsherrn abzustellen, bei Stellvertretung auf die Person des Vertreters.
- Eine Erklärung ist dem Vertretenen bei Stellvertretung zugegangen, wenn sie dem Vertreter zugeht. Bei Boten ist der Zeitpunkt des Zugangs umstritten:
 - Ein Teil der Lehre und das Bundesgericht vertreten die Ansicht, dass die sofortige Wirkung auch bei der Entgegennahme einer Erklärung durch den Boten gilt (vgl. Zugangsprinzip)
 - Ein anderer Teil der Lehre vertritt, dass die Erklärung dem Geschäftsherrn erst zu dem Zeitpunkt als zugegangen gilt, zu dem mit der Übermittlung an den Geschäftsherrn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gerechnet werden kann.

2.2. Auslegung von Willenserklärungen

Bei der Auslegung von Willenserklärungen stellen sich zusätzliche Fragen, wenn ein Stellvertreter einzubeziehen ist:

- Die Auslegung aus der Sicht des Erklärungsempfängers erfolgt unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Erklärende als Stellvertreter handelt.
- Nimmt der Vertreter eine Willenserklärung entgegen, erfolgt deren Zurechnung an den Vertretenen unter Berücksichtigung des Kenntnisstandes des Vertreters. Soweit der Vertreter auf Weisung des Vertretenen gehandelt hat, ist allerdings auch das Wissen des Vertretenen zu berücksichtigen (so ausdrücklich § 166 Abs. 2 BGB).

Beispiele:

- Ist die Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, so ist sie so zu verstehen, wie sie der Vertreter verstehen durfte und musste.
- Unterliegt der Vertreter einem Willensmangel, kann der Vertretene die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrages geltend machen.

2.3. Keine Vertretung bei unerlaubter Handlung

Bei unerlaubten Handlungen gibt es keine Vertretung:

- Der Handelnde haftet selbst (vgl. aber bei der Kollektivgesellschaft Art. 567 Abs. 3 OR)
- Daneben können auch andere Personen haften (vgl. Art. 55 OR, Art. 333 ZGB, Art. 55 Abs. 2 ZGB)

2.4. Vertretung bei Tathandlungen

- Die Stellvertretung betrifft die Vornahme von Rechtshandlungen für Dritte.
 - Auf die Vornahme von Tathandlungen sind Art. 32 ff. OR nicht anwendbar.
-

2.5. Exkurs: Kaufmännische Vertretung

Hauptmerkmal

Hauptmerkmal der kaufmännischen Vertretung ist die gesetzlich standardisierte Umschreibung der Vollmacht. Dadurch wird der Geschäftsverkehr rationalisiert und erleichtert.

Der Vollmachtgeber kann die Vollmacht intern zwar beschränken, diese Beschränkung hat gegenüber gutgläubigen Dritten jedoch keine Wirkung (vgl. dazu vollmachtlose Stellvertretung).

Es werden die besonderen Handlungsvollmachten des Prokuristen (Art. 458 ff. OR) und des Handlungsbevollmächtigten (Art. 462 OR) unterschieden (vgl. ferner auch Art. 348b OR [Handelsreisender]).

Ausführlich dazu: Kapitel Handlungsvollmachten.

3. Voraussetzungen

Voraussetzungen der Vertretungswirkung

Damit die Rechtshandlungen des Vertreters beim Vertretenen Wirkung zeigen, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen (Art. 32 OR):

- Vertretungsmacht
- Handeln in fremdem Namen
- Urteilsfähigkeit des Vertreters
- Die Stellvertretung muss zulässig sein, d.h. die Rechtshandlung darf nicht vertretungsfeindlich sein.

Vertretungsmacht

Der Vertreter muss ermächtigt sein, für den Vertretenen zu handeln (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR).

Diese Vertretungsmacht kann sich ergeben aus

- Gesetz (z.B. Eltern für unmündige Kinder [Art. 304 Abs. 1 ZGB]),
- Rechtsgeschäft oder
- Organstellung (Art. 55 ZGB).

Die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht wird als Vollmacht bezeichnet.

Abgrenzung zwischen Vertretungsmacht / Vertretungsbefugnis:

- Vertretungsmacht: Rechtliches Können des Vertreters
- Vertretungsbefugnis: Rechtliches Dürfen des Vertreters (Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem).
 - Wo der Umfang der Vertretungsmacht gesetzlich standardisiert ist, weicht die Vertretungsbefugnis in der Praxis häufig davon ab, z.B. kaufmännische Stellvertretung. Dort ist das rechtliche Können meist umfassender als die Vertretungsbefugnis (rechtliches Dürfen).
 - Bei der bürgerlichen Stellvertretung:
 - Im Regelfall deckt sich Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis.
 - Trotzdem: Ausnahmen möglich, z.B. Problematik der extern kundgegebenen Vollmachten.

Handeln in fremdem Namen

Grundsatz:

- Der Vertreter muss im Namen des Vertretenen handeln. Er muss den Dritten ausdrücklich oder stillschweigend über seine Stellvertretung informieren (Art. 32 Abs. 2 OR).
- Eine stillschweigende Erklärung genügt, wenn nach Treu und Glauben aus den Umständen auf ein Vertretungsverhältnis geschlossen werden muss, z.B. Verkäuferin im Kaufhaus.
- Ob ein Fremdhandeln vorliegt, ist nach dem Vertrauensprinzip zu beurteilen (BGE 120 II 197 E. 2b/aa).
- Handeln in fremdem Namen setzt nicht voraus, dass auch bekannt gegeben wird, für wen gehandelt wird.
- Sofern es die Gegenpartei akzeptiert, muss der Vertreter die Person des Vertretenen nicht bekannt geben. Sog. "Handeln, für wen es angeht" genügt somit.

Ausnahmsweise tritt die Vertretungswirkung auch ein, wenn die Stellvertretung nicht bekannt gegeben wird, d.h. wenn der Vertreter in eigenem Namen handelt (vgl. dazu: BGE 117 II 387 E. 2a).

Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR wird dabei Folgendes vorausgesetzt:

- Der Stellvertreter handelt zwar in eigenem Namen.
- Der Stellvertreter ist jedoch zur Vertretung ermächtigt und handelt mit Vertretungswillen.
- Dem Dritten ist es gleichgültig, für wen der Vertreter handelt und mit wem er den Vertrag abschliesst.

Gleichgültigkeit bedeutet, dass die Gegenpartei ebenso bereit gewesen wäre, den Vertrag mit dem Vertretenen wie mit dem Vertreter zu schliessen. Nicht erforderlich ist, dass er den Vertrag mit einem beliebigen Dritten schliessen würde.

Beispiele:

- **Verschiedene Gesellschaften derselben Gruppe, Bargeschäfte. (13)**

Vertretungsfeindliche Geschäfte

Bei vertretungsfeindlichen Geschäften ist die Stellvertretung nicht zulässig. Dabei unterscheidet Lehre und Rechtsprechung zwischen absoluten und relativen höchstpersönlichen Rechten:

- **Absolut höchstpersönliche Rechte:**
 - Die berechnigte Person kann sie nur ausüben, wenn sie urteilsfähig ist.
 - Die berechnigte Person ist grundsätzlich allein befugt, das Recht geltend zu machen, auch gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters (Ausnahme: besondere gesetzliche Vorschrift: Mithandlung/Zustimmung gesetzlicher Vertreter, z.B. Abschluss Ehevertrag: Art. 183 Abs. 2 ZGB).
 - Die Stellvertretung ist ausgeschlossen, d.h., wenn die berechnigte Person nicht urteilsfähig ist, kann das absolut höchstpersönliche Recht nicht geltend gemacht werden.
 - Beispiele: Eingehen der Ehe, Errichtung eines Testaments.
- **Relativ höchstpersönliche Rechte:**
 - Die berechnigte urteilsfähige Person kann sie selbst ausüben.
 - Die Stellvertretung ist zulässig.

BGE 117 II 387 = Pra 81 (1992) Nr. 184

BGE 117 II 387 = Pra 81 (1992) Nr. 184

OR 32 II. Die Vertretungswirkung bei Gleichgültigkeit des Dritten entsteht auch dann, wenn dieser nicht erkennen konnte, dass sein Verhandlungspartner den Vertrag im Namen eines anderen abschliessen wollte (E. 2 a). Rechts- und Tatfrage bezüglich der Gleichgültigkeit des Dritten (E. 2 b). Die Vertretungswirkung tritt auch dann ein, wenn es dem Dritten gleichgültig war, ob er den Vertrag mit dem Vertreter oder dem Vertretenen abschliesse (E. 2 c). Weder das Vorliegen eines Auftrags noch der Umstand, dass die gegenseitigen Verpflichtungen nicht sofort erfüllt werden müssen, stehen der Anwendung von OR 32 II entgegen (E. 2 d). ZGB 8. Beweislast (E. 2 e).

Sachverhalt

Am 18. Dezember 1984 kaufte die Gesellschaft X. mit Sitz in Amsterdam im Namen der Gesellschaft Z., die ihren Sitz in Zug hat, von der Y. mit Sitz in Moskau 2000 Metertonnen Dichloridäthilen für 155 US-\$ pro Tonne. Die Ware sollte einen Reinheitsgehalt von 99,4% aufweisen. Im Januar 1985 kam sie in Finnland an, um dort verschifft zu werden. Die X. beauftragte die finnische Agentur (A.) der Firma B. mit Sitz in Genf, die Ware umgehend zu prüfen. Diese versicherte der X., dass der Reinheitsgehalt den vertraglichen Bestimmungen entspreche. In Rotterdam angekommen, wurde die Ware auf Antrag der X. von anderen Firmen erneut einer Analyse unterzogen, welche ergab, dass der Reinheitsgehalt nur 97,5% betrug. Nachdem die A. darauf nochmals eine Probe genommen und diese geprüft hatte, kam sie ebenfalls auf dieses Resultat. Die Z. verkaufte die Ware weiter zu 130 US-\$ pro Tonne, während der Kurs für Dichloridäthilen mit dem gewünschten Reinheitsgrad 195

US-\$ betrug. In den folgenden Verhandlungen machte die Y. geltend, dass sie die Ware, wäre sie innert nützlicher Frist benachrichtigt worden, ohne Verzug und mit wenig Spesen hätte ersetzen können. Vergleichsweise willigte sie ein, dass ihre Rechnung um 10% herabgesetzt wurde, und sie erstattete der Z. 31'447,20 US-\$ zurück. Am 17. März 1986 verlangte die Z. von der B. 127'513,75 US-\$ Schadenersatz wegen mangelhafter Erfüllung des Auftrags. Die Vi verpflichtete die B., der Z. 97'290,90 US-\$ zu bezahlen. Das Bg weist die Berufung der B. ab und bestätigt das angefochtene Urteil.

Aus den Erwägungen:

2. Die Vi ging von der Vertretungswirkung aus, weil es der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gleichgültig gewesen sei, mit wem sie den Vertrag schliesse. Für sie lag hier ein Fall von OR 32 II vor. Die Beklagte rügt dies in ihrer Berufung mit der Begründung, es habe sich um einen auf die Person hin (*intuitu personae*) abgeschlossenen Vertrag gehandelt und die Identität des Auftraggebers hätte ihr daher keinesfalls gleichgültig sein können.

a) Nach der Rechtsprechung des Bg und nach der Auffassung einer Mehrheit von Autoren kommt OR 32 II auch dann zur Anwendung, wenn der Dritte nicht wissen konnte, dass derjenige, mit dem er einen Vertrag einging, im Namen eines anderen handeln wollte (BGE 88 II 357 E. 1 e, 60 II 498 a. E. = , 24 Nr. 52; Zäch, N. 91 zu OR 32; ders., Gleichgültigkeit des Dritten nach OR 32 II, in: Festschr. für M. M. Pedrazzini, S. 373; Guhl/Merz/Koller, Das Schweiz. OR, 8. A., S. 153; von Büren, Schweiz. OR, AT, S. 165; Keller/Schöbi, Das Schweiz. Schuldrecht, Bd. I, 3. A., S. 71; Gauch/Schluop, Schweiz. OR, AT, 4. A., N. 972; a.M. Bucher, Schweiz. OR, AT, 2. A., S. 622; Droin, *L'indifférence du tiers en matière de représentation*, in ZSR 88/1969, I, 458 ff.). Ausserdem muss in diesem Fall der Vertreter auch den (inneren) Willen gehabt haben, als solcher zu handeln (BGE 109 III 120 E. 4 b = Pr 73 Nr. 117, BGE 100 II 211 E. 8 a, BGE 88 II 194 f. E. 4, 357 E. 1 e = , 52 Nr. 21); fehlt es an dieser Voraussetzung, könnte ihm ansonsten die Eigenschaft eines Verhandlungspartners, in der er handeln wollte, später durch den Dritten oder den Vertretenen abgesprochen werden, und er sähe sich dann gegen seinen Willen gezwungen, als einfacher Vertreter zu handeln. Ist der Wille des Vertreters, im Namen eines anderen zu handeln, erstellt, ersetzt die Gleichgültigkeit des Dritten die Kundgebung dieses Willens, so dass die Vertretungswirkung entsteht, obwohl der Dritte vom Bestehen eines Vertretungsverhältnisses nichts weiss. In diesem Punkt lässt OR 32 II keine andere Auslegung zu. Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung unter Berücksichtigung der im Spiele stehenden Interessen ermöglicht, dass die Wirkungen der direkten Vertretung ebenfalls auf Fälle anwendbar sind, die nach aussen den Anschein erwecken, der Vertreter habe in seinem eigenen Namen gehandelt, und die daher normalerweise den Regeln über die indirekte Vertretung unterstellt werden müssten.

Es gibt keinen Grund, von dieser Rechtsprechung abzuweichen, trotz der von Bucher geäusserten Kritik (ebd.; s. auch: Für mehr Aktionendenken, in: Archiv für die civilistische Praxis 186/1986, 55 ff.). Dieser Autor betont die Gefahr, in die sich der den Vertrag erfüllende Dritte begibt, wegen fehlender Passivlegitimation der einzigen Person, mit der er verhandelt hat, zu unterliegen. Diese Gefahr darf allerdings nicht überschätzt werden, denn wer davon ausgeht, persönlich belangt zu werden, um dann seine Vertreterenschaft geltend zu machen, die er beim Abschluss des Vertrags dem Dritten gegenüber nicht kundgetan hat, begeht einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch (*venire contra factum proprium*), der vom Gesetz nicht geschützt wird (ZGB 2 II). Hat der Dritte schliesslich den Vertrag bereits erfüllt, den er mit dem Vertreter abgeschlossen zu haben glaubt, entsteht die Vertretungswirkung gegenüber dem Vertretenen von selbst aufgrund der bestehenden Vollmacht. Es ist daher nicht notwendig, den Schutz des Dritten zu verstärken, indem der Geltungsbereich von OR 32

II noch mehr eingeschränkt wird.

b) Die Gleichgültigkeit des Dritten bezüglich der Person des Verhandlungspartners betrifft dessen inneren Willen. Die Feststellung dieses Willens gehört zu den Tatsachen und ist daher für das Bg als Berufungsinstanz verbindlich (OG 63 II). Ob die Vi den Begriff der Gleichgültigkeit verkannt hat oder nicht, ist hingegen eine Rechtsfrage, sowie auch die Bestimmung der Umstände, die diesbezüglich entscheidend sind. Eine Rechtsfrage ist ebenfalls die Ermittlung eines bloss hypothetischen oder mutmasslichen Willens einer Partei, während die Tatsachenfeststellungen der Vi, die es erlauben, einen solchen Willen herzuleiten, vom Bg nicht geprüft werden können (BGE 116 II 263 E. 5 a, 115 II 329 E. 2 b = Pr 79 Nr. 90, 488 E. 4 b = Pr 79 Nr. 198 mit Hinw.).

c) Die Person des Verhandlungspartners ist dem Dritten gleichgültig, wenn er anstatt mit der Person, die mit ihm verhandelte und ihn nicht auf ein Vertretungsverhältnis aufmerksam machte, den Vertrag auch mit einer anderen Person abgeschlossen hätte. Ist nun diese andere Person jene, für die der Vertreter handeln wollte, d.h. der Vertretene, oder muss die Gleichgültigkeit des Dritten bezüglich irgendeiner Person gelten? Für die Beantwortung dieser Frage muss man vor Augen halten, dass die Anwendung von OR 32 II den Willen des Vertreters voraussetzt, für einen anderen zu handeln (vgl. oben lit. a); die Person des Vertretenen ist daher objektiv gesehen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmt, selbst wenn sie der Dritte noch nicht kennt. So gesehen steht somit der Annahme nichts im Wege, die Frage der Gleichgültigkeit beziehe sich nur auf diese Person. Der Zweck der vorliegenden Bestimmung besteht in der Tat darin, den Vertretenen direkt in den Genuss der Vorteile des für ihn abgeschlossenen Geschäftes kommen zu lassen, für den Fall, wo der mit der entsprechenden Vollmacht ausgestattete Vertreter dem Dritten das Vertretungsverhältnis nicht kundgetan hat (Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, S. 261; a.M. Bucher, AT, S. 621). Hätte der Dritte diesen Vertretenen als Verhandlungspartner akzeptiert, gäbe es keinen Grund, ihm den Schutz von OR 32 II zu verweigern, nur weil er den Vertrag nicht mit irgendeiner anderen Person abgeschlossen hätte. Das Erfordernis einer allgemeinen, absoluten Gleichgültigkeit bezüglich der Person des Verhandlungspartners käme schliesslich einer zu starken Einschränkung des Geltungsbereichs dieser Bestimmung gleich, weil es immer eine Person gibt, die der Dritte, aus welchem Grund auch immer, nicht als Vertragspartner akzeptiert hätte.

Somit genügt es für die Anwendung von OR 32 II, dass es dem Dritten gleichgültig war, den Vertrag mit dem Vertreter oder mit jenem abzuschliessen, in dessen Namen der Vertreter den Willen hatte zu handeln und der in der Folge seine Eigenschaft als Vertretener kundtat. Mit anderen Worten entsteht die Vertretungswirkung, wenn es dem Dritten gleichgültig war, den Vertrag mit dem Vertreter oder mit dem Vertretenen abzuschliessen. Die franz. Fassung der zitierten Bestimmung, die den ersteren klar vom letzteren unterscheidet («s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre»), bestätigt ausserdem die Begründetheit dieser Auslegung, die man in Lehre und Rechtsprechung wiederfindet (Zäch, N. 104 und 111 zu OR 32; von Tuhr/Peter, AT des Schweiz. OR, 3. A., Bd. I, S. 387, Fn. 12; SJ 1962, 391, 1960, 170, 1954, 207). Die Vi hat daher kein Bundesrecht verletzt, indem sie sich auf die Prüfung der Frage beschränkte, ob die Beklagte damals den Vertrag statt mit der Klägerin auch mit der X. abgeschlossen hätte.

d) In ihrer Berufung unterstreicht die Beklagte, dass die Vi zu Unrecht festgehalten habe, es sei ihr gleichgültig gewesen, den Vertrag mit der X. oder mit der Klägerin abzuschliessen. Die Vi hat sich diesbezüglich auf eine Erklärung von C. gestützt, der im Januar 1985 bei der A. Leiter der Geschäfte für die Beklagte war, der seine Gleichgültigkeit gegenüber den zwei in Frage kommenden Gesellschaften bestätigte. Sie hat überdies festgestellt, dass die Beklagte nie behauptet hatte, sie hätte Gründe haben

können, gewisse Aufträge abzuweisen. Schliesslich kam die Vi bezüglich der Frage der Zahlungsfähigkeit zum Schluss, dass es sich im vorliegenden Fall um übliche und nicht um kostspielige Leistungen handelte, welche die Beklagte ebensogut der Klägerin hätte erfüllen können, umso mehr diese zu einer ihr gut bekannten Gesellschaftsgruppe gehörte.

Die Beklagte wendet ein, dass C. nur «als Angestellter der A.» gesprochen habe. Dies ändert indessen nichts an der Sachlage. Der Zeuge war Leiter der Geschäfte, welche die A. in Finnland als Agentur der Beklagten ausführte. In dieser Eigenschaft hatte er deren Interessen optimal zu wahren. Ausserdem war die A. bestimmt bevollmächtigt, im Namen der Beklagten Verträge abzuschliessen, so dass der Wille des Mitarbeiters, dem sie diese Aufgabe anvertraut hat, ihr direkt zugerechnet werden muss.

Nach Auffassung der Beklagten bedingte der mit der X. abgeschlossene Vertrag, den sie als Auftrag i.e.S. betrachtet, ein besonderes Vertrauensverhältnis, was ausschliesse, dass die Person des Partners einer der Parteien hätte gleichgültig sein können. Diesem Argument lässt sich zunächst die Tatsache entgegenhalten, dass nicht jeder Auftrag i.S. von OR 394 ff. zwingend ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzt, im Gegensatz zum klassischen Auftrag (vgl. BGE 115 II 466 ff. = Pr 80 Nr. 17). Sodann betrifft das Vertrauenselement im allgemeinen nur die Person des Bevollmächtigten; beim Schuldner der Entschädigung geht es – wenn überhaupt – nicht weiter als beim Geldleistungspflichtigen in anderen Vertragsverhältnissen. Im vorliegenden Fall handelte es sich zudem um Dienstleistungen, die von der Beklagten in der ganzen Welt und für eine Vielzahl von Klienten erbracht werden. Das Vorhandensein eines Auftrags – falls der betreffende Vertrag als solcher qualifiziert werden soll, was offen bleiben kann würde – daher der Anwendung von OR 32 II keineswegs im Wege stehen.

Oft findet man in der Lehre und der Rechtsprechung die Meinung, dass die Person des Schuldners dem Dritten allgemein wegen der Zahlungsfähigkeit nicht gleichgültig sei, wenn die Gegenleistungen nicht Zug um Zug zu erfüllen sind (vgl. Zäch, N. 112 zu OR 32 mit Hinw.; von Tuhr/Peter, S. 388; Engel, S. 262; ZR 80 Nr. 2 E. 2). Man könnte einer solchen Auffassung folgen, wenn eine völlige Gleichgültigkeit – gegen wen auch immer – verlangt würde. Wenn man jedoch richtigerweise die Person, die mit dem Dritten einen Vertrag eingegangen ist, der Person des Vertretenen gegenübergestellt, dann kann man sich sehr gut Fälle vorstellen, wo Gleichgültigkeit besteht, selbst wenn die Geldleistung nicht sofort vollstreckbar ist, ja sogar solche Fälle, wo die Person des Vertretenen dem Dritten bezüglich der Zahlungsfähigkeit mehr Garantien bietet. Ausschlaggebend ist diesbezüglich, welchen Entscheid der Dritte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Kenntnisse gefällt hätte. Vor diesem Hintergrund hat die Vi zu Recht die Tatsache gewichtet, dass die Klägerin und die X. beide zur gleichen Gruppe gehören, mit welcher die Beklagte seit langem Geschäftsbeziehungen pflegte. Es ist durch die Rechnungen vom April 1984, die sich in den Akten befinden, ausserdem erstellt, dass die Beklagte, oder mindestens ihre holländische Filiale, schon früher Verhandlungen mit der Klägerin akzeptiert hatte. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb sie im Januar 1985 damit hätte aufhören sollen. Für den Fall schliesslich, wo sie sich gezwungen gesehen hätte, ihre Verhandlungspartnerin für die Bezahlung der Entschädigung gerichtlich einzuklagen, wäre es für sie günstiger gewesen, die Klägerin, die ihren Sitz in der Schweiz hat, zu belangen, als in Holland gegen die X. zu klagen. Angesichts dieser Umstände ging die Vi zu Recht davon aus, dass es der Beklagten gleichgültig war, mit welcher der beiden Gesellschaften sie den Vertrag abschloss. Sie hat somit keineswegs Bundesrecht verletzt, indem sie die Klagelegitimation der Klägerin als erfüllt betrachtete.

e) In einem letzten Klagegrund macht die Beklagte eine Verletzung von ZGB 8 geltend. Sie rügt dabei eine Stelle des angefochtenen Entscheids, wo die Vi festhält, sie hätte

nicht erklären können, weshalb ihr die Person ihres Verhandlungspartners nicht gleichgültig gewesen sei. Es ist ihr einzuräumen, dass es nach der Rechtsprechung dem Vertretenen, der behauptet, direkter Gläubiger des Dritten zu sein, wenn der Vertreter sich nicht als solcher zu erkennen gegeben hat, obliegt, diejenigen Tatsachen zu beweisen, die es erlauben, auf die Gleichgültigkeit dieses Dritten in bezug auf die Person seines Verhandlungspartners zu schliessen (BGE 100 II 211 E. 8 a mit Hinw.). Was der Richter bei der Ermittlung des hypothetischen oder mutmasslichen Willens dieses Dritten daraus ableitet, ist jedoch nicht eine Frage der Beweiswürdigung, sondern eine Frage der Rechtsanwendung (BGE 115 II 488 E. 4 b mit Hinw. = Pr 79 Nr. 198), auf die ZGB 8 keine Anwendung findet. Die Beklagte macht im übrigen nicht geltend, die Vi hätte ihre Schlussfolgerung auf bestrittene und nicht bewiesene Tatsachen gestützt. Ausserdem ist daran zu erinnern, dass ZGB 8 als Beweislastregel nicht angerufen werden kann, wenn die Beweiswürdigung dem Richter die Möglichkeit einräumt, das Vorhandensein der bestrittenen Tatsache festzustellen (BGE 114 II 291 mit zit. Entsch.). Es gibt daher keinen Grund, ZGB 8 im vorliegenden Fall anzuwenden, wenn die Klägerin die Beweise für verschiedene Tatsachen erbracht hat, auf die sich die Vi stützte, um auf die Gleichgültigkeit der Beklagten bezüglich der Person des Verhandlungspartners zu schliessen. Auch diese letzte Rüge ist daher unbegründet.

4. Vollmacht

Begriff

Unter Vollmacht versteht man die rechtsgeschäftlich eingeräumte Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters.

4.1. Erteilung

- Die Bevollmächtigung (Vollmachterteilung) ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.
- Sie wird mit Zugang beim Vertreter wirksam.
- Sie bedarf keiner Annahme durch den Vertreter.

Die Vollmacht ist das Resultat der Bevollmächtigung durch den Vertretenen (interne Vollmacht).

Form

- Die Bevollmächtigung ist grundsätzlich nicht formbedürftig;
 - Nach herrschender Lehre und Bundesgericht gilt dies sogar dann, wenn der Vertreter dadurch zum Abschluss eines formbedürftigen Geschäfts (Art. 11 OR) ermächtigt wird (vgl. allerdings kantonale Grundbuchordnungen).
 - Eine neuere Lehre vertritt demgegenüber die Auffassung, dass dort, wo die Formvorschrift eine Schutzfunktion hat, auch die Bevollmächtigung formbedürftig ist (wobei umstritten ist, ob für die Bevollmächtigung die gleiche Form vorzuschreiben ist, wie für das abzuschliessende Geschäft oder ob einfache Schriftlichkeit genügt).
- Ausnahmsweise sieht das Gesetz Schriftlichkeit vor, bspw. bei der Bürgschaft (Art. 493 Abs. 6 OR).

Begriff: Interne und externe Vollmacht

Teilweise wird zwischen der internen und externen Vollmacht unterschieden:

- Die sog. interne Vollmacht entspricht der Bevollmächtigung/Vollmachtserteilung. Die Bevollmächtigung ist nur an den Vertreter gerichtet und das Ergebnis wird daher als interne Vollmacht bezeichnet.
- Eine externe Vollmacht liegt vor, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht an Dritte kundgibt. Diese Kundgabe kann insbesondere auch durch eine Vollmachtsurkunde erfolgen.

Die externe Vollmacht kann die interne Vollmacht nicht ersetzen und begründet keine Vertretungsmacht. Allerdings können sich gutgläubige Dritte auf die Kundgabe verlassen, so dass eine Vertretungswirkung kraft Gutglaubensschutz eintreten kann, vgl. dazu Vertretungswirkung kraft Vertrauensschutz.

4.2. Abstraktheit

Verhältnis zwischen Vollmacht und Grundverhältnis

Die Vollmacht beruht meist auf einem Grundverhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber (z.B. auf einem Auftrag oder einem Arbeitsvertrag).

Die Vollmacht ist in ihrem Bestand aber nicht von diesem Grundgeschäft abhängig (sog. Abstraktheit), d.h., sie ist vom Grundgeschäft losgelöst. Erweist sich das Grundverhältnis im Nachhinein - z.B. wegen eines Willensmangels - als einseitig unverbindlich, so wirkt sich dies nicht auf den Bestand der Rechtshandlungen aus, die der Bevollmächtigte in der Zwischenzeit für den Vollmachtgeber getätigt hat.

Grundsätzlich denkbar ist auch eine Vollmacht, der kein Grundverhältnis zugrunde liegt.

Die Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten lediglich, im Namen des Geschäftsherrn tätig zu werden. Aus dem Grundverhältnis ergibt sich, ob der Bevollmächtigte auch zum Handeln verpflichtet ist.

In der Regel besteht jedoch trotz der Abstraktheit der Vollmacht eine faktische Verknüpfung zwischen Vollmacht und Grundverhältnis.

Beispiele:

- Mit der Auflösung des Grundverhältnisses erlischt oft auch die Vollmacht; die Vollmacht wird regelmässig stillschweigend auf die Dauer des Grundverhältnisses befristet.
- Gemäss Art. 396 Abs. 2 OR wird die Vollmacht beim Auftrag in dem Umfang vermutet, wie sie zur Erfüllung des Auftrages erforderlich ist.

4.3. Umfang

- Der Umfang der Vollmacht ergibt sich aus der Bevollmächtigung (Art. 33 Abs. 2 OR). Der Vollmachtgeber bestimmt somit den Umfang.
- Hat der Vertreter den Umfang nicht tatsächlich so verstanden, wie der Vertretene (Vollmachtgeber) sie gemeint hat, ist die Bevollmächtigung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Hinsichtlich des Umfangs können folgende Arten unterschieden werden:

- Spezial-, Gattungs- und Generalvollmacht
- Weisungsgebundene Spezialvollmacht (botennahe Stellung)
- Einzel- oder Kollektivvollmacht, Solidarvollmacht

Spezial- Gattungs- und Generalvollmacht

- Bei der Spezialvollmacht ist die Vollmacht auf ein einzelnes Geschäft beschränkt.
 - Bei der Gattungsvollmacht wird der Vertreter zur Vornahme von Geschäften einer bestimmten Gattung bevollmächtigt.
 - Bei der Generalvollmacht wird dem Vertreter eine Vollmacht für alle Geschäfte wirtschaftlicher Natur erteilt, die ein bestimmtes Vermögen betreffen.
-

Einzel-, Kollektiv- und Solidarvollmacht



- Eine Einzelvollmacht liegt vor, wenn der Vertreter alleine mit Wirkung für den Vertretenen handeln kann.
- Eine Kollektivvollmacht liegt demgegenüber vor, wenn der Vertreter nur mit weiteren Personen zusammen handeln kann. Nicht notwendig ist dabei gleichzeitiges Handeln.
- Bei einer Solidarvollmacht erteilt der Geschäftsherr mehreren Vertretern je eine Einzelvollmacht.

4.4. Erlöschen

Überblick

Die Vollmacht kann durch folgende Gründe erlöschen:

- Fristablauf
- Widerruf
- Verzicht
- Gesetzliche Erlöschensgründe (Art. 35 OR)

Fristablauf

Die Vollmacht kann zeitlich direkt oder mit Bezug auf gewisse Geschäfte beschränkt sein.

Mit der Auflösung des Grundverhältnis erlischt die Vollmacht aufgrund der Abstraktheit nicht automatisch. Man darf jedoch davon ausgehen, dass die Vollmacht in der Regel stillschweigend auf die Dauer des Grundverhältnisses befristet wurde (z.B. Generalvollmacht nur für eine bestimmte Transaktion; Anwalts-Vollmacht für einen konkreten Prozess).

Widerruf

Der ausdrückliche oder stillschweigende Widerruf der Vollmacht ist nach Art. 34 Abs. 1 OR jederzeit möglich.

Auf die Möglichkeit, eine Vollmacht zu widerrufen, kann nicht verzichtet werden. Art. 34 Abs. 2 OR ist zwingend. Die Unbeschränkbarkeit des Widerrufsrechts ist persönlichkeitsrechtlich motiviert (vgl. auch Art. 27 ZGB). Vereinzelt wird in der Lehre daher auch die Auffassung vertreten, eine Beschränkung des Widerrufs der Vollmacht sei insoweit zulässig, als dies mit Art. 27 ZGB vereinbar sei.

- Der Widerruf ist wie die Bevollmächtigung ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.
- Hat der Vollmachtgeber die Vollmacht einem gutgläubigen Dritten kundgegeben, sollte ihm der Widerruf der Vollmacht ebenfalls mitgeteilt werden, ansonsten der Vollmachtgeber Gefahr läuft, weiterhin verpflichtet zu werden (Art. 34 Abs. 3 OR, vgl. vollmachtlose Stellvertretung).

Verzicht

Ein Vollmachtsverzicht - die Niederlegung der Vollmacht - durch den Vertreter ist immer möglich.

Dies wirft keine Probleme auf, da der Vertreter von der Vollmacht ohnehin keinen Gebrauch machen muss (sofern sich nicht aus dem Grundverhältnis etwas anderes ergibt).

Gesetzliche Erlöschungsgründe

Art. 35 OR regelt spezielle Erlöschungsgründe:

"Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten."

Wichtig sind vor allem die postmortalen Vollmachten. Aufgrund einer Vereinbarung oder wenn es aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, kann eine Vollmacht den Tod des Vollmachtgebers überdauern.

Zu unterscheiden ist:

- Wirkung über den Tod hinaus
- Wirkung erst ab dem Tod (Formvorschriften für letztwillige Verfügungen sind zu beachten)

Im Gegensatz dazu kann eine Vollmacht nicht über den Konkurs hinaus Wirkung entfalten. Der Konkurs ist ein zwingender Erlöschungsgrund.

5. Vertretungswirkungen

Wirkung

Alle Rechtshandlungen des Vertreters im Namen des Vertretenen werden dem Vertretenen angerechnet; sie zeigen ihre Wirkungen im Rechtskreis des Vertretenen.

Das Wissen und Erkennen des Vertreters wird dem Vertretenen zugerechnet.

6. Vollmachtlose Stellvertretung

Tatbestände

Tatbestände einer vollmachtlosen Stellvertretung sind:

- Die Vollmacht hat nie bestanden.
- Die Vollmacht bestand zwar, aber ging nicht so weit.
- Vollmacht bestand zwar, wurde aber beschränkt oder ist erloschen.

Klassische Terminologie: Der Vertreter tritt als falsus procurator auf.

Aus welchem Grund die Stellvertretung vollmachtslos ist, ist dabei bedeutungslos.

6.1. Rechtsfolgen

Grundsatz

- Rechtshandlungen, die der Vertreter ohne Vollmacht vornimmt, binden den Vertretenen grundsätzlich nicht.
- Ausnahmen:
 - Der Vertretene genehmigt die Rechtshandlung nachträglich (Art. 38 Abs. 1 OR).
 - Der Bestand des Rechtsgeschäftes bleibt bis zur Genehmigung oder dem Ablauf der Frist in der Schwebe.
 - Der Dritte bleibt vorläufig an seine Erklärung gebunden.
 - Ausnahmsweise kann jedoch trotz fehlender Vollmacht gestützt auf den Vertrauensschutz eine Vertretungswirkung eintreten.

Genehmigung

Der Vertretene hat das Recht, den Vertrag zu genehmigen und so die Vertretungswirkung nachträglich herbeizuführen (Art. 38 Abs. 1 OR).

- Die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, d.h., die Genehmigung ersetzt die fehlende Vollmacht und lässt den Vertragsschluss rückwirkend eintreten.
- Dispositiv können die Parteien eine ex-nunc Wirkung vereinbaren.
- Keine Genehmigung braucht es in den Fällen der Vertretungswirkung kraft Vertrauensschutz: Die Vertretungswirkung tritt ex lege ein.
- Die Genehmigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung
- Die Genehmigung ist an keine Form gebunden, d.h., sie kann auch konkludent erfolgen.
- Stillschweigen gilt als Genehmigung, "wenn ein Widerspruch möglich und zumutbar war. Voraussetzung ist, dass der Geschäftspartner in guten Treuen davon ausgehen konnte, der Vertretene werde bei fehlendem Einverständnis widersprechen, und dessen Stillschweigen daher nach Treu und Glauben als Zustimmung auffassen durfte" (Bundesgerichtsurteil 4C.115/2001 vom 6. Juli 2001, E. 3a).
- Der Dritte kann dem Vertretenen eine Frist zur Genehmigung ansetzen (Art. 38 Abs. 2 OR).
- Verstreicht die Frist zur Genehmigung unbenutzt, wird der Dritte wieder frei.
- Die Dauer der Frist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (z.B. Art und Tragweite des Geschäft, verwendete Kommunikationsmittel usw.).

Schadenersatz

Die Nichtgenehmigung führt nicht zum Eintritt des Stellvertreters in den Vertrag, sondern zur Haftung des falsus procurators (Vertrauenshaftung, culpa in contrahendo).

Ein Eintritt in den Vertrag ist hier, anders als im Wechselrecht (Art. 998 OR), nicht sinnvoll. Schadenersatzpflicht des falsus procurators:

- Es handelt sich bei Art. 39 Abs. 1 OR um einen Anwendungsfall der culpa in
-

contrahendo.

- Der Vertreter haftet gemäss Art. 39 Abs. 1 OR grundsätzlich nur für das negative Interesse; ein Verschulden wird nicht vorausgesetzt.
- Bei Verschulden haftet er allerdings aus Billigkeit auch für Ersatz des positiven Interesses.

Eine Schadenersatzpflicht des Vertretenen besteht nur im Fall des Art. 36 Abs. 2 OR (dessen Anwendungsbereich allerdings im einzelnen umstritten ist).

6.2. Vertretungswirkungen kraft Vertrauensschutz

Grundsatz

Ohne Genehmigung tritt bei vollmachtloser Stellvertretung grundsätzlich keine Vertretungswirkung ein (Art. 38 OR).

Ausnahmsweise kann jedoch auch ohne Genehmigung eine Vertretungswirkung eintreten. Es werden zwei Fallgruppen unterschieden:

- Schutz des gutgläubigen Dritten
- Schutz des Vertreters (Art. 37 OR)

Beiden Fällen ist gemeinsam, dass der gute Glaube des Dritten in Bezug auf das Bestehen der Vollmacht Voraussetzung des Eintritts der Vertretungswirkung ist.

6.2.1. Gutglaubensschutz Dritter

Voraussetzungen

Die Fälle des Gutglaubenschutzes haben die folgenden drei gemeinsamen Merkmale:

- Der Vertretene hat die Vollmacht nach aussen kundgegeben.
- Der Vertreter handelt gegenüber dem Dritten, dem die Vollmacht kundgegeben wurde.
- Der Dritte ist gestützt auf die ihm kundgegebene Vollmacht gutgläubig, d.h., er vertraut auf die ihm kundgegebene Vollmacht und der gute Glaube wird nach Art. 3 ZGB auch geschützt.

Der gute Glaube heilt den Mangel und die Vertretungswirkungen treten ex lege ein.

Anmerkung zu BGE 119 II 23 - Zeitpunkt der Gutgläubigkeit

Wie steht es mit Sachverhalten, in denen im Nachhinein Verdachtsmomente auftreten? In welchem Zeitpunkt muss die Gegenpartei gutgläubig sein?

Massgebend ist der Zeitpunkt, in dem sich der "Vertreter" auf die Vollmacht beruft.

Anmerkung zu BGE 119 II 23 - Unterscheidung Überschreitung und Missbrauch der Vollmacht



BGE 119 II 23 unterscheidet zwischen dem Missbrauch der Vertretungsmacht und der einfachen Überschreitung der Vertretungsmacht.

Dabei werden bei unterschiedliche Anforderungen an den Schutz des guten Glaubens des Dritten gestellt (vgl. auch Art. 3 ZGB).

1. Bei Überschreitung der Vollmacht genügen nur ernste Zweifel über die wahren Vollmachten des Vertreters, damit der gute Glaube nicht geschützt wird.
2. Bei einem Missbrauch der Vollmacht genügen demgegenüber schon relativ schwache Zweifel, damit der gute Glaube nicht geschützt wird.

Ein Missbrauch liegt gemäss dem Entscheid vor, wenn der Vertreter das streitige Geschäft tatsächlich in eigenem Interesse und in deliktischer Art und Weise abgeschlossen hat und er in seinen Beziehungen mit Dritten in Wirklichkeit nie die Absicht gehabt hat, auf Rechnung des Vertretenen zu handeln.

Die genannte Unterscheidung wird in der Lehre teilweise mit dem Argument kritisiert, dass sie in den Fällen des Missbrauchs vom Dritten höhere Aufmerksamkeit verlange und zwar aufgrund von Tatsachen, von denen er keinerlei Kenntnis habe.

In BGE 131 III 511 (=Pra 95 [2006] Nr. 66) hat das Bundesgericht die Kritik aufgenommen, musste die Streitfrage aber nicht entscheiden.

6.2.2. Tatbestände des Vertrauensschutzes

Überschiessende Vollmacht

Die einem Dritten mitgeteilte Vollmacht ("externe Vollmacht") geht weiter als die wirklich erteilte Vollmacht (Art. 33 OR).

In diesem Fall beurteilt sich gegenüber dem Dritten der Umfang der Vollmacht gemäss Art. 33 Abs. 3 OR nach Massgabe der erfolgten Kundgebung.

Dies kommt vor allem bei Generalvollmachten vor, die intern durch Weisungen beschränkt worden sind.

Unzutreffende Kundgabe

Der Vertretene gibt eine Vollmacht kund, die er überhaupt nicht erteilt hat.

Art. 33 Abs. 3 OR ist entsprechend anzuwenden und der gutgläubige Dritte in seinem Vertrauen zu schützen.

Fehlender Widerruf der Vollmacht gegenüber Dritten

- Die Vollmacht wird vom Vertretenen ganz oder teilweise widerrufen, jedoch ohne Mitteilung des Widerrufs an Dritte, denen die Vollmacht ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben wurde.
- Der Widerruf kann dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden und die Vertretungswirkung tritt trotz fehlender Vollmacht ein.
- Der Schutz gutgläubiger Dritter ergibt sich aus Art. 34 Abs. 3 OR.

Ein Teil der Lehre will Art. 34 Abs. 3 OR nur dann zur Anwendung bringen, wenn die kundgegebene Vollmacht infolge Widerruf erlischt, nicht jedoch, wenn die Vollmacht aus einem der in Art. 35 OR aufgezählten Gründe erlischt.

Rechtsscheinvollmacht

Der Vertretene hatte nicht die Absicht, den Eindruck der Bevollmächtigung zu erwecken. Er muss sich aber vorhalten lassen, er hätte erkennen können, dass er nach Treu und Glauben bei der Gegenseite mit seinem Verhalten den Eindruck der Bevollmächtigung erweckt hat (vgl. Art. 33 Abs. 3 OR).

- Duldungsvollmacht: Der Vertretene duldet, dass jemand anderes nach aussen als Bevollmächtigter auftritt (Dies wird auch als Unterfall der stillschweigenden internen Bevollmächtigung qualifiziert).
- Anscheinsvollmacht: Der Vertretene hätte nach pflichtgemässer Sorgfalt wissen können und müssen, dass der Vertreter als solcher auftritt (Unterfall der Rechtsscheinvollmacht.)

Kundgabe der Vollmacht mittels Vollmachtsurkunde

Präsentiert der Vertreter die Vollmachtsurkunde einem Dritten, so liegt in der Regel ebenfalls eine Kundgabe der Vollmacht durch den Vertretenen vor. Der Vertreter handelt bei der Kundgabe als Bote des Vertretenen.

Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 2 OR

Art. 36 Abs. 2 OR verpflichtet den Vollmachtgeber, eine Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht zurückzuverlangen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so wird er dem gutgläubigen Dritten für den Schaden verantwortlich.

Dieser Schaden tritt nur dann ein, wenn es nicht ohnehin zu einer Vertretungswirkung kommt. Der Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 2 OR ist daher vom Anwendungsbereich der Vertretungswirkung kraft Gutglaubensschutz abzugrenzen. Diese Abgrenzung ist jedoch umstritten .

6.2.3. Vertrauen des Vertreters

Schutz des Vertreters (Art. 37 OR)

Art. 37 OR stellt eine logische Folge aus dem Vertrauensprinzip dar:

Für den Umfang der Vertretungsmacht ist massgebend, wie der Vertreter die Erklärung des Vertretenen hat verstehen dürfen und müssen. Damit muss auch im Fall des Erlöschens der Vollmacht der Vertreter in seinem Vertrauen in den Bestand der Vollmacht geschützt werden.

Art. 37 OR bezweckt, den Vertreter, dem das Erlöschen der Vollmacht noch nicht bekannt geworden ist, vor dem Haftungsrisiko nach Art. 39 OR zu schützen.

Art. 37 OR gilt auch im Falle eines gänzlichen oder teilweisen Widerrufs der Vollmacht. Art. 37 OR geht Art. 36 OR (Schadenersatzpflicht des Vertretenen) vor.

7. Rechtsprechung

Rechtsprechung

- BGE 90 II 285 "Kaffeemaschine"
- BGE 99 II 39 "Gasthaus Gemsli"
- BGE 132 III 222 "Anwaltsvollmacht"

 Anmerkungen zu BGE 99 II 39

Voraussetzungen für den Eintritt der Vertretungswirkung:

- Vollmacht, als Rechtsgeschäft zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter.
- Handeln in fremdem Namen: Dient ausschliesslich der Abgrenzung zwischen dem Handeln des Vertreters in eigenem Namen und seinem Handeln für den Vertretenen.

Die Vertretungswirkung tritt ohne Kommunikation zwischen dem Vertretenen und der Gegenpartei ein.

Beide Voraussetzungen sind im konkreten Sachverhalt erfüllt. Vater B. ist bevollmächtigt, und er tritt im Namen des Georg B. auf. Damit sind die Voraussetzungen für den Eintritt der Vertretungswirkungen erfüllt.
Nicht notwendig ist demgegenüber eine Mitteilung der Vollmacht durch den Vertretenen.

8. Übungsfälle

Übungsfälle

Übungsfall zum Themenbereich Stellvertretung:

- IK OR AT, HS 2012, Fall 6
-