



# Vertretungswirkung durch den falsus procurator

## Bei der direkten bürgerlichen Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR

BERNHARD ISENRING

### Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Fragestellung
- II. Grundsatz: Keine Vertretungswirkung und kein «Eintritt» des falsus procurator
- III. Möglichkeit der Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR
  - A. Das Fremdgeschäft im Schwebezustand
  - B. Beendigung des Schwebezustandes
  - C. Schematische Übersicht
- IV. Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes
  - A. Die Tatbestände des Gutgläubensschutzes im Überblick
  - B. Die Rechtsfolge dieser Tatbestände im Überblick
  - C. Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter
    1. Erste Voraussetzung: Vorliegen eines Rechtsscheins
      - a) Überblick
      - b) Formen der Kundgabe bzw. Mitteilung der Vollmacht
      - c) Rechtsschein bei Verwendung einer gefälschten Vollmachtsurkunde?
      - d) Exkurs: Die Duldungs- und Anscheinsvollmacht
    2. Zweite Voraussetzung: Guter Glaube des Dritten
    3. Die Bestimmungen von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR
      - a) Der Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR
      - b) Der Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 3 OR
  - D. Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes des Vertreters
- V. Die Bestimmung von Art. 36 OR
  - A. Ausgangslage
  - B. Der Regelungsgehalt von Art. 36 Abs. 1 OR
  - C. Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 OR
  - D. Abgrenzung zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR
    1. Das Verhältnis bei vollständigem Widerruf der Vollmacht
    2. Das Verhältnis bei Vollmachtsbeschränkungen
- VI. Konklusion
  - A. Ein Grundsatz...
  - B. ... zwei Ausnahmen
  - C. Schematische Übersicht

## I. Ausgangslage und Fragestellung

Damit ein bürgerlicher Stellvertreter<sup>1</sup> i.S.v. Art. 32 ff. OR unmittelbar Rechtswirkungen zwischen einem Dritten und dem Vertretenen bewirken kann – damit, um es mit anderen Worten zu sagen, *Vertretungswirkung* eintritt – müssen *grundsätzlich* die nachfolgenden fünf Voraussetzungen gegeben sein<sup>2</sup>:

- Vorliegen eines vertretungsfreundlichen Rechtsgeschäftes;
- Urteilsfähigkeit des Vertreters;
- Handlungsfähigkeit des Vertretenen;
- der Vertreter tätigt das Geschäft im Namen des Vertretenen, also in fremdem Namen;
- der Vertreter verfügt über eine Vertretungsmacht, welche für das fragliche Geschäft umfangmässig genügend ist.

Die folgenden Ausführungen befassen sich nun mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein vollmachtsloses Handeln in fremdem Namen doch Vertretungswirkung nach sich ziehen kann.

## II. Grundsatz: Keine Vertretungswirkung und kein «Eintritt» des falsus procurator

Grundsätzlich vermag ein vollmachtslos in fremdem Namen handelnder bürgerlicher Stellvertreter – ein *falsus procurator* – keine Vertretungswirkung auszulösen, da eine der fünf Voraussetzungen für deren Eintritt fehlt<sup>3</sup>. Nur ausnahmsweise – sofern eine nachträgliche Genehmigung seitens des Vertretenen oder aber ein Fall des Gutgläubensschutzes vorliegt<sup>4</sup> – führt ein vollmachtslos abgeschlossenes Fremdgeschäft zu einer Rechtsbeziehung zwischen Vertretenem und Drittem.

An dieser Stelle ist ausdrücklich zu betonen, dass der *falsus procurator* selber nicht Partei, beispielsweise Vertragspartner, des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts

---

<sup>1</sup> Im Interesse einer besseren Verständlichkeit wird in der vorliegenden Arbeit bei Personenbenennungen jeweils die männliche Form verwendet. Sie ist als Kurzform für beide Geschlechter gedacht.

<sup>2</sup> Vgl. etwa ROLF WATTER, Kommentar zu Art. 32-40 OR, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage Basel/Genf/München 2003, Art. 32 N 12 ff.

<sup>3</sup> PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3<sup>e</sup> édition, Genève/Zürich/Bâle 2004, N 378.

<sup>4</sup> Vgl. zu diesen Ausnahmekonstellationen hinten IV.

werden kann<sup>5</sup>, denn dieses hat er nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen abgeschlossen und damit keinen eigenen Vertragswillen kundgetan. Aus Sicht des Dritten liegt somit ein Fremd- und kein Eigengeschäft vor, und er muss sich daher den Vertreter nicht als Vertragspartner gefallen lassen<sup>6</sup>. Der «Eintritt» des falsus procurator in ein von ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft kommt mithin nicht in Frage<sup>7</sup>. Diesbezüglich besteht ein Unterschied zum deutschen Recht, welches in § 179 Abs. 1 BGB auf Verlangen des Dritten die Möglichkeit eines derartigen «Eintritts» vorsieht<sup>8</sup>. Demgegenüber gewährt Art. 39 OR dem Dritten bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung einzig einen Schadenersatzanspruch gegen den falsus procurator<sup>9</sup>. Gerade auch aus der eben erwähnten Regelung von Art. 39 OR – welche den vollmachten Vertreter (e contrario) eben nicht zur Primärleistung verpflichtet – ergibt sich, dass dieser *keinesfalls Partei* des von ihm im Namen eines anderen abgeschlossenen Geschäfts werden kann.

Immerhin ist es möglich, dass sich der Dritte und der falsus procurator darauf einigen, dass das ohne Vollmacht abgeschlossene und definitiv<sup>10</sup> ungültige Vertretergeschäft zwischen ihnen Wirkung entfalten soll. Hierbei liegt dann aber ein Konsens über ein *neues Rechtsgeschäft* vor<sup>11</sup>, welches nichts mehr mit dem eigentlichen Vertretergeschäft zu tun hat. Letzteres ist und bleibt in der eben geschilderten Konstellation ungültig.

---

<sup>5</sup> EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Zürich 1988, 642; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage Zürich 2003, N 1419; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2. Auflage Bern 2006, § 20 N 1; MAX KELLER/CHRISTIAN SCHÖBI, Das Schweizerische Schuldrecht, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts (Band I), 3. Auflage Basel und Frankfurt am Main 1988, 89; ROGER ZÄCH, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung (Art. 32-40 OR), 2. Auflage Bern 1990, OR 39 N 85.

<sup>6</sup> Vgl. BUCHER (Fn 5), 642 FN 150.

<sup>7</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1419.

<sup>8</sup> § 179 Abs. 1 BGB (Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht) lautet: «*Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teil nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.*» Vgl. dazu etwa EBERHARD SCHILKEN, Kommentar zu den §§ 164 – 181 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240 (Allgemeiner Teil 5), Berlin 2004 § 179 Rn 12 ff.

<sup>9</sup> Vgl. ZÄCH (Fn 5), OR 39 N 85. Zur Haftung des falsus procurator gegenüber dem gutgläubigen Dritten vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1420 ff.; ZÄCH (Fn 5), OR 39 N 1 ff.

<sup>10</sup> Definitiv unwirksam ist ein vollmachtenlos abgeschlossenes Fremdgeschäft mit Beendigung des Schwebezustandes, vgl. hinten III.B.

<sup>11</sup> Vgl. BUCHER (Fn 5), 642 FN 150.

### III. Möglichkeit der Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR

#### A. Das Fremdgeschäft im Schwebezustand

Ein vollmachtslos abgeschlossenes Fremdgeschäft befindet sich in einer ersten Phase – vorbehalten bleiben Fälle, in denen Vertretungswirkung unmittelbar aufgrund Gutgläubensschutzes und damit ex lege eintritt<sup>12</sup> – im sog. «Schwebezustand»<sup>13</sup>. Es ist mithin nicht sofort unwirksam, sondern zunächst insofern *einseitig unverbindlich*<sup>14</sup>, als nur der Dritte, nicht aber der Vertretene daran gebunden ist<sup>15</sup>. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus folgenden zwei Überlegungen:

- Einerseits vermag der vollmachtslose Vertreter weder Vertretungswirkung auszulösen, noch wird er – wie bereits dargelegt – selber Partei des in fremdem Namen abgeschlossenen Geschäftes;
- andererseits besteht für den Vertretenen die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR, womit dann der Mangel der fehlenden Vollmacht geheilt wäre und die Vertretungswirkungen doch noch eintreten würden. Dies ist aber nur möglich, wenn der Dritte bis zum Genehmigungsentcheid an das vollmachtslos abgeschlossene Vertretergeschäft gebunden ist.

#### B. Beendigung des Schwebezustandes

Damit für den Dritten der Schwebezustand und damit die einseitige Bindung an das vollmachtslos abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht zu lange dauert, gewährt ihm Art. 38 Abs. 2 OR die Möglichkeit, dem Vertretenen (und nur ihm!) eine Frist zur Genehmigung anzusetzen, nach deren unbenutztem Ablauf er nicht mehr an das vom falsus procurator abgeschlossene Geschäft gebunden und folglich wieder frei ist<sup>16</sup>. Während im deutschen Recht diese Zeitspanne auf zwei Wochen begrenzt wird<sup>17</sup>, fehlen im OR entsprechende Angaben. Es ist lediglich von einer «angemessenen Frist»

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu hinten IV.

<sup>13</sup> Vgl. KOLLER (Fn 5), § 19 N 28; WATTER (Fn 2), Art. 38 N 4; ZÄCH (Fn 5), OR 38 N 33 ff.

<sup>14</sup> Von «*schwebender Unwirksamkeit*» spricht HEINRICH HONSELL, Das Insihgeschäft nach § 181 BGB: Grundfragen und Anwendungsbereich, JA 1977, 58.

<sup>15</sup> Vgl. auch BGE 107 II 105, Erw. 3.; KOLLER (Fn 5), § 19 N 26 m.w.H; ZÄCH (Fn 5), OR 38 N 33.

<sup>16</sup> ZÄCH (Fn 5), OR 38 N 38.

<sup>17</sup> Vgl. § 177 Abs. 2 BGB (Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht): «*Fordert der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.*»

die Rede. Damit kann zwar dem Einzelfall Rechnung getragen werden, allerdings nur auf Kosten der Rechtssicherheit, denn es ist verständlich, dass der Dritte eine kurze, der Vertretene u.U. eine eher längere Frist für angemessen hält. M.E. wäre es sinnvoll, auch im schweizerischen Recht die in § 177 Abs. 2 BGB festgelegten zwei Wochen zu beachten, zumindest im Sinne einer «Richtschnur».

Setzt der Dritte keine Frist an und erklärt auch der Vertretene weder die Genehmigung noch die Nichtgenehmigung, so stellt sich die Frage, ob der Schwebezustand allenfalls unbegrenzt lange andauern kann<sup>18</sup>. Ungeachtet der Tatsache, dass es der Dritte an sich in der Hand hätte, mittels Fristansetzung klare Verhältnisse zu schaffen, erscheint es angemessen, das Genehmigungsrecht des Vertretenen bei Untätigkeit beider Parteien nach Ablauf eines Jahres *als verwirkt* und den Dritten damit wieder als frei zu betrachten<sup>19</sup>. Eine nach allzu langer Zeit ausgesprochene Genehmigung stellt nach vorliegend vertretener Ansicht nämlich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB dar.

Zu erwähnen ist im Weiteren, dass das OR ein Rücktrittsrecht des Dritten zur Beendigung des Schwebezustandes *nicht* vorsieht<sup>20</sup>. Dies wiederum im Unterschied zum BGB, welches in § 178 eine derartige Möglichkeit kennt<sup>21</sup>. M.E. ist die schweizerische Lösung aufgrund folgender Überlegung vorzuziehen: Dem Dritten wird mit dem Recht zur Fristansetzung ein genügender Schutz gewährt. Ein Rücktrittsrecht würde es ihm demgegenüber erlauben, aus einem für ihn unvorteilhaften Rechtsgeschäft ohne weiteres auszusteigen, eine Möglichkeit, die dem schweizerischen Obligationenrecht – Fälle von Willensmängeln ausgenommen – unbekannt ist. Der Dritte soll aber nicht besser gestellt werden als in Konstellationen, in denen der Vertreter mit Vollmacht handelt. Handelt der Vertreter aber mit Vollmacht, so ist der Dritte an das fragliche Rechtsgeschäft ohne Zweifel gebunden, wiederum unter Vorbehalt allfälliger Willensmängel. Für die Zeit bis zum Ablauf der von ihm anzusetzenden Frist muss sich der Dritte bei einer vollmachten Stellvertretung somit die Rechtslage gefallen lassen, die bei gegebener Vollmacht des Vertreters bestehen würde, mithin die rechtliche Bindung an das mit diesem abgeschlossene Geschäft.

Es fragt sich, ob der Dritte das Geschäft wegen Grundlagenirrtums i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR anfechten kann. Dies ist zu *verneinen*, da *allein* die Tatsache, dass

---

<sup>18</sup> Diese Ansicht vertritt GEORGES VIOLAND, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, Diss. St. Gallen 1988, 115.

<sup>19</sup> Diese Lösung schlägt ZÄCH (Fn 5), OR 38 N 42 vor. Vgl. zum Ganzen auch BGE 101 II 222, Erw. 6.b).

<sup>20</sup> Vgl. ZÄCH (Fn 5), OR 38 N 35; a.M. BUCHER (Fn 5), 604 f., der dem Dritten dann ein Rücktrittsrecht einräumen möchte, wenn dieser vom Fehlen der Vollmacht keine Kenntnis hatte.

<sup>21</sup> Art. 178 BGB (Widerrufsrecht des anderen Teils) lautet: «*Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Teil zum Widerruf berechtigt, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschluss des Vertrags gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden.*»

jemand in fremdem Namen handelt, nicht zwingend den Schluss auf das tatsächliche Vorhandensein einer umfangmässig ausreichenden Vollmacht zulässt<sup>22</sup>, und damit auch nicht einen rechtserheblichen Irrtum über eine Vertragsgrundlage zu begründen vermag<sup>23</sup>. Es wäre darüber hinaus auch nicht einzusehen, wieso der Dritte ein Fremdgeschäft zwar mit einem bevollmächtigten Vertreter abgeschlossen hätte, den Eintritt derselben Rechtslage durch nachträgliche Genehmigung unter Berufung auf einen Grundlagenirrtum aber nicht akzeptieren wollte.

Aufgrund des Dargelegten läuft der Dritte bei Abschluss eines Fremdgeschäfts grundsätzlich Gefahr, für eine gewisse Zeit einseitig an einen Vertrag gebunden zu sein, sofern der Vertreter als falsus procurator handelt. Während der Vertretene den Schwebezustand mittels Erklärung der Genehmigung oder auch der Nichtgenehmigung jederzeit beenden kann, fehlt dem Dritten eine entsprechende Möglichkeit. Insbesondere steht ihm kein Rücktrittsrecht zu, wie dies etwa § 178 BGB für das deutsche Recht vorsieht. Der Dritte kann den Vertretenen lediglich durch Ansetzen einer angemessenen Frist zur Genehmigung auffordern und wird nach unbenutztem Fristablauf frei. Insofern vermag der Dritte den Schwebezustand immerhin *indirekt* zu beenden.

Wird der Schwebezustand nicht durch eine Genehmigungserklärung seitens des Vertretenen beendet, so ist das vom falsus procurator in fremdem Namen abgeschlossene Rechtsgeschäft definitiv unwirksam. Dies ist insofern entscheidend, als der gutgläubige Dritte erst in diesem Moment allfällige, sich aus Art. 39 OR ergebende Schadenersatzansprüche gegen den vollmachtenlosen Vertreter geltend machen kann<sup>24</sup>.

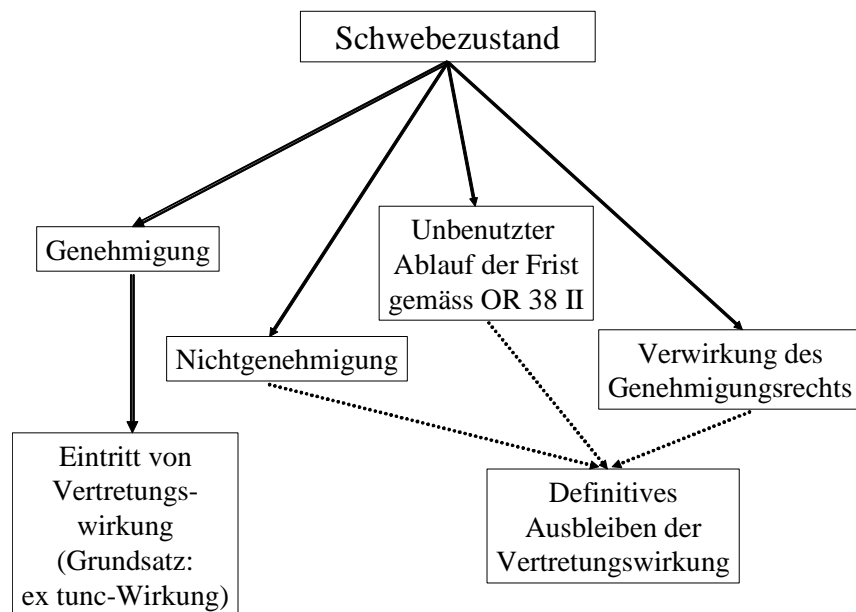
---

<sup>22</sup> Und für sich allein auch keinen Ansatzpunkt für den Eintritt der Vertretungswirkung ex lege aufgrund Gutgläubensschutzes Dritter bildet; vgl. dazu hinten IV.C.

<sup>23</sup> So ZÄCH (Fn 5), OR 38 N 34; a.M. VIOLAND (Fn 18), 113.

<sup>24</sup> Vgl. zur Haftung gemäss Art. 39 OR etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1420 ff.; ZÄCH (Fn 5), OR 39 N 1 ff.

### C. Schematische Übersicht



## IV. Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubenschutzes

### A. Die Tatbestände des Gutgläubenschutzes im Überblick

Unabhängig von einer nachträglichen Genehmigung durch den Vertretenen vermag ein vollmachtslos in dessen Namen handelnder bürgerlicher Stellvertreter Vertretungswirkung auszulösen, sofern einer der *gesetzlich abschliessend* geregelten Tatbestände des Gutgläubenschutzes vorliegt. Diese sind bei der bürgerlichen Stellvertretung nur *ausnahmsweise* gegeben. Im Normalfall gilt der bereits dargelegte Grundsatz, dass ein falsus procurator weder Vertretungswirkung herbeiführen noch – da er in fremdem Namen handelt – selber Partei des fraglichen Rechtsgeschäftes werden kann.

Zu unterscheiden ist zwischen dem Gutgläubenschutz *Dritter* gemäss Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR und dem Gutgläubenschutz des *Vertreters* gemäss Art. 37 OR. Die zuletzt genannte Bestimmung dient allerdings im Ergebnis auch dem gutgläubigen Dritten<sup>25</sup>, liegt doch der Eintritt von Vertretungswirkung auch – und gerade – in seinem Interesse. Die eben erwähnten Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 und Art. 37 OR gehören dabei zu den Gutgläubenschutzbestimmungen *im engeren Sinn*,

<sup>25</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 2 OR.



da sie bei gegebenen Voraussetzungen zum Eintritt von *Vertretungswirkung* trotz fehlender bzw. unzureichender Vollmacht des Vertreters führen und dem Dritten somit einen Anspruch auf die *Primärleistung* – nicht bloss auf Schadenersatz – gewähren.

Weitere Fälle, in denen Vertretungswirkung trotz fehlender Vollmacht des Vertreters von Gesetzes wegen – und damit unabhängig von einer Genehmigung des Vertretenen – eintritt, sind dem bürgerlichen Stellvertretungsrecht unbekannt. Wohl statuiert auch Art. 36 Abs. 2 OR unter bestimmten, noch näher darzulegenden Voraussetzungen, Ansprüche des gutgläubigen Dritten gegen den Vertretenen. Dabei geht es aber lediglich um *sekundäre* Leistungen, um Schadenersatz, *nicht* aber um den primären Leistungsanspruch. Aus diesem Grund stellt Art. 36 Abs. 2 OR auch *keine* Gutgläubensschutzbestimmung im engeren Sinn dar. Dies gilt gleichermassen für Art. 39 OR, der zwar auch nur dem *gutgläubigen* Dritten zugute kommen soll, aber ebenfalls lediglich Schadenersatzansprüche – und zwar gegen den falsus procurator – statuiert, nicht aber zum Eintritt von Vertretungswirkung führt.

Wenn im Folgenden von «Gutgläubensschutzbestimmungen» oder von «Tatbeständen des Gutgläubensschutzes» die Rede ist, so sind damit jene gemeint, die als Rechtsfolge auch tatsächlich den Eintritt von Vertretungswirkung nach sich ziehen; mithin die Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 und Art. 37 OR.

## **B. Die Rechtsfolge dieser Tatbestände im Überblick**

Bereits erwähnt wurde die Rechtsfolge sämtlicher Tatbestände des Gutgläubensschutzes: Der Eintritt von Vertretungswirkung trotz fehlender bzw. unzureichender Vollmacht<sup>26</sup>. Dies bedarf indes noch einer etwas genaueren Ausführung.

Zu beachten ist zunächst, dass das von einem falsus procurator in fremdem Namen abgeschlossene Rechtsgeschäft gar nicht in den sog. Schwebezustand<sup>27</sup> gerät, sofern im Einzelfall die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 oder Art. 37 OR gegeben sind<sup>28</sup>. In diesen Situationen tritt Vertretungswirkung vielmehr *unmittelbar ex lege* ein<sup>29</sup>, womit eine allfällige Nichtgenehmigungserklärung des Vertretenen unbe-

---

<sup>26</sup> Vgl. beispielsweise BGE 120 II 197, Erw. 2.b/cc) sowie den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 7. a: «*Der gute Glaube heilt den Mangel der fehlenden Vollmacht.*»

<sup>27</sup> Ein vollmachtslos geschlossenes Fremdgeschäft befindet sich – sofern kein Tatbestand des Gutgläubensschutzes vorliegt – im sog. «Schwebezustand.» Das Geschäft ist insofern «in der Schwebe», als der Dritte daran gebunden ist, der Vertretene aber nicht und die Wirksamkeit des Geschäftes von dessen nachträglicher Genehmigung abhängt; vgl. dazu vorne III.

<sup>28</sup> So KOLLER (Fn 5), § 19 N 5; vgl. auch ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 9 a.E.

<sup>29</sup> Vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1393; ALFRED KOLLER, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, Habil. Fribourg 1984, N 288 f. und N 300; BGE 107 II 105, Erw. 6.a).

achtlich bleibt. Der Vertretene hat in Konstellationen des Gutgläubensschutzes nach zutreffender Ansicht *kein Wahlrecht*<sup>30</sup>, ob er Vertretungswirkung eintreten lassen will oder nicht<sup>31</sup>.

## C. Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter

### 1. Erste Voraussetzung: Vorliegen eines Rechtsscheins

#### a) Überblick

Zunächst ist auf einen für das bürgerliche Stellvertretungsrecht ganz zentralen Grundsatz hinzuweisen: Es gibt keinen allgemeinen Gutgläubensschutz Dritter in das Vorliegen (umfangmässig) genügender Ermächtigung<sup>32</sup>. Insbesondere vermag *allein* die Aussage des *Vertreters*, er sei von einem anderen in bestimmtem Umfang bevollmächtigt, keinen Ansatzpunkt für den Gutgläubensschutz Dritter zu begründen<sup>33</sup>. Dies käme einer völlig einseitigen Betonung der Interessen des Dritten gleich und wäre mit einem geordneten bzw. verlässlichen Geschäftsverkehr nicht vereinbar, da dann grundsätzlich jeder als falsus procurator Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter bewirken könnte. Notwendig ist vielmehr, dass der *Vertretene* selbst – und *nur er* – den Rechtsschein einer in Tat und Wahrheit nicht<sup>34</sup> bestehenden Vollmacht setzt, auf den sich gutgläubige Dritte verlassen können und dürfen<sup>35</sup>. Diesbezüglich sei auf BGE 120 II 197 hingewiesen, wo es zur vorliegend interessierenden Thematik in Erwägung 2 bb) heisst: «*Das Handeln des Vertreters in fremdem Namen vermag allerdings für sich allein eine Vertrauenshaftung des Vertretenen nie zu begründen, denn aus erwecktem Rechtsschein ist nur gebunden, wer diesen Rechtsschein objektiv zu vertreten hat [...]. Die objektive Mitteilung der Vollmacht muss daher vom Vertretenen ausgehen*».

Selbstverständlich muss der Dritte beim Abschluss des Fremdgeschäftes von der Vollmachtsmitteilung des Vertretenen Kenntnis haben, da er sich andernfalls nicht auf die Kundgabe der Vertretungsmacht und den so geschaffenen Rechtsschein berufen kann<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Das ihm in den Fällen zukommt, in denen das fragliche Geschäft in den Schwebezustand gerät.

<sup>31</sup> KOLLER (Fn 29), N 288 sowie N 300.

<sup>32</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1402.

<sup>33</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 2.1 sowie ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 131.

<sup>34</sup> Oder zumindest nicht in besagtem Umfang.

<sup>35</sup> BGE 131 III 511, Erw. 3.2.1 = Pr 95 [2006], Nr. 66; KOLLER (Fn 5), § 16 N 19; TERCIER (Fn 3), N 412; WATTER (Fn 2), Art. 33 N 31; ZÄCH (Fn 5), a.a.O.

<sup>36</sup> Vgl. KOLLER (Fn 29), N 268 m.w.H.

Den angesprochenen Rechtsschein setzt der Vertretene durch ausdrückliche oder stillschweigende (konkludente) Mitteilung der Vollmacht an eine bestimmte Drittperson oder an mehrere, allenfalls unbestimmt viele Dritte<sup>37</sup>. Dabei muss der Umfang der fraglichen Ermächtigung aus der Kundgabe hervorgehen, für den Dritten mithin ersichtlich sein<sup>38</sup>. Es genügt bei der bürgerlichen Stellvertretung mangels eines gesetzlich typisierten Vollmachtsumfangs nicht, lediglich mitzuteilen, jemand sei «bürgerlicher Stellvertreter»; dies im Unterschied etwa zur kaufmännischen Stellvertretung oder zur Organvertretung. Bei den zuletzt erwähnten Erscheinungsformen der direkten Vertretung gibt das Gesetz einen bestimmten Umfang der Vertretungsmacht vor<sup>39</sup>, weshalb gegenüber gutgläubigen Dritten Vertretungswirkung in diesem Umfang eintritt, auch wenn ihnen vom Vertretenen – also von der Gesellschaft oder vom Prinzipal<sup>40</sup> – lediglich mitgeteilt wird, jemand sei «Prokurist» oder «(Vertretungs-)Organ».

## b) Formen der Kundgabe bzw. Mitteilung der Vollmacht

Nach vorliegend vertretener Ansicht begründet die Erklärung bzw. Mitteilung der Vollmacht an Dritte *keine externe Vollmacht* im Sinne einer tatsächlichen «Macht» des Vertreters, vielmehr ist sie als Anknüpfungspunkt für den Gutgläubensschutz Dritter zu betrachten<sup>41</sup>. Von ihrer Rechtsnatur her handelt es sich bei der Vollmachtsmitteilung denn auch nicht um ein Rechtsgeschäft, mit welchem eine Rechtslage umgestaltet werden soll, sondern um eine Anzeige, mit der lediglich publik gemacht wird, dass eine Rechtslage bereits umgestaltet worden ist<sup>42</sup>, und zwar in dem Sinne, dass der Vertreter über eine bestimmte Vollmacht zum Abschluss von Fremdgeschäften verfügt.

Die für den Gutgläubensschutz Dritter unabdingbare Kundgabe der Vollmacht durch den Vertretenen kann – wie bereits angedeutet – formlos, und damit ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Praktisch kommen etwa folgende Möglichkeiten in Betracht:

---

<sup>37</sup> KOLLER (Fn 29), N 240: «Eine Vollmachtskundgabe bedarf keiner bestimmten Form»; WATTER (Fn 2), Art. 33 N 31; ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 144.

<sup>38</sup> So auch ROLF WATTER, Die Vertretung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe – speziell bei sogenanntem «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985, N 77: Die Mitteilung muss zum Ausdruck bringen, für welche Rechtshandlungen jemand bevollmächtigt ist.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 459 OR für die Prokura und beispielsweise Art. 718a OR für die organschaftliche Vertretung der AG.

<sup>40</sup> Bei der Prokura und der Handlungsvollmacht i.e.S. (Art. 462 OR) wird der Vertretene auch als Prinzipal bezeichnet.

<sup>41</sup> Ebenso WATTER (Fn 2), Art. 33 N 30 m.w.H. und ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 9; vgl. ferner BERNHARD ISENING, Die Strafbarkeit des direkten bürgerlichen Stellvertreters nach Art. 158 Ziff. 2 StGB, Diss. Zürich 2007, 44 ff. und 61 ff.

<sup>42</sup> Vgl. KOLLER (Fn 29), N 219, der die Vollmachtsmitteilung als «Vorstellungsmittelung» qualifiziert.

- Zunächst kann besagte Kundgabe mündlich (z.B. telefonisch), schriftlich (z.B. durch einen Brief, eine E-Mail, etc.) oder durch öffentlichen Anschlag<sup>43</sup> erfolgen;
- praktisch bedeutsam ist sodann die Kundgabe der Vollmacht mittels einer vom Vertretenen an den Vertreter ausgehändigten Vollmachtsurkunde<sup>44</sup>, welche letzterer bei Vornahme der fraglichen Fremdgeschäfte dem Dritten tatsächlich vorlegt<sup>45</sup>. Der Vertreter ist dabei – also bezüglich Vollmachtskundgabe – als Bote des Vertretenen zu qualifizieren<sup>46</sup>. Damit darin aber eine Kundgabe der Vollmacht durch den Vertretenen gesehen werden kann, muss dieser seinem Vertreter eine derartige Verwendungsart der Vollmachtsurkunde erlaubt haben, die Vorweisung derselben also seinem Willen entsprechen<sup>47</sup>. Nur wenn dies der Fall ist, kann von einem *dem Vertretenen zurechenbaren* bzw. von ihm ausgehenden *Rechtsschein* gesprochen werden. Die Vorlage der Vollmachtsurkunde gegenüber Dritten muss m.E. allerdings nicht der alleinige Zweck der Überlassung eines solchen Schriftstückes sein. Es genügt vielmehr, wenn diese Verwendungsart vom Vertretenen zumindest nicht ausgeschlossen wurde. Verwendet ein Vertreter die ihm ausgehändigte Vollmachtsurkunde nun aber wider besseren Wissens<sup>48</sup>, verwendet er sie insbesondere gegenüber Dritten, welchen er sie nicht vorlegen darf oder legt er eine Vollmachtsurkunde vor, die er nach dem Willen des Vertretenen gar nicht zu diesem Zweck benutzen soll, so begründen derartige Verhaltensweisen keine Vollmachtskundgaben i.S.v. Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR, da in diesen Konstellation nicht mehr gesagt werden kann, es sei der *Vertretene*, welcher den erforderlichen Rechtsschein setze;
- Vollmachtskundgaben erfolgen oft auch über Verträge oder in AGB<sup>49</sup>. Namentlich in Mietverträgen findet sich nicht selten die Bestimmung, wonach anstelle des Vermieters der sog. «Verwalter» für Fragen rund um das Mietverhältnis zuständig und damit Ansprechpartner des Mieters sein soll. Mit einer derartigen Vertragsklausel gibt der Vermieter seinen Mietern gegenüber kund, dass der Verwalter über die Vollmacht verfüge, ihn in Mietsachen (auch) rechtsgeschäftlich zu vertreten;

---

<sup>43</sup> ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 150; vgl. dazu auch BGE 99 II 39, Erw. 1.

<sup>44</sup> Nach ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 3 sind unter Vollmachtsurkunden Schriftstücke i.S.v. Art. 13-15 OR zu verstehen. Die Vollmachtsurkunde muss mithin vom Vertretenen *unterschrieben* sein.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 131 III 511, Erw. 3.2.1 = Pr 95 [2006], Nr. 66.

<sup>46</sup> Vgl. CHRISTINE CHAPPUIS, Kommentar zu Art. 32 – 40 OR, in: Commentaire Romand CO I, art. 1-529 CO, Basel/Genf/München 2003, art. 33 N 23; KOLLER (Fn 29), N 253; WATTER (Fn 2), Art. 33 N 31 und N 33; ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 145. Vgl. zum Begriff des Boten etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1316.

<sup>47</sup> Vgl. KOLLER (Fn 5), § 19 N 11 und § 20 N 16.

<sup>48</sup> Vgl. dazu WATTER (Fn 2), Art. 33 N 33 mit Verweis auf ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 145.

<sup>49</sup> KOLLER (Fn 29), N 258 ff.; ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 146.

- abgesehen von den eben erwähnten Kundgabeformen nimmt die Rechtsprechung eine dem Vertretenen zurechenbare Mitteilung der Vollmacht i.S.v. Art. 33 Abs. 3 OR auch dann an, wenn dieser einer anderen Person eine Stellung einräumt, mit der nach Verkehrsübung eine Vollmacht verbunden zu sein pflegt<sup>50</sup>. In einem älteren Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen<sup>51</sup> wird ausgeführt, ein Bauherr, der einen Architekten beauftragt, gebe damit kund, dieser sei zum Abschluss von Ingenieursverträgen bevollmächtigt. Im Anwendungsbereich der bürgerlichen Stellvertretung ist diese Rechtsprechung mit KOLLER abzulehnen<sup>52</sup>. Bei allem berechtigten Bemühen, gutgläubige Dritte zu schützen, dürfen Verkehrsschutzüberlegungen weder überstrapaziert noch allein massgebend sein. Es sei darauf hingewiesen, dass das Interesse des Vertretenen, seinem Willen entsprechend durch eine andere Person rechtsgeschäftlich gebunden zu werden, ebenso berechtigt ist, wie jenes des Dritten am Zustandekommen des mit dem Vertreter abgeschlossenen Fremdgeschäftes<sup>53</sup>;
- als Vollmachtscundgabe lässt sich schliesslich auch ein Nichteinschreiten des Vertretenen gegen das Auftreten einer Person als direkter Stellvertreter qualifizieren. Dieses *Dulden* vermag u.U. einen dem Vertretenen zurechenbaren Rechtsschein zu setzen<sup>54</sup>.

Keine Kundgabe der Vertretungsmacht ist demgegenüber in Konstellationen zu sehen, in denen der Dritte einzig vom Bestehen eines Auftragsverhältnisses zwischen zwei Personen erfährt. Die gesetzliche Vermutung von Art. 396 Abs. 2 OR<sup>55</sup> wirkt sich allein zwischen den Vertragsparteien, nicht aber gegenüber Dritten aus<sup>56</sup>. Auch unter diesem Aspekt kann dem bereits erwähnten Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen aus dem Jahre 1961 nicht gefolgt werden.

### c) **Rechtsschein bei Verwendung einer gefälschten Vollmachtsurkunde?**

Wie soeben erwähnt, erfolgt die dem Vertretenen zurechenbare Vollmachtscundgabe praktisch häufig mittels einer vom Vertreter dem Dritten tatsächlich vorgelegten *Voll-*

---

<sup>50</sup> Vgl. KOLLER (Fn 29), N 246 ff.

<sup>51</sup> Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (II. Zivilkammer) vom 24.03.1961, abgedruckt in der SJZ 1963, 188 ff.

<sup>52</sup> KOLLER (Fn 29), N 248: «*In der blossen Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise (nicht immer!) Vollmacht verbunden ist, kann noch keine Vollmachtsmitteilung gesehen werden*». Teilweise abweichend ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 153, der die Umstände des Einzelfalls beachten und die Einräumung einer Stellung – wie jede Vollmachtsmitteilung – nach dem Vertrauensprinzip beurteilen will.

<sup>53</sup> Vgl. dazu etwa ISENRING (Fn 41), 15 ff.

<sup>54</sup> Vgl. zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht IV.C.1.d).

<sup>55</sup> Vgl. zu Art. 396 Abs. 2 OR HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage Bern 2006, § 23 II.4.

<sup>56</sup> Vgl. den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 3.

*machtsurkunde*, wobei aber – auch darauf wurde bereits hingewiesen – stets vorausgesetzt werden muss, dass eine derartige Verwendungsart der Urkunde dem Willen des Vertretenen entspricht, er das fragliche Schriftstück seinem Vertreter mithin (auch) ausgehändigt hat, damit er es Dritten gegenüber vorlegen kann.

Legt nun der Vertreter dem Dritten eine von ihm gefälschte Urkunde vor, so stellt dies nach vorliegend vertretener Ansicht *keine* dem Vertretenen zurechenbare Kundgabe der Vollmacht und folglich auch keinen diesem zurechenbaren Rechtsschein dar. Allein gestützt auf eine gefälschte Vollmachtsurkunde kann somit Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter nicht eintreten. Von einer gefälschten Urkunde ist dabei stets auszugehen, wenn der aus der Urkunde ersichtliche Aussteller nicht der tatsächliche, der «wirkliche» Aussteller ist, wobei in Erinnerung gerufen sei, dass die Vollmachtsurkunde vom Vertretenen unterschrieben sein muss.

Wird eine Vollmachtsurkunde vom Vertreter vollständig gefälscht, so ist er der tatsächliche Aussteller, während aber als vermeintlicher Aussteller der Urkunde der Vertretene erscheint. Es handelt sich dann um eine unechte Urkunde i.S.v. Art. 251 StGB. Zu betonen ist, dass auch die nachträgliche Abänderung einer ursprünglich vom Vertretenen ausgestellten Vollmachtsurkunde durch den Vertreter eine Fälschung darstellt und damit zu einer unechten Urkunde führt. Dies wäre etwa der Fall, wenn sich aus der Vollmachtsurkunde des Vertretenen ergibt, dass der Vertreter zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes bis maximal Fr. 50'000.– ermächtigt ist und letzterer der genannten Zahl nachträglich noch eine Null anfügt, womit der unzutreffende Eindruck entsteht, er verfüge über eine Vollmacht im Umfang von Fr. 500'000.–.

#### **d) Exkurs: Die Duldungs- und Anscheinsvollmacht**

Erwähnt wurde, dass u.U. auch ein Dulden des Vertretenen einen diesem zurechenbaren Rechtsschein und damit einen Ansatzpunkt für den Gutgläubensschutz Dritter darstellen kann. An dieser Stelle soll daher kurz auf die Erscheinungsformen der Duldungs- sowie der Anscheinsvollmacht eingegangen werden.

Eine Duldungsvollmacht liegt vor, wenn jemand für einen anderen als direkter Stellvertreter auftritt, wobei der *gegen seinen Willen Vertretene* gegen das Handeln des Vertreters trotz diesbezüglicher Kenntnis nicht einschreitet, sondern dieses vielmehr duldet. Sofern der Vertreter nicht erkennt und auch nicht erkennen müsste, dass eine Bevollmächtigung durch den Vertretenen gar nicht gewollt ist, ist dieses bewusste Dulden – aus Sicht des Vertreters – als stillschweigende Ermächtigung aufzufassen<sup>57</sup>. Die Duldungsvollmacht stellt somit nach vorliegend vertretener Ansicht einen speziellen Fall einer stillschweigenden Bevollmächtigung dar<sup>58</sup>. Ist dem Vertreter demgegen-

---

<sup>57</sup> Nochmals: Bei der Duldungsvollmacht fehlt dem Vertretenen der Wille zur Vollmachtserteilung.

<sup>58</sup> ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 47 ff.; vgl. zur Duldungsvollmacht auch den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 6. a.

über das Fehlen des Bevollmächtigungswillens seitens des Vertretenen bewusst, kann die Tolerierung des Handelns in fremdem Namen durch den Vertretenen nicht mehr als stillschweigende Bevollmächtigung qualifiziert werden, aber immerhin einen Anwendungsfall von Art. 33 Abs. 3 OR darstellen, also – sofern sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind – den Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter nach sich ziehen<sup>59</sup>. In diesem Fall ist das Dulden seitens des Vertretenen nämlich als Vollmachtenkundgabe zu werten.

Die eigentliche Duldungsvollmacht im eben dargelegten Sinn stellt somit eine tatsächliche Macht des Vertreters dar, welche es diesem ermöglicht, für den Vertretenen direkt bzw. unmittelbar Rechtswirkungen zu erzeugen<sup>60</sup>.

Eng mit der Duldungsvollmacht verwandt<sup>61</sup> ist die Anscheinsvollmacht. Einziger aber entscheidender Unterschied zur Duldungsvollmacht ist, dass der Vertretene bei einer Anscheinsvollmacht vom Handeln des Vertreters keine tatsächliche Kenntnis hat, davon aber bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte Kenntnis haben können und müssen. In derartigen Konstellationen kann das Nichteinschreiten aber nicht mehr als stillschweigende Bevollmächtigung verstanden werden. Nach zutreffender Ansicht stellt die Anscheinsvollmacht daher einen Anwendungsfall von Art. 33 Abs. 3 OR dar<sup>62</sup>.

## 2. Zweite Voraussetzung: Guter Glaube des Dritten

Einprägsam lässt sich der gute Glaube als «*fehlendes Unrechtsbewusstsein trotz Vorliegens eines Rechtsmangels*» bezeichnen<sup>63</sup>. Es geht m.a.W. um eine Bewusstseinslage, welche in einem Vertrauen in das Vorhandensein einer tatsächlich nicht gegebenen Rechtslage besteht.

In den vorliegend interessierenden Konstellationen vertraut der Dritte darauf, dass der Vertreter über eine umfangmässig genügende Vertretungsmacht zum Abschluss des fraglichen Fremdgeschäftes verfügt oder anders gesagt: Dem Dritten fehlt das Bewusstsein, dass dies eben gerade nicht der Fall ist. Ansatzpunkt dieser Bewusstseins-

---

<sup>59</sup> So der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 6. a.

<sup>60</sup> WATTER (Fn 2), Art. 33 N 16. Abweichend das BGer im nicht publizierten Entscheid vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 2.1.1: «*Der Tatbestand einer externen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht wird vom Regelungsgedanken des Art. 33 Abs. 3 OR erfasst*».

<sup>61</sup> WATTER (Fn 2), a.a.O.

<sup>62</sup> So das BGer in BGE 131 III 511, Erw. 3.2 = Pr 95 [2006], Nr. 66 und im nicht publizierten Entscheid vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 2.1; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1412; im Ergebnis wohl ebenso der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 6. a; a.M. ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 46 und N 52, der in der Anscheinsvollmacht wie in der Duldungsvollmacht eine stillschweigende Ermächtigung sieht.

<sup>63</sup> Vgl. statt vieler WATTER (Fn 38), N 30.

lage – und damit des guten Glaubens – bildet dabei die *Vollmachtskundgabe des Vertretenen*, mithin der von diesem geschaffene *Rechtsschein*.

Das Vorhandensein guten Glaubens wird gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet<sup>64</sup>. Zu beachten ist aber auch, dass sich nicht darauf berufen darf, wer bei der Aufmerksamkeit, die nach den Umständen von ihm zu verlangen ist, nicht gutgläubig sein kann<sup>65</sup>. Vorausgesetzt ist also auf Seiten des Dritten eine *berechtigte Gutgläubigkeit*.

Der soeben erwähnte Art. 3 Abs. 2 ZGB wirft im Zusammenhang mit dem Stellvertretungsrecht die Frage auf, ob den Dritten Erkundigungspflichten bezüglich einer vom Vertretenen ihm gegenüber mitgeteilten Vertretungsmacht treffen und falls ja, in welchem Ausmass. Eine derartige Pflicht darf nach zutreffender Ansicht nicht allgemein angenommen werden<sup>66</sup>, würde dies doch bedeuten, dass beim Vertretenen oder gar bei weiteren Personen stets nachgefragt werden müsste, wie es um die (dereinst) mitgeteilte bzw. nach aussen kundgegebene Vollmacht (momentan) steht. Die kaum erstrebenswerte Konsequenz davon wäre, dass das Interesse des Verkehrsschutzes unverhältnismässig stark zugunsten des Interesses der Privatautonomie des Vertretenen zurückstehen müsste<sup>67</sup>. Von einer eingangs erwähnten Erkundigungspflicht wird man nur dann ausgehen können und müssen, wenn beim Dritten Zweifel aufkommen, ob die vom Vertretenen (dereinst) mitgeteilte Vollmacht tatsächlich (noch) besteht. Unterlässt der Dritte in einer derartigen Situation entsprechende Nachforschungen, so greift Art. 3 Abs. 2 ZGB ein, womit der gute Glaube zerstört und ein Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter verhindert wird. Zweifelt ein Dritter am Bestehen einer kundgegebenen Vollmacht und schliesst er mit dem Vertreter trotzdem ein Fremdgeschäft ab, gilt er nicht mehr als berechtigterweise gutgläubig und handelt *auf eigene Gefahr*, da bei einem definitiven Nichtzustandekommen des fraglichen Rechtsgeschäftes auch ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 39 OR gegen den falsus procurator wegfällt. Diese Haftungsbestimmung verlangt vom Dritten nämlich ebenfalls eine *berechtigte Gutgläubigkeit* bezüglich Bestehens genügender Vertretungsmacht<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Vgl. BGE 131 III 511, Erw. 3.2.2 = Pr 95 [2006], Nr. 66, sowie den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 7. a.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB.

<sup>66</sup> Vgl. WATTER (Fn 2), Art. 33 N 35: «Eine generelle Erkundigungspflicht besteht nicht.»

<sup>67</sup> Vgl. zu diesem Interessengegensatz bei der bürgerlichen Stellvertretung etwa ISENRING (Fn 41), 15 ff.

<sup>68</sup> Vgl. zur Haftung gemäss Art. 39 OR etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1420 ff.; ZÄCH (Fn 5), OR 39 N 1 ff.



### 3. Die Bestimmungen von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR

#### a) Der Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR

Bei Art. 33 Abs. 3 OR geht es um Konstellationen, in denen der Vertretene Dritten gegenüber kundgibt<sup>69</sup>, er habe einen Vertreter zum Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte ermächtigt, wobei in Tat und Wahrheit gar nie eine Vollmacht erteilt wurde<sup>70</sup>, zumindest nicht im nach aussen kommunizierten Umfang. Schliesst nun dieser «Vertreter» im Rahmen der kundgegebenen Vertretungsmacht namens des Vertretenen mit besagten Dritten ein Rechtsgeschäft ab, so tritt als Rechtsfolge die Vertretungswirkung unmittelbar ex lege ein, sofern letztere bezüglich Vorliegens der in Tat und Wahrheit fehlenden bzw. unzureichenden Vollmacht berechtigterweise gutgläubig sind. Der gute Glaube Dritter heilt somit den Mangel fehlender oder unzureichender Ermächtigung<sup>71</sup>.

Obwohl Art. 33 Abs. 3 OR die Gutgläubigkeit des Dritten nicht explizit erwähnt, ist diese Voraussetzung nach h.L. für den Eintritt von Vertretungswirkung ex lege zwingend notwendig<sup>72</sup>. Erkennt der Dritte, dass ein «Vertreter» in Tat und Wahrheit nicht bzw. nicht ausreichend bevollmächtigt ist, oder hätte er dies bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen müssen<sup>73</sup>, so kommt der Gutgläubensschutz nicht zum Tragen. Ohne nachträgliche Genehmigung des Vertretenen tritt in dieser Konstellation keine Vertretungswirkung ein.

Dabei kommt es bei Art. 33 Abs. 3 OR einzig auf die berechnete Gutgläubigkeit des Dritten an, welche an einer *vom Vertretenen ihm gegenüber mitgeteilten Vollmacht* anknüpft. Demgegenüber spielt es für den Eintritt von Vertretungswirkung ex lege keine Rolle, ob der Vertreter gut- oder bösgläubig handelt<sup>74</sup>. Dies ist aber immerhin im Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter bezüglich allfälliger Schadenersatzansprüche relevant<sup>75</sup>.

Zu erwähnen bleibt, dass nach vorliegend vertretener Ansicht auch die sog. «Anscheinsvollmacht»<sup>76</sup> in den Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR fällt, da im Nichteinschreiten des Vertretenen gegen Handlungen seines Vertreters eine Voll-

---

<sup>69</sup> Bezüglich Möglichkeiten der Vollmachtenkundgabe sei auf IV.C.1.b) verwiesen.

<sup>70</sup> Diese Konstellation fällt ebenfalls unter Art. 33 Abs. 3 OR (KOLLER [Fn 5], § 19 N 5), auch wenn die genannte Bestimmung vom Wortlaut her eher auf *Vollmachtenüberschreitungen* (dazu ISENRING [Fn 41], 116 ff.) zugeschnitten ist.

<sup>71</sup> KOLLER (Fn 5), § 19 N 5; vgl. auch BGE 131 III 511, Erw. 3.2.2 = Pr 95 [2006], Nr. 66, mit Hinweis auf BGE 120 II 197, Erw. 2.b/cc) und BGE 99 II 39, Erw. 1.

<sup>72</sup> Eingehend KOLLER (Fn 29), N 273 ff. und insbesondere N 275 ff.; WATTER (Fn 2), Art. 33 N 35.

<sup>73</sup> Art. 3 Abs. 2 ZGB.

<sup>74</sup> Vgl. KOLLER (Fn 29), N 362 – bezüglich Art. 34 Abs. 3 OR.

<sup>75</sup> Vgl. zu derartigen Schadenersatzansprüchen ISENRING (Fn 41), 110 ff.

<sup>76</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne IV.C.1.d).

machtskundgabe an Dritte gesehen werden kann<sup>77</sup>. Ob jedoch in derartigen Fällen noch ernsthaft anzunehmen ist, es sei tatsächlich der *Vertretene*, der einen vertrauensbegründenden Rechtsschein setze, muss m.E. bezweifelt werden. Die Bejahung einer Anscheinsvollmacht sollte jedenfalls nur zurückhaltend erfolgen.

#### b) Der Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 3 OR

Art. 34 Abs. 3 OR erfasst Konstellationen, in denen der Vertretene eine von ihm nach aussen kundgegebene Vollmacht<sup>78</sup> einzig dem Vertreter gegenüber *widerruft* oder *eingeschränkt*<sup>79</sup>, nicht aber gegenüber Dritten, denen er sie mitgeteilt hat. Handelt nun der Vertreter als falsus procurator im Rahmen dieser kundgegebenen, aber *nur ihm gegenüber* widerrufenen resp. eingeschränkten Vollmacht im Namen des Vertretenen, so tritt bei gutem Glauben des Dritten die Vertretungswirkung unmittelbar ex lege ein. Auch hier heilt der gute Glaube Dritter den Mangel fehlender bzw. unzureichender Vollmacht.

Zu betonen ist, dass Art. 34 Abs. 3 OR einzig auf eine widerrufenen bzw. eingeschränkte Vollmacht<sup>80</sup> Anwendung findet. Erlischt die Vertretungsmacht aus einem der in Art. 35 OR genannten Gründe, so können sich gutgläubige Dritte nach h.L. nicht auf Art. 34 Abs. 3 OR berufen<sup>81</sup>; allenfalls aber auf den noch darzulegenden Art. 37 OR.

Wie schon bei Art. 33 Abs. 3 OR, so führt auch bei Art. 34 Abs. 3 OR einzig eine *berechtigte* Gutgläubigkeit des Dritten zum Eintritt von Vertretungswirkung. Demgegenüber spielt es für den Eintritt von Vertretungswirkung ex lege keine Rolle, ob der Vertreter gut- oder bösgläubig handelt<sup>82</sup>. Relevant wird diese Frage aber wiederum im Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter, und zwar im Zusammenhang mit allfälligen Schadenersatzansprüchen<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGER vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 2.1.2.

<sup>78</sup> Wobei die Kundgabe auch hier mittels einer zu diesem Zweck dem Vertreter ausgehändigten Vollmachtsurkunde erfolgen kann. Auf die umstrittene Abgrenzung zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR wird weiter hinten (V.D.) zurückzukommen sein.

<sup>79</sup> Das Gesetz spricht in Art. 34 Abs. 3 OR vom «gänzlichen oder teilweisen Widerruf».

<sup>80</sup> Widerruf oder Einschränkung der Vollmacht i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR.

<sup>81</sup> KOLLER (Fn 29), N 298 und N 310; differenzierend DERS. (Fn 5), § 19 N 17, der in gewissen Fällen eine Analogie in Betracht ziehen möchte, «nämlich dann, wenn sich der Vertretene des Dahinfallens der Vollmacht sehr wohl bewusst ist und er daher – wie im Falle des Widerrufs – allen Anlass hat, dem Dritten vom Erlöschen der Vollmacht Mitteilung zu machen.» Vgl. ferner ZÄCH (Fn 5), OR 35 N 94.

<sup>82</sup> Vgl. KOLLER (Fn 29), N 362.

<sup>83</sup> Vgl. zu derartigen Schadenersatzansprüchen ISENRING (Fn 41), 110 ff.

## D. Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes des Vertreters

Falls die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 3 oder Art. 34 Abs. 3 OR erfüllt sind, heilt der gute Glaube *des Dritten* den Mangel fehlender Vertretungsmacht. Als Rechtsfolge tritt Vertretungswirkung unmittelbar ex lege ein. Ob der Vertreter gut- oder bösgläubig handelt, spielt im Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR keine Rolle. Entscheidend ist allein das Vorhandensein berechtigten guten Glaubens beim *Dritten* sowie das Vorliegen einer vom *Vertretenen* ausgehenden Kundgabe der Vollmacht, mithin eines *diesem zurechenbaren Rechtsscheins*, auf welchem der gute Glaube des Dritten beruht.

*Demgegenüber* basiert der Gutgläubensschutz von Art. 37 OR nicht auf einer vom Vertretenen kundgegebenen Vertretungsmacht und unterscheidet sich somit wesentlich von den eben dargelegten Bestimmungen<sup>84</sup>. Art. 37 OR verfolgt denn auch primär den Schutz des berechtigterweise gutgläubigen Vertreters vor einer Haftung gemäss Art. 39 Abs. 1 OR<sup>85</sup>. Sekundär profitiert aber natürlich auch der berechtigterweise gutgläubige Dritte<sup>86</sup> von dieser Regelung, da der Eintritt von Vertretungswirkung ex lege auch – ja sogar vornehmlich – in seinem Interesse liegt<sup>87</sup>.

Es ist an dieser Stelle nochmals ausdrücklich zu betonen, dass Art. 37 OR sowohl vom Vertreter, als auch vom Dritten berechnete Gutgläubigkeit verlangt<sup>88</sup>. Beide dürfen mithin vom tatsächlichen Erlöschen der Vollmacht nichts wissen und hätten davon auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nichts wissen müssen. Ist der Dritte nämlich nicht berechtigterweise gutgläubig, entfällt auch eine Haftung des Vertreters i.S.v. Art. 39 OR. Damit ist aber auch der von Art. 37 OR (primär) bezweckte Schutz des gutgläubigen Vertreters vor einer derartigen Haftung nicht mehr notwendig<sup>89</sup>.

Von Art. 37 Abs. 1 OR werden primär die Erlöschungsgründe i.S.v. Art. 35 OR erfasst, darüber hinaus aber auch ein Widerruf oder eine Beschränkung der Vollmacht i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR, welche dem Vertreter ohne tatsächliche Kenntnisnahme *zugegangen* sind<sup>90</sup>. Der Schutz von Art. 37 OR besteht aber immer nur solange, als der Vertreter von einem ihm zugegangenen Widerruf oder einer ihm zugegangenen Vollmachtsbeschränkung *berechtigterweise* noch keine tatsächliche Kenntnis genommen hat.

---

<sup>84</sup> Also von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR; vgl. die Kritik an der Bestimmung von Art. 37 OR bei KOLLER (Fn 29), N 360 ff.

<sup>85</sup> Vgl. KOLLER (Fn 29), N 348 m.w.H.; vgl. zur Haftung i.S.v. Art. 39 OR etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1420 ff.; ZÄCH (Fn 5), OR 39 N 1 ff.

<sup>86</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 2 OR und Art. 3 Abs. 2 ZGB.

<sup>87</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1415.

<sup>88</sup> Art. 3 Abs. 2 ZGB; WATTER (Fn 2), Art. 37 N 4.

<sup>89</sup> KOLLER (Fn 29), N 350 a.E.

<sup>90</sup> WATTER (Fn 2), Art. 37 N 2 m.w.H.; ZÄCH (Fn 5), OR 37 N 5.

Zu betonen bleibt, dass für die Anwendung von Art. 37 OR stets vorausgesetzt ist, dass eine Vollmacht tatsächlich besteht und in der Folge eingeschränkt wird bzw. erlischt. War ein Vertreter indes gar nie bevollmächtigt, so kann auch Art. 37 OR nicht herangezogen werden, denn «erlöschen» kann nur, was einmal effektiv bestanden hat.

## **V. Die Bestimmung von Art. 36 OR**

### **A. Ausgangslage**

Art. 36 Abs. 2 OR zählt – wie bereits dargelegt – nicht zu den Gutgläubensschutzbestimmungen im engeren Sinn<sup>91</sup>. Eine eingehende Auseinandersetzung mit Art. 36 OR ist vorliegend gleichwohl unabdingbar, da nur so das Verhältnis zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR geklärt werden kann.

### **B. Der Regelungsgehalt von Art. 36 Abs. 1 OR**

Jeder Vertreter ist aufgrund von Art. 36 Abs. 1 OR verpflichtet, nach Erlöschen der Vertretungsmacht eine ihm vom Vertretenen ausgehändigte Vollmachtsurkunde zurückzugeben oder gerichtlich zu hinterlegen<sup>92</sup>.

Für den Fall, dass der Vertreter diese Pflicht schlecht oder gar nicht befolgt, statuiert Art. 36 OR zwar keine unmittelbaren Nachteile für den Fehlbaren, allerdings muss er bei zukünftigem Gebrauch der Urkunde mit einer Haftung gemäss Art. 39 OR rechnen<sup>93</sup>.

Abgesehen von Art. 36 Abs. 1 OR ergibt sich eine die Vollmachtsurkunde betreffende Rückgabepflicht des Vertreters oft auch aus dem zwischen diesem und dem Vertretenen bestehenden Grundverhältnis<sup>94</sup>.

### **C. Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 OR**

Der Dritte kann den Vertretenen oder dessen Rechtsnachfolger gemäss Art. 36 Abs. 2 OR auf das negative, ausnahmsweise – sofern es der Billigkeit entspricht – auch auf

---

<sup>91</sup> Vgl. vorne IV.A.

<sup>92</sup> Im Kanton St. Gallen ist die Urkunde beim örtlich zuständigen Gemeindepräsidenten zu hinterlegen; vgl. dazu Art. 2 EG ZGB SG (sGS 911.1).

<sup>93</sup> Vgl. ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 34.

<sup>94</sup> Vgl. TERCIER (Fn 3), N 401, der als mögliche Anspruchsgrundlage Art. 400 OR nennt.

das positive Interesse belangen<sup>95</sup>, sofern die nachfolgenden Haftungsvoraussetzungen gegeben sind:

- Zunächst ist erforderlich, dass der Vertretene<sup>96</sup> die einst dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde nach Erlöschen<sup>97</sup> der Vollmacht *nicht herausfordert*. Das bedeutet, dass eine Haftung gemäss Art. 36 Abs. 2 OR immer dann entfällt, wenn sich der Vertretene um die Rückgabe des Schriftstücks ernsthaft bemüht, mithin den Vertreter um Rückgabe ersucht hat<sup>98</sup>. Ob die Urkunde in der Folge tatsächlich ausgehändigt wird oder nicht, ist alsdann irrelevant<sup>99</sup>. Oder anders gesagt: Der Vertretene *haftet nicht* nach Art. 36 Abs. 2 OR<sup>100</sup>, auch wenn der Vertreter seiner Aufforderung um Rückgabe der Vollmachtsurkunde im Ergebnis nicht nachkommt. Fraglich ist indes, wie eindringlich das vom Gesetz geforderte «Anhalten»<sup>101</sup> sein muss. Ausreichend wird in der Regel nur eine *ausdrückliche* Aufforderung zur Rückgabe der Urkunde sein<sup>102</sup>;
- damit beim Dritten überhaupt ein *Schaden* entstehen kann, muss der Vertreter trotz erloschener Vollmacht ein Geschäft im Namen des Vertretenen abschliessen, wobei er die Vollmachtsurkunde dem Dritten vorlegt. Ist die Vertretungsmacht lediglich eingeschränkt worden, ohne dass der Vertretene die dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde zur Berichtigung zurückfordert, kann immerhin eine Teilgültigkeit des Geschäftes vorliegen<sup>103</sup>. Im Anwendungsbereich von Art. 36 Abs. 2 OR kommen namentlich die folgenden Schadenselemente in Betracht: Aufwendungen und Auslagen im Hinblick auf das nicht zustande gekommene Rechtsgeschäft sowie allfällige Kosten eines Rück-

---

<sup>95</sup> In Analogie zu Art. 39 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 2 OR. Vgl. KOLLER (Fn 5), § 20 N 14 m.w.H.; ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 59; vgl. zum negativen und positiven Interesse etwa KELLER/SCHÖBI (Fn 5), 90.

<sup>96</sup> Bzw. seine Rechtsnachfolger, falls die Vollmacht durch Tod des Vertretenen (Art. 35 OR) erlischt. In den nachfolgenden Ausführungen soll zwecks einfacherer Darstellung nur vom «Vertretenen» die Rede sein, womit auch allfällige Rechtsnachfolger miterfasst werden.

<sup>97</sup> Auf die Frage, ob Art. 36 OR auch bei Vollmachtsbeschränkungen zur Anwendung gelangt, wird weiter hinten (V.D.2.) eingegangen.

<sup>98</sup> Möglich ist auch eine Klage auf Rückgabe – entsprechend den Vorschriften der jeweilig anwendbaren kantonalen Zivilprozessordnung.

<sup>99</sup> Vgl. ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 43.

<sup>100</sup> Vgl. CHRISTINE CHAPPUIS/PATRICIA DÄTWYLER, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les art. 33, 34 et 36 CO, La Semaine Judiciaire 1987, 243 f.: «Pour échapper à la responsabilité instituée par l'art. 36 al. 2 CO, il suffit, au contraire de l'art. 34 al. 3 CO, que le représenté exige du représentant la restitution du titre – au besoin l'y contraigne – sans qu'il soit nécessaire, dans ce cas, qu'il informe le tiers de la fin des pouvoirs.»

<sup>101</sup> Dabei handelt es sich gemäss ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 36 um ein «einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.»

<sup>102</sup> ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 41.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 2 OR (analog) sowie ISENRING (Fn 41), 119 ff.

transports bereits gelieferter Ware, insbesondere nach erfolgreicher Vindikationsklage<sup>104</sup>;

- falls der Vertretene das fragliche Geschäft i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR nachträglich genehmigt, entfällt seine Haftung gemäss Art. 36 Abs. 2 OR mangels Schadens beim Dritten. Damit hat er es in der Hand, sich selber durch Genehmigung von der Haftung i.S.v. Art. 36 Abs. 2 OR zu befreien;
- obwohl im Gesetz nicht explizit vorausgesetzt, verlangt die h.L. ein Verschulden des Vertretenen<sup>105</sup>. Dieses besteht darin, dass er es fahrlässig oder vorsätzlich versäumt hat, den Vertreter nach Erlöschen der Vertretungsmacht um Rückgabe der Vollmachtsurkunde anzuhalten;
- zwischen dem Handeln des Vertreters – dem Abschluss eines vollmachtslosen Fremdgeschäftes unter Vorweisung der Vollmachtsurkunde – und dem Schaden beim Dritten muss ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. *Kein* Kausalzusammenhang ist demgegenüber zwischen der Unterlassung des Vertretenen und dem Schadenseintritt beim Dritten vorausgesetzt<sup>106</sup>. Ein natürlicher Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die fragliche Ursache – mithin der Abschluss des vollmachtslosen Fremdgeschäftes unter Vorweisung der Vollmachtsurkunde – nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass dann auch der Erfolg – der Schaden beim Dritten – entfielen. Die fragliche Ursache muss m.a.W. «conditio sine qua non» für den Erfolgseintritt sein. Der adäquate Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn die fragliche Ursache auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken;
- schliesslich ist zu fordern, dass der Dritte berechtigterweise gutgläubig ist. Damit kann er nur dann beim Vertretenen Schadenersatz gemäss Art. 36 Abs. 2 OR geltend machen, wenn er den Mangel der fehlenden Vollmacht nicht kennt und ihn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch nicht kennen müsste.

## **D. Abgrenzung zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR**

### **1. Das Verhältnis bei vollständigem Widerruf der Vollmacht**

Verwendet ein Vertreter trotz Widerrufs der Vollmacht weiterhin eine Vollmachtsurkunde des Vertretenen, und stützt sich der gute Glaube des Dritten auf die mittels be-

---

<sup>104</sup> Art. 641 Abs. 2 ZGB.

<sup>105</sup> ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 52 m.w.H.

<sup>106</sup> ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 53 m.w.H.

sagter Urkunde kundgegebene<sup>107</sup>, in Tat und Wahrheit nicht mehr bestehende Vertretungsmacht, ist eine Abgrenzung zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR vorzunehmen. Sind – abgesehen von der Vollmachtenkundgabe mittels Urkunde – auch die übrigen Voraussetzungen gegeben, so lässt nämlich Art. 34 Abs. 3 OR die Vertretungswirkung ex lege eintreten und gewährt damit dem Dritten gegenüber dem Vertretenen einen Anspruch auf die Primärleistung. Demgegenüber steht dem gutgläubigen Dritten, dem der Vertreter trotz Erlöschens der Vollmacht eine Vollmachtenurkunde vorlegt, gestützt auf Art. 36 Abs. 2 OR «nur» ein Schadenersatzanspruch gegen den Vertretenen zu. Er hat mithin keinen Anspruch auf die Primär-, sondern nur auf eine Sekundärleistung. Zu ersetzen ist dabei das negative Interesse, nach Billigkeit – in Analogie zu Art. 39 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 2 OR – ausnahmsweise auch das positive.

Da Art. 36 Abs. 2 OR bei gegebenen Voraussetzungen nicht den Eintritt von Vertretungswirkung zur Folge hat, zählt die Bestimmung – wie bereits erwähnt – nicht zu den Gutgläubensschutzvorschriften i.e.S.

Der grössere Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass Art. 34 Abs. 3 OR in der eingangs geschilderten Situation dem Art. 36 Abs. 2 OR vorgeht<sup>108</sup>. Der Anwendungsbereich von Art. 36 Abs. 2 OR beschränkt sich nach dieser Auffassung auf Fälle, in denen die Vollmacht gemäss Art. 35 OR erlischt und überdies keine Vertretungswirkung gestützt auf Art. 37 OR eintritt. Gemäss einer abweichenden Lehrmeinung<sup>109</sup> ist indes Art. 36 Abs. 2 gegenüber Art. 34 Abs. 3 OR als *lex specialis* zu betrachten, was zur Folge hat, dass der Vertretene nach einem Widerruf der Vollmacht höchstens haftungsrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, falls «sein Vertreter» weiterhin unter Vorlage der Vollmachtenurkunde Fremdgeschäfte abschliesst; Vertretungswirkung tritt jedenfalls nicht ein. Diese Ansicht lässt sich m.E. mit folgenden Überlegungen stützen:

- Nach h.L. gilt die Verwendung einer Vollmachtenurkunde durch den Vertreter immer dann nicht als eine dem Vertretenen zurechenbare Vollmachtenkundgabe, wenn er das fragliche Schriftstück Dritten gegenüber wider besseres Wissen

---

<sup>107</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Kundgabe einer Vollmacht mittels Vollmachtenurkunden die Ausführungen weiter vorne IV.C.1.b).

<sup>108</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (Fn 5), N 1401; ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 69.

<sup>109</sup> KOLLER (Fn 5), § 20 N 17; differenzierend WATTER (Fn 2), Art. 36 N 8, der folgende Unterscheidung trifft: «Erfolgt der Widerruf nach Präsentation der Urkunde oder wird ein Teilwiderruf nicht auf der Urkunde vermerkt, gelten die Art. 34 Abs. 3 bzw. 33 Abs. 3 OR; erfolgte jedoch der Widerruf vor Gebrauch der Urkunde, findet Art. 36 Abs. 2 Anwendung». Diese Differenzierung vermag m.E. nicht restlos zu überzeugen, da bei der ersten Konstellation – Widerruf der Vollmacht erfolgt nach Präsentation der Urkunde – für das fragliche Fremdgeschäft ein Handeln mit Vertretungsmacht vorliegt und Vertretungswirkung bei gegebenen übrigen Voraussetzungen unabhängig von Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR eintritt.

vorlegt<sup>110</sup>. In derartigen Konstellationen liegt kein vom Vertretenen zu verantwortender Rechtschein vor. Im Falle eines Widerrufs i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR darf der Vertreter die Vollmachtsurkunde nicht mehr verwenden. Benutzt er sie trotzdem, so liegt im Vorweisen derselben gar keine Vollmachtsgabe gemäss Art. 34 Abs. 3 OR<sup>111</sup>. Es bleibt aus diesem Grund bei einer Haftung des Vertretenen i.S.v. Art. 36 Abs. 2 OR, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind<sup>112</sup>;

- im Übrigen sprechen auch ganz praktische Überlegungen für den Vorrang von Art. 36 Abs. 2 gegenüber Art. 34 Abs. 3 OR. Hat nämlich ein Vertretener seinem Stellvertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, so ist es nach erfolgtem Widerruf der Vollmacht praktisch unmöglich, sämtliche – ihm grösstenteils völlig unbekannte – Dritte, mit denen der Vertreter potentiell kontrahieren könnte, über das Erlöschen der Vertretungsmacht zu orientieren, was aber nötig wäre, um den guten Glauben derselben zu zerstören<sup>113</sup>. Genau dieses Problem hat der Gesetzgeber wohl erkannt und daher eine Art. 34 Abs. 3 OR vorgehende Bestimmung, nämlich den Art. 36 OR geschaffen. Die Pflicht des Vertretenen kann richtigerweise einzig darin bestehen, die Vollmachtsurkunde zurückzufordern. Hat er den Vertreter dazu ausdrücklich angehalten, so ist er gemäss Art. 36 Abs. 2 OR von *jeder* Haftung *befreit*. Gutgläubige Dritte können sich alsdann auch nicht auf Art. 34 Abs. 3 OR berufen, sondern müssen sich gestützt auf Art. 39 OR *ausschliesslich* an den falsus procurator halten.

## 2. Das Verhältnis bei Vollmachtsbeschränkungen

Hat der Vertretene seinem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, so stellt sich die Frage, ob Art. 36 OR – insbesondere die Haftung gemäss Abs. 2 – auch dann zur Anwendung gelangt, wenn die Vertretungsmacht lediglich eingeschränkt wird<sup>114</sup>, nicht aber gänzlich erlischt. Dies verneint die herrschende Lehre und subsumiert derartige Konstellationen unter Art. 34 Abs. 3 bzw. Art. 33 Abs. 3 OR<sup>115</sup>.

Nach vorliegend vertretener Ansicht – die soweit ersichtlich in der Lehre nicht vertreten wird – sollte Art. 36 Abs. 2 OR allerdings auch bei blossen Vollmachtseinschrän-

<sup>110</sup> Vgl. ZÄCH (Fn 5), OR 33 N 145.

<sup>111</sup> Vgl. CHAPPUIS/DÄTWYLER (Fn 100), 252: «*Le représentant qui fait usage du titre après la révocation totale n'agit plus comme messenger. Les pouvoirs ne sont pas valablement communiqués.*»

<sup>112</sup> Vgl. CHAPPUIS (Fn 46), art. 33 N 23 und art. 36 N 8; vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 36 Abs. 2 OR die Ausführungen weiter vorne V.C.

<sup>113</sup> Vgl. Art. 34 Abs. 3 OR.

<sup>114</sup> Vgl. Art. 34 Abs. 1 OR.

<sup>115</sup> CHAPPUIS/DÄTWYLER (Fn 100), 253; WATTER (Fn 2), Art. 36 N 8: Der Teilwiderruf wird von Art. 34 Abs. 3 OR erfasst; vgl. auch ZÄCH (Fn 5), OR 36 N 11.



kungen dem Art. 34 Abs. 3 OR als *lex specialis* vorgehen. Die Argumente, welche diese These stützen, sind bereits im Zusammenhang mit dem vollständigen Erlöschen der Vertretungsmacht dargelegt worden. Insbesondere ist es dem Vertretenen auch bei Vollmachtsbeschränkungen praktisch gar nicht möglich, sämtliche, ihm grösstenteils unbekannte Dritte, denen die Urkunde vom Vertreter möglicherweise vorgelegt wird, über die nachträglich erfolgte Vollmachtseinschränkung zu informieren. Dies wäre aber nötig, um einen Eintritt von Vertretungswirkung *ex lege* gemäss Art. 34 Abs. 3 OR abzuwenden. Daher sollte er m.E. – wie von Art. 36 Abs. 2 OR vorgesehen – vor sämtlichen Ansprüchen Dritter geschützt sein, wenn er den Vertreter mit der *notwendigen Eindringlichkeit* um Rückgabe der Urkunde zwecks Berichtigung ersucht hat. Unterlässt es der Vertretene demgegenüber, nach erfolgter Einschränkung der Vertretungsmacht die Vollmachtsurkunde vom Vertreter zwecks Berichtigung derselben zurückzufordern, so muss er bei gegebenen Voraussetzungen mit einer Haftung gemäss Art. 36 Abs. 2 OR rechnen, falls der Vertreter unter Vorweisung besagter Urkunde mit gutgläubigen Dritten Fremdgeschäfte abschliesst und dabei seine Vertretungsmacht überschreitet.

## **VI. Konklusion**

### **A. Ein Grundsatz...**

Grundsätzlich tritt bei einem Handeln in fremdem Namen ohne bzw. mit unzureichender Vollmacht keine Vertretungswirkung ein. Das fragliche Rechtsgeschäft kommt aber auch nicht zwischen dem Dritten und dem *falsus procurator* zustande, denn letzterer handelt nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen.

### **B. ... zwei Ausnahmen**

Ausnahmsweise tritt aber trotz fehlender resp. unzureichender Vollmacht Vertretungswirkung ein:

- Erstens kann der Vertretene das von einem *falsus procurator* abgeschlossene, sich im Schwebezustand befindliche Rechtsgeschäft nachträglich i.S.v. Art. 38 OR genehmigen, was die Vertretungswirkung grundsätzlich mit *ex-tunc*-Wirkung eintreten lässt;
- zweitens besteht in gewissen Konstellationen die Möglichkeit, dass Vertretungswirkung aufgrund Gutgläubenschutzes unmittelbar *ex lege* eintritt, also unabhängig von einer Genehmigung durch den Vertretenen. Sind im Einzelfall

die Voraussetzungen des Gutgläubensschutzes erfüllt, so gerät das vollmachtslos in fremdem Namen abgeschlossene Geschäft gar nicht in den Schwebezustand, womit auch eine allfällige Nichtgenehmigungserklärung des Vertretenen unbeachtlich bleibt. Die Fälle des Gutgläubensschutzes (i.e.S.) werden abschliessend in den folgenden drei OR-Bestimmungen geregelt:

- Art. 33 Abs. 3 OR (Gutgläubensschutz Dritter);
- Art. 34 Abs. 3 OR (Gutgläubensschutz Dritter);
- Art. 37 OR (Gutgläubensschutz des Vertreters).

Weitere Fälle, in denen *Vertretungswirkung* kraft Gutgläubensschutzes eintritt, kennt das bürgerliche Stellvertretungsrecht nicht. Insbesondere ist Art. 36 Abs. 2 OR nicht zu den Gutgläubensschutzbestimmungen i.e.S. zu zählen, führt doch diese Bestimmung bei berechtigter Gutgläubigkeit des Dritten nicht zum Eintritt von Vertretungswirkung, sondern gewährt diesem bei gegebenen Voraussetzungen lediglich einen Schadenersatzanspruch gegen den Vertretenen.

### **C. Schematische Übersicht**

Das eben Dargelegte soll noch anhand einer Graphik verdeutlicht werden. Daraus wird insbesondere ersichtlich, dass ein vollmachtslos abgeschlossenes Fremdgeschäft gar nicht in den Schwebezustand gerät, wenn ein Fall des Gutgläubensschutzes vorliegt.

