

***Die Strafbarkeit des direkten bürgerlichen  
Stellvertreters  
nach Art. 158 Ziff. 2 StGB***

***Mit einer ausführlichen Darstellung des bürgerlichen  
Stellvertretungsrechts***

Dr. iur. Bernhard Isenring

Februar 2007



Zum Gedenken an meinen Vater, Bruno Isenring

*«Wenn einer eine Blume liebt,  
die es nur ein einziges Mal gibt  
auf allen Millionen und Millionen Sternen,  
dann genügt es ihm völlig, dass er zu ihnen  
hinaufschaut, um glücklich zu sein.  
Er sagt sich: Meine Blume ist da oben, irgendwo...»*

Aus «Der Kleine Prinz» von Antoine de Saint-Exupéry

Für meine Mutter, Trudi Isenring-Huber

Für meinen Bruder, Bruno Dieter Isenring



---

## **Vorwort**

Einen herzlichen Dank richte ich an Herrn Prof. Dr. Andreas Donatsch für die wohlwollende, geduldige und motivierende Begleitung während meiner Doktorandenzeit. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Roger Zäch für die Durchsicht und Beurteilung des privatrechtlichen Teils der vorliegenden Dissertation.

Eine besonders grosse und wertvolle Hilfe in schönen wie traurigen Jahren waren mir stets meine Mutter, Frau Trudi Isenring-Huber, und mein Bruder, Herr Bruno Dieter Isenring. Ihnen danke ich an dieser Stelle von ganzem Herzen für ihre einmalige, vorbehaltlose Unterstützung in allen Lebensbereichen. In meinen Dank einschliessen möchte ich auch meine Schwägerin, Frau Daniela Isenring-Höhn. Sie hat mir mit der Durchsicht der Druckfahnen eine grosse Last abgenommen.

Ein herzliches Dankeschön richte ich des weiteren an Frau Dr. iur. Gabriela Küpfer. Sie hat die vorliegende Arbeit nicht nur mit grosser Sorgfalt durchgelesen und mir dabei zahlreiche nützliche Hinweise gegeben, sondern mich auch immer wieder zum Durchhalten ermuntert.

Erwähnen möchte ich schliesslich Herrn Dr. iur. Stefan Flachsmann, Herrn lic. iur. Rolf Hensch und Herrn lic. iur. Martin A. Kessler. Ihnen danke ich herzlich für die fachliche Unterstützung und die freundschaftliche Begleitung.

Flawil und St. Gallen, 27. Februar 2007



---

## **Inhaltsübersicht**

<b>Ausgangslage, Zielsetzung und Vorgehensweise</b>	<b>1</b>
<b>Privatrechtlicher Teil</b>	<b>7</b>
1. Überblick	9
2. Direkte bürgerliche Stellvertretung	19
<b>Strafrechtlicher Teil</b>	<b>151</b>
1. Einführung in den strafrechtlichen Teil	153
2. Objektiver Tatbestand	165
3. Subjektiver Tatbestand	217
4. Zur Versuchsproblematik	229
5. Rechtswidrigkeit und Schuld	235
6. Abgrenzungsfragen	237
<b>Zusammenfassung</b>	<b>247</b>





---

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Zitierte Literatur	XXVII
Weiterführende Literatur	XXXV
<b>Ausgangslage, Zielsetzung und Vorgehensweise</b>	<b>1</b>
<b>Privatrechtlicher Teil</b>	<b>7</b>
1. Überblick	9
I.    Vornahme von Rechtshandlungen	9
II.   Das Bedürfnis nach Vertretung und rechtliche Möglichkeiten	9
III.  Erscheinungsformen direkter Vertretung	11
IV.   Privatautonomie und Vertretung	13
V.    Bemerkungen zur Ausschliesslichkeit	13
VI.   Repräsentationstheorie, Vertretung im Wissen und Vertretungswirkung	14
VII.  Der Interessenkonflikt bei direkter Stellvertretung	15
VIII. Aktive und passive Stellvertretung	18
2. Direkte bürgerliche Stellvertretung	19
I.    Voraussetzungen der Vertretungswirkung	19
1. Die fünf Voraussetzungen im Überblick	19
2. Vertretungsfreundliches Rechtsgeschäft	20
3. Die Person des Vertreters	21
A) Erforderliche Eigenschaften des bürgerlichen Stellvertreters	21
B) Abgrenzung zum Boten	22
C) Abgrenzung zur Hilfsperson	24
	IX

4. Die Person des Vertretenen	24
5. Handeln in fremdem Namen	25
A) Grundsatz: Offenlegung der Vertretungssituation	26
B) Ausnahme: Gleichgültigkeit des Dritten	28
C) Handeln für wen es angeht und Handeln auch im eigenen Namen	29
D) Abgrenzung: Handeln unter falschem Namen	30
6. Handeln mit Vertretungsmacht	30
II. Zur Abstraktheit der Vollmacht	32
1. Definitionen	32
A) Grund-, Innen- und Aussenverhältnis	33
B) Weisungen	34
C) Interne und externe Vollmacht	35
2. Rechtsgeschichtlicher Überblick	35
A) Die Entwicklung bis zur naturrechtlichen Mandatsvollmacht	35
B) Konsequenz des Vollmachtauftrages bzw. der Mandatsvollmacht	38
C) Weitere Entwicklung: Die Abstraktheit der Vollmacht	39
D) Stellungnahme	41
3. Abstraktheit der Vollmacht im Entstehen	41
A) Unabhängigkeit der Bevollmächtigungserklärung	41
B) Charakteristik der Bevollmächtigungserklärung	43
C) Adressat der Bevollmächtigung	44
a) Herrschende Lehre in der Schweiz, Österreich und Deutschland	44
b) Konsequenz im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB	48
c) Exkurs: Möglichkeit der indirekten Bevollmächtigung	48
D. Grundsatz der Formfreiheit	49
a) Bevollmächtigung zum Abschluss formbedürftiger Geschäfte	49
b) Stillschweigende Bevollmächtigung	49
c) Duldungs- und Anscheinsvollmacht	50
4. Abstraktheit der Vollmacht im Bestand und Erlöschen	52

5. Abstraktheit der Vollmacht im Umfang	53
A) Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis	53
B) Umfangmässige Abstraktheit «in Reinform»	54
C) Missbrauch der Vertretungsmacht	55
a) Abschwächung der umfangmässigen Abstraktheit der Vollmacht	55
b) Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht	57
c) Rechtsfolgen des Missbrauchs der Vertretungsmacht	59
d) Zusammenfassung	60
D) Situation in der Schweiz: Kritik an der Missbrauchslehre	61
E) Konsequenzen im privatrechtlichen Bereich	63
F) Tabellarische Übersicht	65
G) Konsequenzen bezüglich Art. 158 Ziff. 2 StGB	67
6. Zusammenfassung	67
III. Umfang der Vollmacht	69
1. Auslegung der Bevollmächtigungserklärung	69
2. Spezial-, Gattungs- und bürgerliche Generalvollmacht	70
3. Einzel- und Kollektivvollmacht	72
IV. Erlöschen der Vollmacht	73
1. Erlöschen ipso iure, Befristung und Bedingung	73
2. Widerruf, Beschränkung der Vollmacht und Verzicht	73
3. Gesetzliche Erlöschungsgründe	75
V. Handeln in fremdem Namen ohne Vollmacht	76
1. Schematische Übersicht I: Umfang der Vollmacht	76
2. Schematische Übersicht II: Handeln in fremdem Namen mit und ohne Vollmacht	77
3. Mögliche Konstellationen	77
4. Grundsatz: Keine Vertretungswirkung	79
5. Möglichkeit der Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR	80
A) Das Fremdgeschäft im Schwebezustand	80
B) Beendigung des Schwebezustandes	82
C) Schematische Übersicht III: Beendigung des Schwebezustandes	85

D)	Charakter und Wirkung der Genehmigung	86
a)	Einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft	86
b)	Grundsätzlich: Keine Möglichkeit einer Teilgenehmigung	87
c)	Ex-tunc-Wirkung und Adressat der Erklärung	88
E)	Zusammenfassung	88
6.	Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutglaubensschutzes	90
A)	Die Tatbestände des Gutglaubensschutzes im Überblick	90
B)	Die Rechtsfolge dieser Tatbestände im Überblick	91
C)	Gutglaubensschutz Dritter	92
a)	Allgemeines zum guten Glauben des Dritten	92
b)	Formen der Kundgabe bzw. Mitteilung der Vollmacht	94
c)	Die Verwendung einer gefälschten bzw. einer verfälschten Vollmachtsurkunde	98
d)	Der Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR	99
e)	Der Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 3 OR	101
D)	Exkurs: Die Bestimmung von Art. 36 OR	102
a)	Ausgangslage	102
b)	Der Regelungsgehalt von Art. 36 Abs. 1 OR	102
c)	Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 OR	103
E)	Abgrenzung: Das Verhältnis von Art. 34 Abs. 3 zu Art. 36 Abs. 2 OR	105
a)	Das Verhältnis bei vollständigem Widerruf der Vollmacht	105
b)	Das Verhältnis bei Vollmachtsbeschränkungen	108
F)	Gutglaubensschutz des Vertreters i.S.v. Art. 37 OR	109
G)	Haftung des falsus procurator gegenüber dem Vertretenen	110
a)	Das unerwünschte bzw. aufgezwungene Rechtsgeschäft	110

b) Schadensberechnung mittels Vornahme eines Deckungsgeschäftes	112
aa) Konkrete Berechnungsmethode	112
bb) Abstrakte Berechnungsmethode	113
c) Fazit: Das aufgezwungene Rechtsgeschäft als Schaden oder Gewinn	114
7. Zusammenfassung	114
8. Rekapitulation: Die Konstellation definitiven Ausbleibens der Vertretungswirkung	115
VI. Handeln in fremdem Namen in Überschreitung der Vertretungsmacht	116
1. Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung	116
A) Überblick	116
B) Quantitative Vollmachtsüberschreitung	117
C) Qualitative Vollmachtsüberschreitung	118
a) Durch Abschluss eines rechtlich unzutreffenden Geschäftes	118
b) Durch Abschluss eines inhaltlich unzutreffenden Geschäftes	118
c) Durch Abschluss eines personell unzutreffenden Geschäftes	119
2. Rechtsfolgen der Vollmachtsüberschreitung	119
A) Bei quantitativer Überschreitung	119
a) Analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR	119
b) Schematische Übersicht IV: quantitative Vollmachtsüberschreitung	122
B) Bei qualitativer Überschreitung	123
a) Keine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR	123
b) Schematische Übersicht V: qualitative Vollmachtsüberschreitung	125

VII.	Spezialfälle vollmachtlosen Handelns	126
1.	Ausgangslage	126
2.	Kollusion	126
A)	Definition im Allgemeinen und im Stellvertretungsrecht	126
B)	Der Tatbestand der Kollusion im Stellvertretungsrecht	127
a)	Einverständliches Zusammenwirken zwischen Vertreter und Drittem	127
b)	Schädigungsabsicht, eventuelle Schädigungsabsicht	128
c)	Definitionsvorschlag	128
C)	Rechtsfolge der Kollusion im Stellvertretungsrecht	128
3.	In-sich-Geschäfte	129
A)	Überblick	129
B)	Doppelvertretung	130
C)	Selbstkontrahieren	131
D)	Rechtliche Konsequenzen von In-sich-Geschäften	131
4.	Fremdgeschäft im eigenen Interesse	132
VIII.	Konsequenz definitiv ausbleibender Vertretungswirkung	134
1.	Ausgangslage	134
2.	Kein Eintritt des falsus procurator in das Fremdgeschäft	134
3.	Die Haftung des falsus procurator gegenüber dem Dritten	135
A)	Zur Rechtsnatur der Haftung gemäss Art. 39 OR	135
B)	Urteils- oder Handlungsfähigkeit als Haftungsvoraussetzung?	137
C)	Die Haftung gemäss Art. 39 Abs. 1 OR	138
D)	Die Haftung gemäss Art. 39 Abs. 2 OR	141
a)	Ersatz weiteren Schadens nach Billigkeit bei Verschulden des Vertreters	141

b) Bemerkungen zur Möglichkeit einer Haftungsreduktion	141
c) Zum Wahlrecht des Dritten	143
E) Das Zusammenspiel von Art. 37 und Art. 39 Abs. 1 OR	143
F) Schadensberechnung beim negativen und positiven Interesse	144
a) Zum Schadensbegriff im Zivilrecht	144
b) Negatives Interesse	145
c) Positives Interesse	146
4. Die Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten	147
A) Überblick	147
B) Vertrauens-Haftung aus eigenem Verschulden?	148
C) Hilfspersonenhaftung aus culpa in contrahendo?	148
<b>Strafrechtlicher Teil</b>	<b>151</b>
1. Einführung in den strafrechtlichen Teil	153
I. Die Tathandlung als Schlüssel – Element	153
II. Drei Thesen im Überblick	153
III. Von Art. 159 alt StGB zu Art. 158 StGB	154
IV. Dogmatische Einordnung des Art. 158 StGB	157
1. Das Vermögen als geschütztes Rechtsgut	157
2. Art. 158 StGB als Verletzungs- und Erfolgsdelikt	158
3. Art. 158 StGB als echtes Sonderdelikt	159
A) Überblick	159
B) Sondereigenschaften des Treubruch-Täters	159
C) Sondereigenschaften des Missbrauch-Täters	161
4. Die Strafandrohung von Art. 158 StGB	162
2. Objektiver Tatbestand	165
I. Der objektive Tatbestand im Überblick	165
II. Die tatbestandsmässige Handlung	165
1. Ausgangslage	165
2. Die tatbestandsmässige Handlung gemäss herrschender Lehre	167
A) Überblick	167

B)	Enge Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung	167
a)	Ausgangspunkt: Die Auslegung von § 266 D-StGB	167
b)	Die enge Auslegung gemäss Stratenwerth/Jenny	168
C)	Weitere Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung	169
a)	Auslegung gemäss Donatsch	169
b)	Auslegung gemäss Niggli	170
D)	Kritik an der herrschenden Lehre	171
3.	Die tatbestandsmässige Handlung nach vorliegend vertretener Ansicht	172
A)	Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden Vollmacht	172
a)	Rekapitulation: Der privatrechtliche Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung	172
b)	Die Vollmachtsüberschreitung als einzige mögliche Tathandlung	174
B)	Die rechtsgültig bestehende Vollmacht	176
C)	Die Überschreitungshandlung	177
a)	Überblick	177
b)	Das Ausmass der Überschreitung, insbesondere Kollusion	179
c)	In-sich-Geschäft als tatbestandsmässige Handlung	180
D)	Strafrechtliche Relevanz eines Handelns ohne jegliche Vollmacht?	180
a)	Die Möglichkeit eines untauglichen Versuches?	180
b)	Fazit: Fehlende strafrechtliche Relevanz	182
III.	Der tatbestandsmässige Erfolg	183
1.	Überblick	183
2.	Rekapitulation: Privatrechtliche Folgen einer Vollmachtsüberschreitung	184
3.	Zum Vermögensschaden im Allgemeinen	186
A)	Definition des strafrechtlichen Schadensbegriffes	186
a)	Grundsatz: Unfreiwillige, tatsächliche Vermögensverminderung	186



b) Ausnahme: Die schadensgleiche Vermögens- gefährdung als Schaden	187
c) Entgangener Gewinn als Schadenselement	188
B) Die verschiedenen Berechnungsmöglichkeiten des Vermögensschadens	189
a) Grundsatz: Berechnung gemäss Differenztheorie	189
aa) Der Vermögensvergleich	189
bb) Schadensberechnung bei unerwünschten Rechtsgeschäften über ein Deckungsgeschäft	190
b) Ausnahme: Berechnung mittels objektiv- individuellen Vermögensbegriffs	194
aa) Der objektiv-individuelle Vermögensbegriff	194
bb) Anwendungsbereich des objektiv- individuellen Vermögensbegriffs	195
4. Schaden beim Vertretenen kraft Gutglaubensschutzes Dritter	196
A) Rekapitulation: Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutglaubensschutzes Dritter	196
B) Ausgangslage: Vorliegen eines «aufgezwungenen» Rechtsgeschäftes	198
C) Vermögensschaden bei vorsätzlicher Vollmachtenkundgabe?	199
a) Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung?	199
b) Vorsätzliche Vollmachtenkundgabe als rechtfertigende Einwilligung?	200
D) Vermögensschaden bei fahrlässiger Vollmachtenkundgabe	201
5. Schaden beim Vertretenen kraft Gutglaubensschutzes des Vertreters?	202
6. Schaden beim Vertretenen bei Eintritt des Schwebezustandes	203
A) Schadensgleiche Vermögensgefährdung durch den Schwebezustand	203
a) Ausgangslage	203
b) Situation bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung	205

aa)	Rückabwicklungskosten und Prozessrisiko als mögliche Schadensposten	205
bb)	C.i.c.-Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten als möglicher Schadensposten	206
cc)	Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten aus Art. 36 Abs. 2 OR als möglicher Schadensposten	207
c)	Situation bei nachträglicher Genehmigung des Geschäftes	208
B)	Fazit	210
7.	Schaden bei Überschreitung einer Kollektivvollmacht	211
8.	Schaden bei einer Kollusion	211
9.	Art. 172 <sup>ter</sup> StGB bei geringem Vermögensschaden	212
IV.	Kausalität zwischen Missbrauch und Schaden	213
V.	Fazit: Der objektive Tatbestand	214
3.	Subjektiver Tatbestand	217
I.	Der subjektive Tatbestand im Überblick	217
II.	Vorsatz und Eventualvorsatz	218
1.	Direkter Vorsatz	218
2.	Eventualvorsatz	218
III.	Eventualvorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit?	219
IV.	Absicht unrechtmässiger Bereicherung	221
1.	Absicht und Eventualabsicht	221
2.	Bereicherung und deren Unrechtmässigkeit	223
V.	Subjektiver Tatbestand bei Art. 172 <sup>ter</sup> StGB	225
VI.	Fazit: Der subjektive Tatbestand	226
1.	Handeln mit direktem Vorsatz und Absicht	226
2.	Handeln mit Eventualvorsatz und Absicht	226
3.	Handeln mit Eventualabsicht	226
4.	Die einschränkende Wirkung des subjektiven Tatbestandes	227
4.	Zur Versuchsproblematik	229
I.	Überblick	229
II.	Vollendeter Versuch	229
III.	Unvollendeter Versuch	231

IV. Untauglicher Versuch	232
V. Tätige Reue	232
5. Rechtswidrigkeit und Schuld	235
I. Überblick	235
II. Rechtfertigungsgründe	235
III. Schuldausschlussgründe	236
6. Abgrenzungsfragen	237
I. Überblick	237
II. Zum Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB	237
III. Missbrauchstatbestand und Veruntreuung	240
IV. Missbrauchstatbestand und Betrug	244
V. Missbrauchstatbestand und ungetreue Amtsführung	245
<b>Zusammenfassung</b>	<b>247</b>
Stichwortverzeichnis	253



---

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) vom 1. Juli 1811.
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
ALR	Allgemeines Landrecht Preussischer Staaten vom Juni 1794
alt StGB	altes Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) – gemeint ist der altrechtliche Allgemeine Teil, der bis zum 31. Dezember 2006 in Kraft war, sowie das altrechtliche Vermögensstrafrecht, das bis zum 31. Dezember 1994 in Kraft war
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
A-StGB	Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Österreich vom 23. Jänner 1974
a.S.	an der Saale
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB1	Bundesblatt
Bd	Band
BG	Bundesgesetz

## Abkürzungsverzeichnis

---

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) vom 18. August 1896
BGE	publizierter Entscheid des Bundesgerichts; <i>zitiert nach Jahrgang, Band, Seite (Anfang des Entscheides) und einschlägiger Erwägung</i>
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
bzw.	beziehungsweise
CCfr.	Französischer Code Civile vom 21. März 1804
c.i.c.	culpa in contrahendo
CO	Code des obligations (= Schweizerisches OR)
CP	Code pénal (= Schweizerisches StGB)
CR	Commentaire Romand
D.	Digesten
Ders.	Derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
D-StGB	Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 15. Mai 1871
E	Entwurf
E./Erw.	Erwägung
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch

EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
Erw.	Erwägung
et al.	et alii – und andere
etc.	et cetera
ev.	eventuell
f./ff.	folgend/folgende
FG	Festgabe
FN/Fn	Fussnote
Fr.	Franken; ohne Zusatz ist die <i>Schweizerische</i> Landeswährung gemeint
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GV	Generalversammlung
Habil.	Habilitation
HKK	Historisch-kritischer-Kommentar (zum BGB)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HR	Handelsregister
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JuS	Juristische Schulung (München u.a.)

## Abkürzungsverzeichnis

---

lit.	litera
LK	Leipziger Kommentar
L-StGB	Strafgesetzbuch des Fürstentums Liechtenstein vom 24. Juni 1987
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Münch Komm	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt am Main)
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes (Basel); <i>zitiert nach Jahrgang, Jahr, Nummer</i>
resp.	respektive
RdNr.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn	Randnote
RStGB	Reichs-Strafgesetzbuch (Deutschland) vom 15. Mai 1871
Rthlr.	Reichstaler
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SG	St. Gallen (Kanton)
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, Neue Reihe, Systematische Ordnung
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)



SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich)
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Heidelberg)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
z.T.	zum Teil
z.Zt.	zur Zeit



---

## Literaturverzeichnis

### Zitierte Literatur

- ALBRECHT, PETER: Der untaugliche Versuch, Diss. Basel 1981  
(zit. ALBRECHT, Untauglicher Versuch, S. ...)
- ARZT, GUNTHER: Kommentar zu Art. 146 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB II, Art. 111 – 401 StGB, Basel/Genf/München 2003  
(zit. BSK StGB II-ARZT, Art. 146 N ...)
- ARZT, GUNTHER: Zur Untreue durch befugtes Handeln, in: FS für Hans-Jürgen Bruns (S. 365 – 383), Köln/Berlin/Bonn/München 1978  
(zit. ARZT, FS Bruns, S. ...)
- BECK, ROBERT GREGOR: Die Untreue nach dem liechtensteinischen Strafbuch, Diss. Zürich 1997 (zit. BECK, Untreue, S. ...)
- BEUTHIEN, VOLKER: Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip? – Zum Verhältnis von Auftrag, Amt und Vollmacht, in: FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Band I (S. 83 – 109), München 2000  
(zit. BEUTHIEN, Abstraktionsprinzip, S. ...)
- BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage Zürich 2004  
(zit. BÖCKLI, Aktienrecht, § ... N ...)
- BOMMER, FELIX: Kommentar zu Vor Art. 10 – 13 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB I, Art. 1 – 110 StGB, Basel/Genf/München 2002  
(zit. BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 10 N ...)
- BUCHER, EUGEN: Kommentar zu Art. 1 – 10 OR, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1 – 529 OR, 3. Auflage Basel/Genf/München 2003  
(zit.: BSK OR I-BUCHER, Art. ... N ...)
- BUCHER, EUGEN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Zürich 1988 (zit.: BUCHER, OR-AT, S. ...)
- BUCHKA, HERMANN: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen – historisch und dogmatisch dargestellt, Rostock und Schwerin 1852 (zit.: BUCHKA, S. ...)

- BUTSCHER-SCHWARZ, SUZANNE: Die Bedeutung des Innenverhältnisses für die Auslegung der Vollmacht, Diss. Basel 1954 (zit.: BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. ...)
- BYDLINSKI, FRANZ: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien etc. 1996 (zit. BYDLINSKI F., System und Prinzipien, S. ...)
- BYDLINSKI, PETER: Der sogenannte «Missbrauch» unbeschränkbarer Vertretungsmacht, in: FS für Franz Bydlinski (S. 19 – 45), Wien 2002 (zit. BYDLINSKI P., FS Franz Bydlinski, S. ...)
- BYDLINSKI, PETER: Kommentar zu den § 1002 – 1034 ABGB, in: Kurzkomentar zum ABGB, Wien/New York 2005 (zit. BYDLINSKI P. in KBB, § ... N ...)
- CHAPPUIS, CHRISTINE: Kommentar zu Art. 32 – 40 OR, in: Commentaire Romand CO I, art. 1 – 529 CO, Basel/Genf/München 2003 (zit. CR CO I-CHAPPUIS, art. ... N ...)
- CORBOZ, BERNARD: Les infractions en droit suisse, Volume I, Berne 2002 (zit. CORBOZ, art... N ...)
- DERNBURG, HEINRICH: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens (erster Band), Halle a.S. 1902 (zit. DERNBURG, Bürgerliches Recht, S. ...)
- DERNBURG, HEINRICH: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts (erster Band), Halle 1875 (zit. DERNBURG, Preussisches Privatrecht, S. ...)
- DONATSCH, ANDREAS: Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, in: ZStR 114 (1996), S. 200 – 220 (zit. DONATSCH, Aspekte 1996, S. ...)
- DONATSCH, ANDREAS: Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, in: ZStR 120 (2002), S. 1 – 25 (zit. DONATSCH, Aspekte 2002, S. ...)
- DONATSCH, ANDREAS / WOHLERS, WOLFGANG: Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. Auflage Zürich 2004 (zit. DONATSCH/WOHLERS, IV § ...)
- DONATSCH, ANDREAS / TAG, BRIGITTE: Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Auflage Zürich 2006 (zit. DONATSCH/TAG, I § ...)

- ECKERT, ANDREAS: Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, Art. 172<sup>ter</sup> StGB, und dessen Anwendung in der Praxis, in: Strafrecht als Herausforderung (S. 139 – 151), Zürich 1999 (zit. ECKERT, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, S. ...)
- EGGER, AUGUST: Missbrauch der Vertretungsmacht, in Festgabe zum siebenzigsten Geburtstag von Carl Wieland (S. 47 – 65), Basel 1934 (zit. EGGER, FS Wieland, S. ...)
- ENDEMANN, FRIEDRICH: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage Berlin 1903 (zit. ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, S. ...)
- FELLMANN, WALTER: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394 – 406 OR), 4. Auflage Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN, OR ... N ...)
- FERID, MURAD / SONNENBERGER, HANS JÜRGEN: Das französische Zivilrecht, Band 1/1: Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage Heidelberg 1994 (zit. FERID/SONNENBERGER, Französisches Zivilrecht, ... F ...)
- FLACHSMANN, STEFAN: Kommentar zu Art. 267 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB II, Art. 111 – 401 StGB, Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK StGB II-FLACHSMANN, Art. 267 N ...)
- GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTER R. / SCHMID, JÖRG / REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage Zürich 2003 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N ...)
- GAUTSCHI, WALTER: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394 – 406 OR), 3. Auflage Bern 1971 (zit. BK-GAUTSCHI, OR ... N ...)
- GUHL, THEO: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, bearbeitet von KOLLER, ALFRED / SCHNYDER, ANTON K. / DRUEY, JEAN NICOLAS, Zürich 2000 (zit. GUHL/KOLLER, OR, § ... N ...)
- HAAS, GÜNTER: Die Untreue (§ 266 StGB) Vorschläge de lege ferenda und geltendes Recht, Berlin 1997 (zit. HAAS, Untreue nach § 266 StGB, S. ...)

- HAFTER, ERNST: Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil, Erste Hälfte: Delikte gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen das Geschlechtsleben, gegen die Ehre, gegen das Vermögen, Berlin 1937 (zit. HAFTER I, S. ...)
- HEFENDEHL, ROLAND: Vermögensgefährdung und Exspektanzen, Berlin 1994; zugleich: Diss. München 1993 (zit. HEFENDEHL, Vermögensgefährdung, S. ...)
- HILLENKAMP, THOMAS: Kommentar zu den §§ 22 und 23 StGB in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11. Auflage Berlin 2003 (zit. LK-HILLENKAMP, § ... N ...)
- HONEGGER, JÖRG: Kommentar zu Art. 101 – 109 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB I, Art. 1 – 110 StGB, Basel/Genf/München 2004 (zit. BSK StGB I-HONEGGER, Art. ... N ...)
- HONSELL, HEINRICH: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage Bern 2006 (zit. HONSELL, OR-BT, § ...)
- HONSELL, HEINRICH: Römisches Recht, 6. Auflage Berlin usw. 2006 (zit. HONSELL, Römisches Recht, § ...)
- HONSELL, HEINRICH / MAYER-MALY, THEO / SELB, WALTER: Römisches Recht, 4. Auflage Berlin/Heidelberg/New York 1986 (zit. HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, § ...)
- HUGUENIN, CLAIRE: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Zürich 2006 (zit. HUGUENIN, OR-AT, N ...)
- HURTADO POZO, JOSE: Droit pénal, Partie spéciale I, Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et le patrimoine, 3<sup>e</sup> édition, Zurich 1997 (zit. HURTADO POZO, Partie spéciale I, N ...)
- JENNY, GUIDO: Kommentar zu Art. 18 – 23 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB I, Art. 1 – 110 StGB, Basel/Genf/München 2002 (zit. BSK StGB I-JENNY, Art. ... N ...)
- JÖCKEL, GÜNTER: Die Rechtsfolgen bei Missbrauch und Überschreitung der Vertretungsmacht – insbesondere unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Vertretenen, Diss. Frankfurt am Main 1975 (zit. JÖCKEL, S. ...)
- KELLER, MAX / SCHÖBI, CHRISTIAN: Das Schweizerische Schuldrecht, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts (Band I), 3. Auflage Basel und Frankfurt am Main 1988 (zit. KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. ...)

- KINDHÄUSER, URS: Kommentar zum § 266 StGB, in: Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch Band 2, 2. Auflage Baden Baden 2005 (zit. Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N ...)
- KOLLER, ALFRED: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Fribourg 1984 (zit. KOLLER, Guter Glaube, N ...)
- KOLLER, ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 2. Auflage Bern 2006 (zit. KOLLER, OR-AT I, § ... N ...)
- KOLLY, GILBERT: Veruntreuung und sog. Ersatzbereitschaft, in: ZStR 114 (1996), S. 221 – 230 (zit. KOLLY, Ersatzbereitschaft, S. ...)
- KOZIOL, HELMUT: Risikoverteilung bei auftragswidrigem Handeln des Bevollmächtigten, in: FS für Heinz Rey (S. 427 – 439), Zürich 2003 (zit. KOZIOL, FS Rey, S. ...)
- KOZIOL, HELMUT / WELSER, RUDOLF: Bürgerliches Recht I, 12. Aufl. Wien 2002 (zit. KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht I, S. ...)
- LABAND, PAUL: Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, zehnter Band, Erlangen 1866, S. 183 – 241 (zit. LABAND, ZHR 10 (1866), S. ...)
- LENCKNER, THEODOR / PERRON, WALTER: Kommentar zu den §§ 265a – 266b StGB, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage München 2006 (zit. Schönke/Schröder – LENCKNER/PERRON § ... N ...)
- MARXER KELLER, SUSANNE: Studien zur elterlichen Vertretung und Verwaltung des Kindesvermögens, Diss. Bern 1998 (zit. MARXER KELLER, Elterliche Vertretung, S. ...)
- MITSCHE, WOLFGANG: Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich) Teilband 1, 2. Auflage Berlin usw. 2003 (zit. MITSCHE, Vermögensdelikte, § ... N ...)
- MÜLLER-FREIENFELS, WOLFRAM: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955 (zit. MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. ...)
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER: Kommentar zu Art. 158 StGB und zu Art. 314 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB II, Art. 111 – 401 StGB, Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK StGB II-NIGGLI, Art. ... N ...)

- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER / RIEDO, CHRISTOF: Kommentar zu Art. 138 StGB, in: Basler Kommentar zum StGB II, Art. 111 – 401 StGB, Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N ...)
- OSER, HUGO / SCHÖNENBERGER, WILHELM: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1 – 183, 2. Auflage Zürich 1929 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR ... N ...)
- PALM, HEINZ: Kommentar zu den §§ 164 – 193 BGB, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 11. Auflage Köln 2004 (zit. Erman/PALM, 11. Aufl., § ... Rz. ...)
- PIOTET, PAUL: *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé Suisse*, Bern 1963 (zit. PIOTET, *Culpa in contrahendo*, S. ...)
- REHBERG, JÖRG / DONATSCH, ANDREAS: *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, 7. Auflage Zürich 2001 (zit.: REHBERG/DONATSCH (7. Auflage 2001), I § ...)
- REHBERG, JÖRG / SCHMID, NIKLAUS / DONATSCH, ANDREAS: *Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen*, 8. Auflage Zürich 2003 (zit. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § ...)
- SCHÄRER, HEINZ: *Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe*, Diss. Fribourg 1980 (zit. SCHÄRER, *Vertretung der AG*, S. ...)
- SCHILKEN, EBERHARD: 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 (zit. Staudinger/SCHILKEN (2004) § ... Rn ...)
- SCHMID, JÖRG: *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Habil. Fribourg 1992 (zit. SCHMID, *GoA*, N ...)
- SCHMOECKEL, MATHIAS: Kommentar zu den §§ 164 – 181 BGB, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240, Tübingen 2003 (zit. HKK/SCHMOECKEL, §§ 164-181, Rn ...)
- SCHNURRENBERGER, ALBERT: *Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht sowie nach internationalem Privatrecht*, Diss. Basel 1969 (zit. SCHNURRENBERGER, S. ...)



- SCHOTT, ANSGAR: Insihgeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich 2002 (zit. ANSGAR SCHOTT, S. ...)
- SCHOTT, CLAUDIETER: Der Missbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971), S. 385 ff. (zit. CLAUDIETER SCHOTT, S. ...)
- SCHRAMM, KARL-HEINZ: Kommentar zu den §§ 164 – 185 BGB, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband: §§ 1 – 240, ProstG, 5. Auflage München 2006 (zit. Münch Komm BGB/SCHRAMM, § ... RdNr. ...)
- SCHUBARTH, MARTIN: Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier (S. 71 – 79), Berne 1996 (zit. SCHUBARTH, FS Gauthier, S. ...)
- SCHUBARTH, MARTIN / ALBRECHT, PETER: Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 2. Band: Delikte gegen das Vermögen, Art. 137 – 172, Bern 1990 (zit. SCHUBARTH, Art. 159 N ...)
- SCHÜNEMANN, BERND: Kommentar zu § 266 StGB, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 11. Auflage Berlin/New York 1998 (zit. LK-SCHÜNEMANN, § 266 N ...)
- SCHULTZ, HANS: Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1974, in: ZBJV 111 (1975), S. 481 ff. (zit. SCHULTZ, ZBJV 1975, S. ...)
- SCHWANDER, VITAL: Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage Zürich 1964 (zit. SCHWANDER, Nr. ...)
- SCHWENZER, INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage Bern 2006 (zit. SCHWENZER, OR-AT, Rz. ...)
- SEIER, JÜRGEN / MARTIN, SUSANNE: Die Untreue (§ 266 StGB), in: JuS 2001, S. 874 – 878 (zit. SEIER/MARTIN, JuS 2001, S. ...)
- STRATENWERTH, GÜNTER: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Auflage Bern 2005 (zit. STRATENWERTH, AT I § ...)
- STRATENWERTH, GÜNTER / JENNY, GUIDO: Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage Bern 2003 (zit. STRATENWERTH/JENNY, BT I § ...)
- TERCIER, PIERRE: Le droit des obligations, 3<sup>e</sup> édition, Genève/Zurich/Bâle 2004 (zit. TERCIER, N ...)

- THALMESSINGER, CHARLOTTE: Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich 1931 (zit. THALMESSINGER, S. ...)
- TRECHSEL, STEFAN: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Auflage Zürich 1997 (zit. TRECHSEL, Art. ... N ...)
- URBACH, GUIDO: Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, Diss. Zürich 2002 (zit. URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. ...)
- VIOLAND, GEORGES: Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, Diss. St. Gallen 1988 (zit. VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. ...)
- VOLLMAR, ALEX: Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), Diss. Bern 1978 (zit. VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. ...)
- VON TUHR, ANDREAS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, Tübingen 1924 (zit. VON TUHR, AT, S. ...)
- VON TUHR, ANDREAS / PETER, HANS: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage Zürich 1979 (zit. VON TUHR/PETER, AT, S. ...)
- WALTER, MARIA: Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Bern 2005; zugleich Diss. Zürich 2003/2004 (zit. WALTER, Wissenszurechnung, S. ...)
- WATTER, ROLF: Die Vertretung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe – speziell bei sogenanntem «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985 (zit. WATTER, Missbrauch, N ...)
- WATTER, ROLF: Kommentar zu Art. 32 – 40 OR, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1 – 529 OR, 3. Auflage Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK OR I-WATTER, Art. ... N ...)
- WATTER, ROLF: Kommentar zu Art. 716 – 724 OR, in: Basler Kommentar zum OR II, Art. 530 – 1186 OR, 2. Auflage Basel/Genf/München 2002 (zit. BSK OR II-WATTER, Art. ... N ...)
- WEBER, ROLF H.: Kommentar zu Art. 394 – 406 OR, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1 – 529 OR, 3. Auflage Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK OR I-WEBER, Art. ... N ...)
- WEBER, ROLF H.: Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, in: AJP 1992, S. 177 – 189 (zit. WEBER, AJP 1992, S. ...)

- WEISSENBERGER, PHILIPPE: Kommentar zu Art. 172<sup>ter</sup> StGB, in: Basler Kommentar zum StGB II, Art. 111 – 401 StGB, Basel/Genf/München 2003 (zit. BSK StGB II-WEISSENBERGER, Art. 172<sup>ter</sup> N ...)
- WIPRÄCHTIGER, HANS: Revision des Allgemeinen Teils des StGB, Änderungen im Schatten des Sanktionsrechts, in: ZStR 123 (2005), S. 403 – 437 (zit. WIPRÄCHTIGER, Änderungen, S. ...)
- ZÄCH, ROGER: 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 (zit. BK-ZÄCH, OR ... N ...)

### **Weiterführende Literatur**

- ARZT, GUNTHER: Neue Wirtschaftsethik, neues Wirtschaftsstrafrecht, neue Korruption, in: FS für Wolfgang Wiegand (S. 739 – 765), Bern und München 2005.
- BOOG, MARKUS: Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug, Basel und Frankfurt am Main 1991; zugleich: Diss. Basel 1989/90.
- BUCHER, EUGEN: Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: FG für Wolfhart Friedrich Bürgi (S. 39 – 64), Zürich 1971.
- CHAPPUIS, CHRISTINE: Abus du pouvoir de représentation : le fondé de procuration devenu organe, in : AJP 1997, S. 689 – 702.
- DITESHEIM, ROLF: La représentation de la société anonyme, Diss. Bern 2001.
- FELLMANN, WALTER / MÜLLER, KARIN: Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355 ff., in: AJP 2000, S. 637 – 645.
- HONSELL, HEINRICH: Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, in: FS für Niklaus Schmid (S. 225 – 237), Zürich 2001.
- KÜNZLE, HANS RAINER: Bemerkungen zum Entscheid des BGer vom 19.1.1993, 4C.92/1992, in: AJP 1993, S. 999 – 1003.
- KÜNZLE, HANS RAINER: Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts (OR 32-40), Diss. St. Gallen 1986.

- MERZ, HANS: Vertretungsmacht und ihre Beschränkungen im Recht der juristischen Person, der kaufmännischen und der allgemeinen Stellvertretung, in: FS für Harry Westermann (S. 399 ff.), Karlsruhe 1974.
- MESSERLI, BEAT: Die Sorgfalt beteiligter Parteien bei missbräuchlicher Ausübung der Vertretungsmacht durch ein Gesellschaftsorgan, Notizen zu neueren Bundesgerichtsentscheiden (BGE 119 II 23; 121 III 69; 121 III 176), SJZ 93 (1997), S. 17 – 21.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER: Zum System des strafrechtlichen Vermögensschutzes, in: FS für Niklaus Schmid (S. 237 – 254), Zürich 2001.
- SCHWAGER, RUDOLF: Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Fribourg 1974.
- SPITZBARTH, REIMAR / PREUSS, NICOLA: Vollmachten im Unternehmen – Handlungsvollmacht, Prokura, Generalvollmacht, 4. Auflage Berlin 2000.
- STUTZ, BETTINA / VON DER CRONE, HANS CASPAR: Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2/2003, S. 102 – 110.
- TIETZ, CHRISTOPH: Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis im Recht der BGB-Vollmacht und der Prokura. Die Bedeutung der Vertretungsbefugnis für die Bestimmung der Vertretungsmacht, Diss. Bielefeld 1989.
- ZOBL, DIETER: Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, in: ZBJV 125 (1989), S. 289 ff.





# **Ausgangslage, Zielsetzung und Vorgehensweise**





«Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft»

Eine besondere Schwierigkeit des soeben zitierten Missbrauchstatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung<sup>1</sup> ist darin zu sehen, dass er – dies ist jedenfalls die Erfahrung des Schreibenden – ohne grundlegende Kenntnisse des Stellvertretungsrechts nicht richtig verstanden werden kann. In Anbetracht dieser Ausgangslage gliedert sich die vorliegende Arbeit in einen privatrechtlichen und einen strafrechtlichen Teil.

Dabei soll im ersten, privatrechtlichen Teil das Rechtsgebiet der bürgerlichen Stellvertretung<sup>2</sup> i.S.v. Art. 32 ff. OR behandelt werden und zwar ganz bewusst in einem etwas umfassenderen Sinn, als dies für die Auslegung von Art. 158 Ziff. 2 StGB zwingend notwendig wäre. So hat etwa die Problematik der Haftung des falsus procurator<sup>3</sup> keinen *direkten* Bezug zum Missbrauchstatbestand, ist aber für das Verständnis des Stellvertretungsrechts an sich, und damit auch für das Verständnis von Art. 158 Ziff. 2 StGB, von zentraler Bedeutung.

Im zweiten, strafrechtlichen Teil ist alsdann darzulegen, unter welchen Voraussetzungen sich ein bürgerlicher Stellvertreter<sup>4</sup> gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB strafbar machen kann, wobei sich die entsprechenden Ausführungen auf die im privatrechtlichen Teil gewonnenen Erkenntnisse abstützen.

---

<sup>1</sup> I.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB.

<sup>2</sup> Vgl. zur Begriffsdefinition sogleich S. 11 f.

<sup>3</sup> Vgl. dazu hinten S. 135 ff.

<sup>4</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.

In der vorliegenden Arbeit wird immer wieder auf das deutsche Stellvertretungsrecht und das Recht des deutschen Untreue-Tatbestandes hingewiesen und zwar im Wesentlichen aufgrund folgender Überlegungen:

- Zunächst gilt es zu beachten, dass das kontinentaleuropäische Stellvertretungsrecht in grossem Ausmass von deutschen Rechtstheorien beeinflusst wurde. Erwähnt sei an dieser Stelle die berühmte und wegweisende Schrift von PAUL LABAND<sup>5</sup>, in der er die *Abstraktheit der Vollmacht* vom Grundverhältnis propagierte<sup>6</sup>. Vor diesem Hintergrund interessiert die Frage, wie stark sich das schweizerische Stellvertretungsrecht von der deutschen Lehre hat beeinflussen lassen bzw. in welchen Bereichen eine eigenständige Stellvertretungslehre erhalten blieb oder gar neu entwickelt wurde;
- was das *österreichische* Stellvertretungsrecht anbelangt, so folgt dieses – vom Wortlaut des ABGB abweichend – weitgehend der Regelung des BGB und der deutschen Stellvertretungslehre<sup>7</sup>. Anders als man aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung der §§ 1002 ff. ABGB annehmen könnte<sup>8</sup>, kommt dem österreichischen Recht im Vergleich zum deutschen BGB keine wirklich eigenständige Rolle (mehr) zu;
- bezüglich ungetreuer Geschäftsbesorgung ist von Bedeutung, dass dem Gesetzgeber sowohl für Art. 159 alt StGB, als auch für den heute in Kraft stehenden Art. 158 StGB, der deutsche Untreue-

---

<sup>5</sup> ZHR 10 (1866), S. 183 ff.

<sup>6</sup> Vgl. dazu hinten S. 39 ff.

<sup>7</sup> Zumindest in den bezüglich Missbrauchstatbestandes relevanten Fragen: So geht auch das österreichische Stellvertretungsrecht von der *Abstraktheit der Vollmacht* aus (vgl. etwa KOZIOL, FS Rey, S. 427), und die in § 167 Abs. 1 BGB festgelegte Regelung betreffend Adressaten der Bevollmächtigung gilt auch im österreichischen Stellvertretungsrecht (vgl. etwa BYDLINSKI P. in KBB, § 1002 N 9); vgl. zu dieser, im Zusammenhang mit der ungetreuen Geschäftsbesorgung entscheidenden Frage hinten S. 44 ff.

<sup>8</sup> Das ABGB geht dem Wortlaut nach von der *naturrechtlichen* Sichtweise der Stellvertretung aus, d.h. vom *Vollmächtsauftrag*; vgl. zum Vollmächtsauftrag bzw. zur Mandatsvollmacht hinten S. 35 ff.

tatbestand i.S.v. § 266 RStGB bzw. D-StGB<sup>9</sup> als Vorbild diente<sup>10</sup>. Damit bietet es sich geradezu an, den Fokus vor allem auf das *deutsche* Stellvertretungsrecht und das *deutsche* «Untreue-Recht» zu richten, da hier allenfalls Anhaltspunkte für die Auslegung von Art. 158 Ziff. 2 StGB zu finden sind;

- zu guter Letzt sei erwähnt, dass von den der Schweiz angrenzenden Ländern nur Deutschland (§ 266 D-StGB), Österreich (§ 153 A-StGB) und Liechtenstein (§ 153 L-StGB) einen mit Art. 158 StGB vergleichbaren *Untreue-Tatbestand* kennen. In *Frankreich* und *Italien* bestehen demgegenüber *keine* mit Art. 158 StGB vergleichbaren Strafnormen<sup>11</sup>. Daher ist auch das Stellvertretungsrecht dieser beiden Länder im vorliegenden Zusammenhang von entsprechend geringerem Interesse. Was den österreichischen § 153 A-StGB betrifft, so entspricht dieser weitgehend dem Missbrauchstatbestand des § 266 D-StGB<sup>12</sup>; § 153 L-StGB wiederum folgt in Wortlaut und Auslegung grundsätzlich dem § 153 A-StGB<sup>13</sup>.

Die Gliederung der vorliegenden Abhandlung in einen privat- und einen strafrechtlichen Teil bringt die Notwendigkeit zahlreicher Querverweise mit sich. Diese sollen es dem Leser ermöglichen, gegebenenfalls direkt in den strafrechtlichen Teil einzusteigen und die privatrechtlichen Grundlagen gewissermassen «bedarfsgerecht» im ersten Teil nachzuschlagen<sup>14</sup>. Überdies finden sich – insbesondere für den eiligen Leser – im strafrechtlichen Teil auch Zusammenfassungen ausgewählter, bezüglich Art. 158 Ziff. 2 StGB besonders wichtiger privatrechtlicher Probleme.

---

<sup>9</sup> In der Fassung von 1871 bzw. 1933; vgl. dazu hinten S. 154 ff.

<sup>10</sup> Vgl. VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 13 – zu Art. 159 alt StGB.

<sup>11</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 3 und N 4. Vgl. auch LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 194 und N 195, der aufzeigt, dass in diesen Ländern das «Untreue-Unrecht» z.T. von anderen Strafbestimmungen erfasst wird, in Frankreich z.B. vom Tatbestand der *Escroquerie* (Gauerei).

<sup>12</sup> LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 191.

<sup>13</sup> Vgl. die Nachweise bei BECK, Untreue, S. 28 und 29.

<sup>14</sup> Verwiesen wird dabei stets auf die Seitenzahl, bei der das einschlägige Kapitel beziehungsweise der einschlägige Abschnitt *beginnt*.

Ausgangslage, Zielsetzung und Vorgehensweise

---

Gesetzgebung, Judikatur und Literatur sind bis und mit 1. Januar 2007 berücksichtigt.

# **Privatrechtlicher Teil**



## 1. Überblick

### I. Vornahme von Rechtshandlungen

Von Stellvertretung im rechtlichen Sinn kann nur dann die Rede sein, wenn es um die Vornahme von Rechtshandlungen für eine andere Person geht. Die nachfolgend zu besprechenden Regeln und Grundsätze finden somit keine Anwendung, wenn tatsächliche Tätigkeiten zur Diskussion stehen. Wer für den Nachbarn reife Äpfel pflückt, ist wohl seine Hilfsperson, nicht aber sein Stellvertreter; wer demgegenüber für eine Kollegin den wöchentlichen Einkauf tätigt, handelt bezüglich der abzuschliessenden Kaufverträge als deren Stellvertreter und zwar, je nach den im Einzelfall gegebenen Voraussetzungen, als direkter oder indirekter.

### II. Das Bedürfnis nach Vertretung und rechtliche Möglichkeiten

Im alltäglichen Leben – ausgeprägter aber noch im Geschäfts- bzw. Handelsverkehr – besteht ein ausgewiesenes Bedürfnis, sich vertreten zu lassen. Die Gründe dafür können sehr unterschiedlich sein. Zu denken ist beispielsweise an Situationen, in denen eine *natürliche Person* wegen Krankheit, Landesabwesenheit oder infolge (vorübergehender) Urteilsunfähigkeit<sup>15</sup> gar nicht in der Lage ist, ein Rechtsgeschäft<sup>16</sup> selber vorzunehmen. Möglich ist auch, dass es jemandem am erforderlichen Verhandlungsgeschick zum Abschluss eines bestimmten Rechtsgeschäfts

---

<sup>15</sup> Vgl. zum Begriff der Urteilsfähigkeit Art. 16 ZGB: «*Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln*».

<sup>16</sup> Kern eines jeden Rechtsgeschäftes ist eine auf *Begründung, Änderung oder Beendigung* eines Rechts oder Rechtsverhältnisses gerichtete *Willenserklärung*.

mangelt, oder dass es im Einzelfall bequemer bzw. vorteilhafter erscheint, nicht selber tätig zu werden<sup>17</sup>. Schliesslich ist es gerade im kaufmännischen Verkehr auch schlichtweg unmöglich, die grosse Anzahl täglich anfallender Geschäfte alleine und selber vorzunehmen; juristische Personen nehmen überhaupt erst durch ihre Organe oder andere Vertreter, etwa Prokuristen<sup>18</sup>, am Rechtsverkehr teil<sup>19</sup>.

Das moderne Privatrecht stellt zur Befriedigung der soeben genannten Vertretungs-Bedürfnisse grundsätzlich *zwei Institute* zur Verfügung, nämlich – wie bereits kurz erwähnt – die direkte (echte bzw. unmittelbare) und die indirekte (unechte bzw. mittelbare) Stellvertretung<sup>20</sup>. Während bei der direkten Stellvertretung der Vertreter durch sein Handeln in fremdem Namen unmittelbar Rechtswirkungen zwischen dem Dritten und dem Vertretenen bewirkt, wobei seine eigene Rechtssphäre davon nicht tangiert wird<sup>21</sup>, muss der indirekte Stellvertreter das in eigenem Namen abgeschlossene Rechtsgeschäft grundsätzlich in einem zweiten Schritt auf den Vertretenen überführen<sup>22</sup>, da die Rechtswirkungen zunächst alleine bei ihm selber eintreten. Die direkte Stellvertretung erscheint somit als das «elegantere» Instrument, wobei damit – wie noch zu zeigen sein wird – auch gewisse Gefahren verbunden sind.

---

<sup>17</sup> Vgl. KOLLER, OR-AT I, § 15 N 3 ff.

<sup>18</sup> Vgl. zur Organvertretung und zur Prokura sogleich S. 11 f.

<sup>19</sup> Vgl. etwa TERCIER, N 357.

<sup>20</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1305.

<sup>21</sup> BUCHER, OR-AT, S. 597.

<sup>22</sup> Vgl. dazu Art. 32 Abs. 3 OR, aber auch Art. 401 OR.



Aufgrund des eben Dargelegten wird ersichtlich, dass bei einer Stellvertretung stets drei Personen beteiligt sind<sup>23</sup>:

- Der Vertretene; bei der bürgerlichen Stellvertretung auch als Vollmachtgeber bezeichnet;
- der Vertreter bzw. Stellvertreter; bei der bürgerlichen Stellvertretung auch als Bevollmächtigter bezeichnet;
- der Dritte.

### III. Erscheinungsformen direkter Vertretung

Bei der in den Art. 32 ff. OR geregelten Stellvertretung handelt es sich um die sog. *bürgerliche* oder auch zivile Stellvertretung. Sie zeichnet sich namentlich dadurch aus, dass der Vertretene bzw. Vollmachtgeber den Umfang der dem Vertreter zukommenden Vertretungsmacht mittels Bevollmächtigungserklärung nach Belieben bestimmen kann. Das Gesetz gibt mithin keinen Vollmachtsumfang vor, auf den sich gutgläubige Dritte verlassen könnten. Mit dieser Erscheinungsform der direkten Stellvertretung befasst sich die vorliegende Arbeit.

Von der bürgerlichen Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR zu unterscheiden sind insbesondere die kaufmännische, die organschaftliche und die gesetzliche Vertretung.

Praktisch bedeutsame Erscheinungsformen der kaufmännischen Stellvertretung stellen die Prokura i.S.v. Art. 458 – 465 OR (exkl. Art. 462 OR), die Handlungsvollmacht im engeren Sinn gemäss Art. 462 OR, die Vertretungsmacht des Handelsreisenden i.S.v. Art. 348b OR, sowie die Vertretungsmacht des Agenten i.S.v. Art. 418e OR dar. Gemeinsames Merkmal der kaufmännischen Stellvertretung ist der gesetzlich fixierte Umfang der Vertretungsmacht. So gilt ein Prokurist gemäss Art. 459 Abs. 1 OR gutgläubigen Dritten gegenüber als ermächtigt, den Geschäfts-

---

<sup>23</sup> Vgl. CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 2: «*Le mécanisme de la représentation suppose la présence de trois personnes [...]*»; TERCIER, N 362.

herrn durch Wechsel-Zeichnungen zu verpflichten und in dessen Namen alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Geschäftsherrn mit sich bringen kann.

Bei der organschaftlichen Vertretung bzw. der Organvollmacht geht es um die Vertretung juristischer Personen durch ihre (Vertretungs-)Organe. Diese wird «*in der Sprache des Handelsregisters*»<sup>24</sup> mitunter auch als *Zeichnungsrecht* oder *Zeichnungsbefugnis* bezeichnet. Auch bei der organschaftlichen Vertretung ist der Vollmachtsumfang des Vertretungsorgans gesetzlich fixiert. So bestimmt etwa Art. 718a Abs. 1 OR im Recht der Aktiengesellschaft, dass die zur Vertretung befugten Personen im Namen der Gesellschaft alle Rechtshandlungen vornehmen können, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.

Bei der gesetzlichen Vertretung wird dem Vertreter seine Vertretungsmacht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch ein privatrechtliches Gesetz eingeräumt, insbesondere durch Bestimmungen des ZGB<sup>25</sup>. Dabei ist die Person des Vertreters und des Vertretenen, vor allem aber auch der *Umfang der Vertretungsmacht* jeweils *durch das Gesetz* selbst vorgegeben, zumindest in abstrakter Form<sup>26</sup>. So legt beispielsweise Art. 304 Abs. 1 ZGB fest, dass Eltern<sup>27</sup> für ihre Kinder<sup>28</sup> all jene Rechtshandlungen vornehmen können, die mit dem *Kindeswohl* zu vereinbaren sind<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> So BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 496.

<sup>25</sup> BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 32 – 40 N 7 und N 33. Vgl. zur elterlichen Vertretungsmacht auch MARXER KELLER, Elterliche Vertretung, S. 105.

<sup>26</sup> SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 18.

<sup>27</sup> Abstrakte Bezeichnung der Person des Vertreters.

<sup>28</sup> Abstrakte Bezeichnung der Person des Vertretenen.

<sup>29</sup> Abstrakte Umschreibung des Umfangs der Vertretungsmacht.

## IV. Privatautonomie und Vertretung

Die direkte Stellvertretung tangiert einen wichtigen Grundsatz unseres Rechtsverständnisses, wonach jedermann nur für sich selber Rechtswirkungen zu erzeugen vermag<sup>30</sup>.

Es ist mit dem Prinzip der Privatautonomie nicht zu vereinbaren, eine handlungsfähige Person<sup>31</sup> gegen deren Willen rechtsgeschäftlich zu verpflichten<sup>32</sup>. Erforderlich ist daher, dass der handlungsfähige Vertretene seinen Vertreter zum Abschluss von Fremdgeschäften ermächtigt und dadurch vorgängig einwilligt, von diesem rechtsgeschäftlich gebunden zu werden.

Je nachdem, auf welchem Weg die für jede direkte Stellvertretung unabdingbare Vertretungsmacht<sup>33</sup> eingeräumt wird, unterscheidet man zwischen rechtsgeschäftlicher (gewillkürter) oder gesetzlicher (Stell-) Vertretung.

## V. Bemerkungen zur Ausschliesslichkeit

Von einer sog. «Ausschliesslichkeit» ist immer dann auszugehen, wenn ein Vertreter keine Möglichkeit hat, die vom Vertreter vorzunehmenden Rechtshandlungen auch selber zu tätigen. Dies ist bei der organschaftlichen Vertretung stets, bei der gesetzlichen typischerweise der Fall<sup>34</sup>. Eine derart verstandene Ausschliesslichkeit ist demgegenüber im Anwendungsbereich der bürgerlichen Stellvertretung zu verneinen. Wer

---

<sup>30</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1306. Im Römischen Recht gilt denn auch der Grundsatz «alteri stipulari nemo potest» – «niemand kann sich für einen anderen etwas versprechen lassen».

<sup>31</sup> Vgl. zum Begriff der Handlungsfähigkeit Art. 12 ZGB: «*Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen*».

<sup>32</sup> Demgegenüber ist es gemäss Art. 112 OR zulässig, einen anderen (ausschliesslich) zu *berechtigten*.

<sup>33</sup> Dazu hinten S. 30 ff.

<sup>34</sup> Beispielsweise bei der Vertretung urteilsunfähiger Kinder durch ihre Eltern gemäss Art. 304 ZGB.

einen bürgerlichen Stellvertreter zur Vornahme einer bestimmten Rechtshandlung bevollmächtigt, bleibt in der Lage, das fragliche Geschäft auch selber vorzunehmen. Auch die kaufmännische Stellvertretung zeichnet sich durch die grundsätzlich fehlende Ausschliesslichkeit aus.

## VI. Repräsentationstheorie, Vertretung im Wissen und Vertretungswirkung

Das Stellvertretungsrecht beruht im schweizerischen wie auch im deutschen Recht auf der sog. «Repräsentationstheorie»<sup>35</sup>. Demnach wird das fragliche Rechtsgeschäft vom Vertreter abgeschlossen. Er bildet den rechtsgeschäftlichen Willen, nicht etwa der Vertretene<sup>36</sup>. Sofern es um den Abschluss eines Vertrages geht, beurteilt sich folglich nach der Person des Vertreters, ob überhaupt ein Konsens gemäss Art. 1 OR vorliegt. Demgegenüber kommt der von CARL VON SAVIGNY begründeten sog. «Geschäftsherrentheorie», nach welcher der Vertreter lediglich *Träger* des Willens des Vertretenen ist, heute keine praktische Relevanz mehr zu<sup>37</sup>.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch die sog. «Wissensvertretung» bzw. «Vertretung im Wissen», welche besagt, dass es bezüglich Gut- oder Bösgläubigkeit, aber auch für die Frage, ob allfällige Willensmängel<sup>38</sup> gegeben sind, grundsätzlich auf die Person des Vertreters ankommt. Ihr Wissen – beispielsweise ihre Bösgläubigkeit oder ein bei ihr vorliegender Willensmangel – wird dem Vertretenen zugerechnet und zerstört dessen eigene Gutgläubigkeit. Umgekehrt ist es allerdings nicht möglich, dass die Gutgläubigkeit des Vertreters eine allfällige Bösgläubigkeit des Vertretenen über die Konstruktion der Wissenszurechnung zu heilen vermag;

---

<sup>35</sup> BK-ZÄCH, OR 32 N 148; WALTER, Wissenszurechnung, S. 172. Für das deutsche Recht Staudinger/SCHILKEN (2004) Vorbem zu §§ 164 ff Rn 11.

<sup>36</sup> Vgl. dazu bereits BGE 42 II 648, Erw. 1.b) und MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 13.

<sup>37</sup> Vgl. JÖCKEL, S. 4 und 5 sowie Staudinger/SCHILKEN (2004) Vorbem zu §§ 164 ff Rn 11.

<sup>38</sup> Art. 23 ff. OR.

m.a.W. kann eine bösgläubige Person nicht durch die Zwischenschaltung eines gutgläubigen Vertreters ihre eigene Gutgläubigkeit wiederherstellen.

Zu einer Vertragsanfechtung wegen allfälliger Willensmängel i.S.v. Art. 31 OR ist als Konsequenz der Repräsentationstheorie allein der Vertretene berechtigt<sup>39</sup>, denn die Rechtsfolge jeder mängelfreien direkten Stellvertretung besteht darin, dass das vom Vertreter im Namen des Vertretenen mit einem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft unmittelbar und ausschliesslich zwischen Letzterem und dem Vertretenen verbindlich wird. Dies wird als Vertretungswirkung bezeichnet<sup>40</sup>. Es geht mit anderen Worten um rechtserhebliches Handeln mit unmittelbarer Wirkung für einen anderen. Aus Sicht des Vertretenen stellt sich die Rechtslage im Ergebnis so dar, wie wenn nicht sein Stellvertreter, sondern er selber das fragliche Rechtsgeschäft abgeschlossen hätte. Die Rechtssphäre des Vertreters wird von dem in fremdem Namen abgeschlossenen Geschäft mithin gar nicht tangiert.

## VII. Der Interessenkonflikt bei direkter Stellvertretung

Die gewillkürte direkte Stellvertretung ist ein Rechtsgebiet, in dem notwendigerweise gegensätzliche Interessen aufeinanderprallen<sup>41</sup>. So möchte diejenige Person, welche sich eines direkten Stellvertreters bedient, durch dessen Handeln ausschliesslich ihrem Willen entsprechend verpflichtet und berechtigt werden. Demgegenüber hat der Dritte das grundsätzlich gleichwertige Interesse, dass das mit einem Stellvertreter ausgehandelte Rechtsgeschäft im von ihm gewünschten Sinn mit dem Vertretenen zustande kommt. Angesprochen sind hier also die Privatautonomie auf Seiten des Vertretenen, sowie der Verkehrsschutz auf Seiten des Dritten. Ein Konflikt zwischen diesen beiden Grundsätzen, welche tra-

---

<sup>39</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1444 ff.

<sup>40</sup> Vgl. etwa SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 11.

<sup>41</sup> Vgl. zu den bei der direkten Stellvertretung bestehenden Interessen auch KOZIOL, FS Rey, S. 431 f. und WATTER, Missbrauch, N 4 ff.

gende Säulen unserer Privatrechtsordnung bilden<sup>42</sup>, kann dann entstehen, wenn der Vertreter pflichtwidrig handelt. In dieser Situation verlangt der Grundsatz der Privatautonomie, dass sich jedermann ein rechtsgeschäftliches Handeln eines anderen nur seinem Willen entsprechend – also im Umfang der erteilten Vertretungsmacht – zurechnen lassen muss<sup>43</sup>; demgegenüber wäre aus dem Blickwinkel des Dritten, und damit des Verkehrsschutzes, der Vertretene an das von (s)einem Stellvertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft zu binden.

Es stellt eine äusserst schwierige Aufgabe dar, den berechtigten und grundsätzlich gleichwertigen, aber im Bereiche des Stellvertretungsrechts zuweilen eben gegensätzlichen Interessen der Privatautonomie und des Verkehrsschutzes gleichermassen Rechnung zu tragen. Dabei wird in der modernen Lehre grundsätzlich ein Ausgleich angestrebt, wobei aber unverkennbar ist, dass je nach Standpunkt einmal die Seite des Verkehrsschutzes und einmal jene der Privatautonomie stärker in den Vordergrund gestellt wird. Stets zu beachten ist indes, dass eine Verbesserung des Verkehrsschutzes nur auf Kosten der Privatautonomie des Vertretenen möglich ist und umgekehrt, dass die primäre Wahrung der Privatautonomie nur zu Lasten des Verkehrsschutzes erreicht werden kann.

Grundsätzlich dürfte es gerechtfertigt sein, im vorliegenden Kontext dem Interesse des Verkehrsschutzes gegenüber dem Interesse der Privatautonomie ein grösseres Gewicht einzuräumen. Dies aufgrund der Überlegung, dass es der Vertretene bei der gewillkürten Stellvertretung bewusst zulässt, dass eine andere Person – welche er grundsätzlich frei auswählen kann – mit unmittelbarer Wirkung für ihn rechtsgeschäftlich tätig wird. Da es der Vertretene selber in der Hand hat, einen vertrauenswürdigen und seriösen Vertreter seiner Wahl zu bestellen, scheint es angemessen, ihn zumindest einen Teil des jeder Stellvertretung immanenten Risikos tragen zu lassen, welches darin besteht, nicht exakt seinem Willen entsprechend verpflichtet und berechtigt zu werden.

Auf die eben dargelegte Problematik wird noch verschiedentlich zurückzukommen sein; dieser Interessenkonflikt zwischen Privatautono-

---

<sup>42</sup> Vgl. BYDLINSKI F., System und Prinzipien, S. 147 ff.

<sup>43</sup> In diesem Sinne auch KOZIOL, FS Rey, S. 431.

mie und Verkehrsschutz durchzieht das Stellvertretungsrecht – und damit auch den privatrechtlichen Teil der vorliegenden Arbeit – wie ein roter Faden.

Aufgrund des eben Dargelegten vermag es kaum zu erstaunen, dass zum Stellvertretungsrecht unterschiedliche Lehrmeinungen existieren, was den Zugang zu diesem Rechtsgebiet zweifelsohne erschwert. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass in Literatur und Rechtsprechung gleichlautende Begriffe zum Teil uneinheitlich verstanden<sup>44</sup> oder gleiche Tatbestände bzw. Sachverhalte mit unterschiedlichen Bezeichnungen versehen werden. So bezeichnet KOLLER als *Vertretungsbefugnis*, was GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY als *Vertretungsmacht* benennen<sup>45</sup>. In den Art. 32 ff. OR und Art. 158 Ziff. 2 StGB findet sich überdies der Ausdruck «Ermächtigung». Als weiteres Beispiel einer verwirrenden Bezeichnung sei an dieser Stelle die externe Vollmacht genannt, welche – zumindest nach vorliegend vertretener Ansicht – im schweizerischen Recht gar keine *Vertretungsmacht* begründet<sup>46</sup>.

Gerade bezüglich des im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB besonders interessanten «Missbrauchs der Vertretungsmacht», der auf der Unterscheidung zwischen *Vertretungsbefugnis* und *-macht* beruht, bestehen in der privatrechtlichen Lehre divergierende Ansichten. Dies dürfte massgeblich durch die geschichtliche Entwicklung des bürgerlichen Stellvertretungsrechts bedingt sein, welche vom römischrechtlichen «*alteri stipulari nemo potest*»<sup>47</sup> über den naturrechtlichen «Vollmächtauftrag» zur modernen «Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis» führte.

Die Problematik der Abstraktheit der Vollmacht wird im Folgenden ein zentrales Thema sein, denn nur wenn geklärt ist, wie sich Vollmacht und allfälliges Grundverhältnis zueinander verhalten, kann das Tatbestandsele-

---

<sup>44</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1413.

<sup>45</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1318 ff. und KOLLER, OR-AT I, § 16 N 6 ff.

<sup>46</sup> Vgl. dazu hinten S. 35 ff. und S. 44 ff.

<sup>47</sup> «Niemand kann sich für einen anderen etwas versprechen lassen»; vgl. dazu hinten S. 35 f.

ment des «Missbrauchs der Ermächtigung» des Art. 158 Ziff. 2 StGB überhaupt ausgelegt werden<sup>48</sup>.

## **VIII. Aktive und passive Stellvertretung**

Zu unterscheiden ist schliesslich zwischen aktiver und passiver Stellvertretung. Bei der aktiven Stellvertretung gibt der Vertreter eine Willenserklärung in fremdem Namen ab, bei der passiven nimmt er die Willenserklärung des Dritten namens des Vertretenen entgegen. In aller Regel wird ein Vertreter sowohl zur aktiven wie auch zur passiven Stellvertretung ermächtigt werden, da es insbesondere im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen nicht sinnvoll erscheint, wenn jemand zwar eine Offerte abgeben, dann aber die Annahmeerklärung nicht entgegennehmen kann.

---

<sup>48</sup> Vgl. zur tatbestandsmässigen Handlung des Art. 158 Ziff. 2 StGB hinten S. 165 ff.



## **2. Direkte bürgerliche Stellvertretung**

### **I. Voraussetzungen der Vertretungswirkung**

#### **1. Die fünf Voraussetzungen im Überblick**

Damit bei der gewillkürten direkten Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR Vertretungswirkung eintritt, müssen grundsätzlich folgende fünf Bedingungen erfüllt sein:

- Vorliegen eines vertretungsfreundlichen Geschäftes;
- 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.

Dabei erscheinen die letzten zwei Punkte, das Handeln in fremdem Namen und das Vorliegen genügender Vertretungsmacht, als die beiden zentralen Voraussetzungen für den Eintritt von Vertretungswirkung; die übrigen Voraussetzungen geben in der Praxis selten zu Diskussionen Anlass. Dass Vertretungswirkung allenfalls auch dann eintreten kann, wenn jemand mit Vertretungsmacht in eigenem Namen, oder aber ohne Vertretungsmacht in fremdem Namen handelt, sei bereits an dieser Stelle erwähnt<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Vgl. dazu hinten S. 28 f. und S. 76 ff.

Die soeben erwähnten fünf Bedingungen für den Abschluss eines rechtsgültigen Fremdgeschäftes – d.h. für den Eintritt von Vertretungswirkung – werden im Folgenden eingehend dargelegt.

## 2. Vertretungsfreundliches Rechtsgeschäft

Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass man gewisse Willenserklärungen nur persönlich abgeben bzw. entgegennehmen kann; allenfalls nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters<sup>50</sup>. Die sog. «höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte» lassen eine Stellvertretung nicht zu. Als vertretungs*feindliche* Geschäfte gelten insbesondere<sup>51</sup>:

- Eheschliessung (Art. 97 ZGB);
- Verlobung (Art. 90 ZGB);
- Anerkennung eines Kindes (Art. 260 ZGB);
- Zustimmung zur Adoption (Art. 265 Abs. 2, 265a Abs. 1 ZGB);
- Errichtung eines Testaments (Art. 498 ff. ZGB);
- Abschluss eines Erbvertrages (Art. 494 ZGB).

Werden derartige Geschäfte trotzdem durch Stellvertreter vorgenommen, so sind sie definitiv nichtig und entfalten damit keinerlei Rechtswirkungen zwischen dem Vertretenen und dem Dritten. Eine nachträgliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR ist jedenfalls nicht möglich<sup>52</sup>.

Die meisten im täglichen Leben und im Handelsverkehr relevanten Rechtsgeschäfte sind indes als vertretungsfreundlich zu betrachten – das gilt namentlich für den Abschluss schuldrechtlicher Verträge<sup>53</sup>. Eine

---

<sup>50</sup> Vgl. z.B. Art. 90 Abs. 2 ZGB.

<sup>51</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1341; KOLLER, Guter Glaube, N 190; BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 32 – 40 N 76 ff.; vgl. auch DERNBURG, Preussisches Privatrecht, S. 216: «[...] z.B. wäre nicht möglich der Abschluss eines Eheverlöbnisses durch einen mit der Wahl des Verlobten betrauten Agenten [...]».

<sup>52</sup> Vgl. zur nachträglichen Genehmigung hinten S. 80 ff.

<sup>53</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, a.a.O.

Vertretung ist beispielsweise für den Kauf eines Autos oder den Abschluss eines Miet- oder Werkvertrages ohne weiteres möglich. Zu betonen ist aber, dass die direkte Stellvertretung nicht nur bei vertraglichen Verpflichtungs-, sondern auch bei anderen vertretungsfreundlichen Rechtsgeschäften zulässig ist, namentlich bei:

- Einseitigen Rechtsgeschäften wie Kündigungen, Ermächtigungen oder Auslobungen<sup>54</sup>;
- Verfügungsgeschäften wie Zessionen, Eigentumsübertragungen oder Pfandrechtsbestellungen<sup>55</sup>;
- Rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärungen wie Erhebung einer Mängelrüge – beispielsweise der kaufrechtlichen Mängelrüge gemäss Art. 201 OR.

### **3. Die Person des Vertreters**

#### **A) Erforderliche Eigenschaften des bürgerlichen Stellvertreters**

Als Vertreter kommen im Anwendungsbereich von Art. 32 ff. OR natürliche und juristische Person, aber auch Behörden in Frage<sup>56</sup>. Da die Rechtswirkungen bei der (mangelfreien) direkten Stellvertretung unmittelbar und direkt zwischen dem Vertretenen und dem Dritten entstehen – die Rechtssphäre des Vertreters vom abgeschlossenen Rechtsgeschäft demnach nicht berührt wird – braucht dieser nach herrschender Lehre lediglich urteilsfähig zu sein; Handlungsfähigkeit des Vertreters ist nicht erforderlich<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 129.

<sup>55</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 137.

<sup>56</sup> BK-ZÄCH, OR 32 N 128.

<sup>57</sup> Vgl. etwa SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 13 und 14; BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 21; BK-ZÄCH, OR 32 N 130 und OR 33 N 33; a.M. KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 65: Der Vertreter muss selber «vertragsfähig» sein.

Anders präsentiert sich die Situation bei der gesetzlichen Stellvertretung, bei welcher der Vertreter handlungsfähig bzw. mündig sein muss<sup>58</sup>.

In einem gewissen Widerspruch zum eben Dargelegten steht die Tatsache, dass der Verlust der Handlungsfähigkeit des Vertreters einen gesetzlichen Erlösungsgrund für die Vollmacht darstellt<sup>59</sup>. Allerdings kann dieser Erlösungsgrund nur bei Personen zur Anwendung gelangen, welche im Zeitpunkt ihrer Bevollmächtigung handlungsfähig waren und diese in der Folge verlieren. Damit fällt eine – aus Sicht des Vertretenen – relevante Eigenschaft in der Person des Vertreters nachträglich weg<sup>60</sup>. Ist die fragliche Person indes von Anfang an nur urteilsfähig, so führt dies zur Unbeachtlichkeit des genannten Erlösungsgrundes. Der eben erwähnte Widerspruch ist somit nur ein scheinbarer.

### **B) Abgrenzung zum Boten**

Ein aktiver Stellvertreter gibt eine eigene Willenserklärung anstelle des Vertretenen ab<sup>61</sup>, während der Übermittlungsbote eine fremde Willenserklärung lediglich überbringt, ohne bezüglich Ausgestaltung dieser Willenserklärung einen Spielraum zu haben. Bildhaft ausgedrückt macht es keinen Unterschied, ob sich der Geschäftsherr eines menschlichen Boten oder beispielsweise des Telefons bedient<sup>62</sup>. Für ihn ist allein entscheidend, dass er ein Übermittlungsmedium für seine fertige Willenserklärung hat.

Auf der anderen Seite nimmt ein passiver Stellvertreter die Willenserklärung des Dritten anstelle des Vertretenen in dessen Namen an, während der Empfangsbote die Erklärung des Dritten zur blossen Weiterleitung entgegennimmt.

In einem praktischen Fall kann diese theoretisch ohne weiteres einleuchtende Abgrenzung beträchtliche Schwierigkeiten bereiten, insbesondere

---

<sup>58</sup> Vgl. SCHWENZER, OR-AT, Rz. 41.02.

<sup>59</sup> Art. 35 OR; vgl. dazu hinten S. 75.

<sup>60</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 189; BK-ZÄCH, OR 32 N 130.

<sup>61</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zur Repräsentationstheorie vorne S. 14 f.

<sup>62</sup> Vgl. auch CR CO I-CHAPPUIS, art. 32 N 5.

jene zwischen Empfangsboten und passivem Stellvertreter<sup>63</sup>. Die Unterscheidung spielt insbesondere für die Frage eine Rolle, in welchem Zeitpunkt eine Willenserklärung des Dritten beim Geschäftsherrn als zugegangen<sup>64</sup> gilt und somit ein allfälliger Vertrag zur Perfektion gelangt. Die einem zur Entgegennahme ermächtigten passiven Stellvertreter zugegangene Willenserklärung gilt in diesem Moment auch dem Vertretenen als zugegangen, während nach vorliegend vertretener Auffassung bei einem Empfangsboten erst die Übermittlung der entgegengenommenen Erklärung an den Geschäftsherrn – und nicht bereits die Kenntnisnahme seitens des Boten – «Zugang» bedeutet<sup>65</sup>.

Da ein Bote lediglich «fertige» Willenserklärungen überbringt bzw. zur Weiterleitung entgegennimmt, muss er im Gegensatz zum direkten Stellvertreter nicht einmal urteilsfähig sein<sup>66</sup>. Dies ist ohne weiteres nachvollziehbar, wenn man sich vor Augen führt, dass der Bote lediglich als Übertragungsmedium fungiert; es sei hier auf den vorne erwähnten Vergleich zwischen Telefon und Boten verwiesen.

Im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB ist nun von entscheidender Bedeutung, dass der Bote nicht aufgrund einer Ermächtigung eine eigene Willenserklärung abgibt oder annimmt; er somit kein direkter Stellvertreter ist. Ein «Missbrauch der Vertretungsmacht» ist hier per definitionem gar nicht möglich. Es sei bereits an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass damit der Bote als möglicher Täter des Art. 158 Ziff. 2 StGB ausscheidet<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Ebenso BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 32 – 40 N 17.

<sup>64</sup> Vgl. zum Begriff des «Zugangs» bzw. zum Zugangsprinzip hinten S. 43.

<sup>65</sup> BUCHER, OR-AT, S. 599; a.M. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 203; vermittelnd BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 32 – 40 N 21, der Zugang dann annimmt, «wenn die Übermittlung an den Geschäftsherrn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwartet werden kann».

<sup>66</sup> HUGUENIN, OR-AT, N 1080 m.w.H.; BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 32 – 40 N 19.

<sup>67</sup> Vgl. zum möglichen Täterkreis des als echtes Sonderdelikt ausgestalteten Art. 158 Ziff. 2 StGB hinten S. 161.

### C) Abgrenzung zur Hilfsperson

Wer bei der Ausführung reiner Tathandlungen von einer anderen Person unterstützt wird, oder diese gar an eigener Stelle tätig werden lässt, zieht eine Hilfsperson oder einen Substituten bei. Nach vorliegend vertretener Auffassung ist ein direkter Stellvertreter keine Hilfsperson, für deren Handeln der Vertretene aufgrund von Art. 101 OR eintreten müsste. Der Grund ist im Wesentlichen darin zu sehen, dass der Stellvertreter ausschliesslich rechtsgeschäftlich handelt, eine Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR aber tatsächlich<sup>68</sup>. Diese Abgrenzung ist im Hinblick auf Haftungsfragen bei vollmachtslosem Vertreterhandeln von Bedeutung und wird im Zusammenhang mit diesem Problemkreis nochmals aufgegriffen<sup>69</sup>.

## 4. Die Person des Vertretenen

Bei der gewillkürten direkten Stellvertretung muss der Vertretene handlungsfähig sein<sup>70</sup>, da das durch den Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft unmittelbar und direkt zwischen ersterem und dem Dritten zustande kommt. Immerhin vermögen urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen einen Stellvertreter für die Vornahme vertretungsfreundlicher Geschäfte i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB zu bevollmächtigen, etwa für die Annahme einer Schenkung<sup>71</sup>. Bei Geschäften nach Art. 19 Abs. 1 ZGB können sich die genannten Personen ebenfalls vertreten lassen, allerdings ist hier die Bevollmächtigungserklärung ohne Zustimmung ihres eigenen gesetzlichen Vertreters<sup>72</sup> nicht rechtsgültig.

In der Lehre wird auch die Meinung vertreten, die Person des Vertretenen müsse lediglich rechtsfähig i.S.v. Art. 11 ZGB sein<sup>73</sup>. Das genügt zwei-

---

<sup>68</sup> HUGUENIN, OR-AT, N 1131; BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 32 – 40 N 15 und DERS., Art. 39 N 73; vgl. auch LABAND, ZHR 10 (1866), S. 188, 189; a.M. BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 8; DERS., Missbrauch, N 46 ff.

<sup>69</sup> Vgl. dazu hinten S. 148 ff.

<sup>70</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 21; BK-ZÄCH, OR 32 N 137.

<sup>71</sup> Vgl. dazu aber auch Art. 241 Abs. 2 OR.

<sup>72</sup> BK-ZÄCH, OR 32 N 138.

<sup>73</sup> SCHWENZER, OR-AT, Rz. 41.10; VON TUHR, AT, S. 314 und 317.

felsohne bei gewissen Formen der gesetzlichen Vertretung. Beispielsweise können Eltern gemäss Art. 304 ZGB als direkte Vertreter mit Wirkung für ihre urteilsunfähigen Kleinkinder Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen. Die Aussage, der Vertretene brauche nur rechtsfähig zu sein, vermag aber im Anwendungsbereich der gewillkürten Stellvertretung aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

- Abgesehen von den in Art. 19 Abs. 2 ZGB genannten Konstellationen können nur Handlungsfähige einer anderen Person selbständig – d.h. ohne Zustimmung ihres eigenen gesetzlichen Vertreters – eine rechtsgültige Vollmacht erteilen; Urteilsunfähige vermögen gemäss Art. 18 ZGB überhaupt keine Rechtswirkungen zu erzeugen; die von einer urteilsunfähigen Person erteilte Ermächtigung ist somit *nichtig*.
- Überdies muss auch für den Eintritt von Vertretungswirkung die Handlungsfähigkeit des Vertretenen vorausgesetzt sein. Würde dieser nämlich selber rechtsgeschäftlich tätig, wäre seine Handlungsfähigkeit ohne Zweifel notwendig; bedient er sich eines direkten Stellvertreters kann m.E. nichts anderes gelten.

Aufgrund dieser Überlegungen ist daher zu fordern, dass der Vertretene bei der direkten Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR handlungsfähig ist. Urteilsfähige Unmündige können immerhin im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB einen gewillkürten Vertreter bestellen und sich insoweit vertreten lassen.

## 5. Handeln in fremdem Namen

Im Sinne einer einfacheren Darstellung wird bei den Erläuterungen im folgenden Abschnitt stets vorausgesetzt, dass Vertretungsmacht im für das fragliche Geschäft notwendigen Umfang vorliegt.

### A) Grundsatz: Offenlegung der Vertretungssituation

Wie das deutsche BGB<sup>74</sup> und das österreichische ABGB<sup>75</sup> geht auch das OR im Stellvertretungsrecht vom sog. «Offenheitsgrundsatz» aus. Gemäss Art. 32 Abs. 1 OR ist für den Eintritt der Vertretungswirkung grundsätzlich vorausgesetzt, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt und damit die Vertretungssituation offen legt<sup>76</sup>. Der Dritte soll erkennen können, ob sein Verhandlungspartner ein Fremd- oder ein Eigengeschäft abschliessen will, wobei unter Fremdgeschäft die Vornahme einer Rechtshandlung für eine andere Person zu verstehen ist, unter Eigengeschäft die Vornahme einer solchen für den Handelnden selber. Beispielsweise dürfte sich ein Verkäufer für die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft, und damit für die Person des Käufers immer dann interessieren, wenn zwar der Kaufgegenstand sofort übergeben, der Kaufpreis aber erst später bezahlt werden soll, wenn also ein sog. Kredit- oder Postnumerandokauf in Frage steht<sup>77</sup>.

Handelt ein Vertreter in eigenem Namen, so treten grundsätzlich keine Vertretungswirkungen ein. Das Geschäft kommt in dieser Konstellation zwischen dem Dritten und dem Vertreter als Eigengeschäft zustande<sup>78</sup>, es sei denn, es wäre von einer noch darzulegenden «Gleichgültigkeit des Dritten» i.S.v. Art. 32 Abs. 2 a.E. OR auszugehen<sup>79</sup>.

Scharf zu unterscheiden ist die soeben dargelegte Konstellation von einem Handeln in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht. In diesem Fall tritt der Vertreter *keinesfalls* anstelle des Vertretenen in den Vertrag mit dem Dritten ein<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> § 164 Abs. 1 BGB; vgl. etwa Staudinger/SCHILKEN (2004) § 164 Rn 1.

<sup>75</sup> § 1002 ABGB; vgl. etwa BYDLINSKI P. in KBB, § 1002 N 14 ff.

<sup>76</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1328 und 1338; BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 16.

<sup>77</sup> Vgl. zum Kreditkauf etwa HONSELL, OR-BT, § 8 II. 1.

<sup>78</sup> Sofern der Vertreter kein Interesse am Rechtsgeschäft hat, wird er einen Erklärungsirrtum (Art. 23 und 24 Abs. 1 OR) geltend machen und sich auf die einseitige Unverbindlichkeit berufen können (vgl. Art. 31 OR).

<sup>79</sup> Vgl. dazu S. 28 f.

<sup>80</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 39 N 85. Zum Handeln in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht vgl. hinten S. 76 ff.



Ob ein Handeln in fremdem Namen vorliegt, beurteilt sich primär nach dem Vertrauensprinzip. Zu fragen ist folglich, ob der Dritte als sorgfältiger und korrekter Geschäftspartner aufgrund der Umstände und nach Treu und Glauben erkennen darf und muss, dass der Vertreter ein Fremdgeschäft abschliesst, also für einen anderen tätig ist.

Gemäss Art. 32 Abs. 2 OR muss der Vertreter im Moment des Vertragsschlusses ausdrücklich oder stillschweigend bekannt geben, dass er kein Eigen- sondern ein Fremdgeschäft abschliesst. Erfolgt die Erklärung zu einem späteren Zeitpunkt, ist von einem Eigengeschäft auszugehen<sup>81</sup>. Eine ausdrückliche Erklärung in fremdem Namen zu handeln liegt vor, wenn der Vertreter dies durch Worte oder Zeichen zum Ausdruck bringt und der erklärte Wille aus den verwendeten Worten oder Zeichen unmittelbar hervorgeht<sup>82</sup>. Versteht der Dritte die ausdrückliche Erklärung des Vertreters tatsächlich richtig, oder darf und muss er die Aussage nach Vertrauensprinzip als Kundgabe, in fremdem Namen zu handeln, verstehen, tritt Vertretungswirkung ein.

Stillschweigend ist demgegenüber jede Erklärung, die nicht ausdrücklich erfolgt; insbesondere, wenn sich der Erklärungsinhalt aus den Umständen ergibt<sup>83</sup>. Ob ein derartiges konkludentes Handeln in fremdem Namen vorliegt, beurteilt sich primär nach dem vorne erwähnten Vertrauensprinzip. Die eben geschilderte Situation liegt beispielsweise beim Verkaufspersonal in einem Warenhaus vor. Dieses erklärt in aller Regel nicht ausdrücklich, die Waren namens der das Kaufhaus betreibenden Person<sup>84</sup> zu verkaufen. Der Kunde und Käufer muss aber aus den Umständen auf das Vorliegen eines Fremdgeschäfts schliessen: Der Kaufvertrag soll nicht zwischen dem Kunden und dem Verkaufspersonal zustande kommen, sondern zwischen dem Kunden und der Person, welche das Kaufhaus betreibt; das Verkaufspersonal tritt lediglich als direkter Stellvertreter derselben in Erscheinung, wobei es in der Regel über eine Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR verfügt.

---

<sup>81</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1328; BK-ZÄCH, OR 32 N 54.

<sup>82</sup> Vgl. zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 180 und N 188.

<sup>83</sup> Vgl. Art. 32 Abs. 2 Halbsatz 2 OR.

<sup>84</sup> Dies kann nicht nur eine natürliche Person (Einzelkaufmann), sondern auch eine juristische Person sein, z.B. eine AG oder eine Genossenschaft (etwa die Migros).

## **B) Ausnahme: Gleichgültigkeit des Dritten**

In Abweichung vom Offenheitsgrundsatz kann ein Vertretungsgeschäft ausnahmsweise selbst dann zustande kommen, wenn der Vertreter mit Vertretungswille in eigenem Namen handelt<sup>85</sup>. Dabei tritt die sog. «Gleichgültigkeit des Dritten» an die Stelle der Voraussetzung des Handelns in fremdem Namen. Erforderlich ist aber, dass der Dritte bereit wäre, das Rechtsgeschäft auch mit dem Vertretenen abzuschliessen<sup>86</sup>, was bei Bargeschäften des täglichen Lebens zumeist der Fall sein dürfte. Insbesondere bei Kaufverträgen, die sofort Zug-um-Zug vollzogen werden, ist es dem Verkäufer in aller Regel gleichgültig, ob der Vertrag mit der «ihm gegenüberstehenden» Person oder mit einer anderen zustande kommt. Er hat bereits erhalten, was er will, nämlich den Kaufpreis. Mehr dürfte ihn nicht interessieren. Anders sieht die Situation bei Rechtsgeschäften aus, die nicht sofort vollzogen werden. Beim Kreditkauf etwa – bei welchem der Kaufgegenstand vor Bezahlung des Kaufpreises übergeben wird – interessiert sich der Verkäufer in der Regel sehr wohl dafür, wer nun sein Vertragspartner ist, und eine Gleichgültigkeit des Dritten dürfte zumeist nicht mehr anzunehmen sein.

Im Zusammenhang mit der Gleichgültigkeit des Dritten wird zusätzlich vorausgesetzt, dass der bevollmächtigte Vertreter mit tatsächlichem Vertretungswillen in eigenem Namen auftritt<sup>87</sup>.

Die Frage nach einem tatsächlichen oder inneren Vertretungswillen spielt allerdings einzig in dieser speziellen Konstellation eine Rolle. Liegt demgegenüber ein ausdrückliches oder konkludentes Handeln in fremdem Namen vor, genügt es nach zutreffender Ansicht, dass der Dritte nach Vertrauensprinzip auf das Vorliegen eines Fremdgeschäfts und damit auch auf

---

<sup>85</sup> Art. 32 Abs. 2 a.E. OR. Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1333; HUGUENIN, OR-AT, N 1101; KOLLER, OR-AT I, § 16 N 24 ff.; BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 20; a.M. BUCHER, OR-AT, S. 622 f. und VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 19.

<sup>86</sup> *Nicht nötig* ist es, dass er bereit wäre, das Rechtsgeschäft mit *einem beliebigen Dritten* abzuschliessen.

<sup>87</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1335; vgl. auch den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 4. a).

das Vorhandensein eines entsprechenden Vertretungswillens schliessen darf und muss. Ob der Vertreter zudem tatsächlich einen inneren Vertretungswillen hat oder nicht, ist in diesem Fall irrelevant<sup>88</sup>. Im Gegensatz zum eben Dargelegten hat das Bundesgericht aber in mehreren Entscheiden das Vorliegen eines inneren Vertretungswillens verlangt<sup>89</sup>. Dazu gilt es zu bemerken, dass stets nur von äusseren Umständen auf innere geschlossen werden kann, weshalb der Frage nach dem Vorhandensein eines tatsächlichen inneren Vertretungswillens keine grosse Bedeutung beizumessen ist.

Von der eben dargelegten Gleichgültigkeit des Dritten sind im Folgenden das «Handeln für wen es angeht» und das «Handeln unter falschem Namen» abzugrenzen.

### **C) Handeln für wen es angeht und Handeln auch im eigenen Namen**

Beim Handeln für wen es angeht gibt der Vertreter beim Vertragsschluss zwar ausdrücklich oder stillschweigend bekannt, dass er kein Eigen- sondern ein Fremdgeschäft abschliesst; er benennt aber den Vertretenen nicht namentlich<sup>90</sup>. Möglich ist, dass er einen solchen zuerst suchen muss. Denkbar ist aber auch, dass er ihn – aus welchen Gründen auch immer – erst zu einem späteren Zeitpunkt benennen möchte. Kann der Vertreter keinen Namen nennen, z.B. weil er keinen «Vertretenen» findet, kommen die Regeln über die vollmachtslose Stellvertretung<sup>91</sup> zur Anwendung.

Es ist durchaus möglich, dass jemand sowohl im eigenen als auch in fremdem Namen handelt<sup>92</sup>, also gleichzeitig ein Eigen- wie auch ein Fremdge-

---

<sup>88</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1335; SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 14; WATTER, Missbrauch, N 19 Fn 34.

<sup>89</sup> BGE 88 II 350, Erw. 1.e); BGE 126 III 59 Erw. 1.b) = Pr 89 [2000], Nr. 117.

<sup>90</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1332; KOLLER, Guter Glaube, N 193; BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 19. Vgl. ferner HONSELL, OR-BT, § 27 III. 2., der aber die klare Trennung zwischen einem Handeln für wen es angeht und der Gleichgültigkeit des Dritten m.E. nicht eindeutig vollzieht.

<sup>91</sup> Art. 38 und 39 OR; vgl. dazu hinten S. 76 ff. und S. 134 ff.

<sup>92</sup> Vgl. dazu Art. 543 Abs. 2 OR (einfache Gesellschaft) und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1437.

schäft abschliesst. In derartigen Konstellationen kommt das fragliche Rechtsgeschäft in der Person des Vertreters und in jener des oder der Vertretenen zustande.

### **D) Abgrenzung: Handeln unter falschem Namen**

Der unter falschem Namen Auftretende schliesst grundsätzlich ein Eigengeschäft ab, da er nicht *in* fremdem Namen und damit nicht für einen anderen handelt<sup>93</sup>. Allerdings gibt er sich als eine andere Person aus, verheimlicht damit seine wahre Identität. Unproblematisch ist dies, wenn es dem Dritten gleichgültig ist<sup>94</sup>, mit wem er das fragliche Rechtsgeschäft abschliesst. In dieser Konstellation kommt der Vertrag mit dem unter falschem Namen Auftretenden als Eigengeschäft zustande. Zu denken ist beispielsweise an eine Person, die unter falschem Namen in ein Hotel eincheckt und sogleich bezahlt.

Muss und darf der Dritte demgegenüber nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr von einem Handeln *in* fremdem Namen ausgehen, so ist nicht mehr von einem Eigen-, sondern von einem Fremdgeschäft auszugehen, welches – da hier regelmässig keine Ermächtigung vorliegen dürfte – nach den Grundsätzen der vollmachten Stellvertretung zu beurteilen ist<sup>95</sup>.

## **6. Handeln mit Vertretungsmacht**

In Umsetzung des Grundsatzes der Privatautonomie bzw. des voluntaristischen Prinzips<sup>96</sup> darf es nicht möglich sein, dass eine handlungsfähige Person gegen ihren Willen durch eine andere Person rechtsgeschäftlich verpflichtet wird. Aus diesem Grund ist bei der direkten bürgerlichen Stellvertretung für den Eintritt von Vertretungswirkung grundsätzlich vor-

---

<sup>93</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 194; BGE 120 II 197, Erw. 2.b).

<sup>94</sup> Von der vorne (S. 28 f.) dargestellten Konstellation der «Gleichgültigkeit des Dritten» unterscheidet sich die hier vorliegende dadurch, dass auf Seiten des Handelnden weder eine Ermächtigung noch ein Vertretungswille gegeben ist.

<sup>95</sup> Vgl. dazu hinten S. 76 ff.

<sup>96</sup> BUCHER, OR-AT, S. 595.

ausgesetzt, dass der Vertretene dem Vertreter vorgängig<sup>97</sup> eine Ermächtigung für den Abschluss der fraglichen Geschäfte erteilt, letzterer also im Ergebnis mit Vertretungsmacht handelt<sup>98</sup>. Es entspricht in diesen Fällen dem Willen des Vertretenen, durch eine andere Person rechtsgeschäftlich verpflichtet und/oder berechtigt zu werden. In bestimmten Konstellationen kann das Interesse des Verkehrsschutzes indes derart überwiegen, dass eine Vertretungswirkung auch gegen den Willen des Vertretenen eintritt – darauf wird noch eingehend zurückzukommen sein<sup>99</sup>. Zu erwähnen bleibt an dieser Stelle, dass eine Vollmacht nach zutreffender Ansicht kein subjektives Recht des Vertreters darstellt, sondern diesen dazu *legitimiert*, Rechtswirkungen für einen anderen – den Vertretenen – zu bewirken<sup>100</sup>.

Charakteristisches Wesensmerkmal der direkten Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR ist, dass dem Vertreter diese Macht vom Vertretenen rechtsgeschäftlich eingeräumt wird, darum auch der Name gewillkürte Stellvertretung. Eine derart erteilte Vertretungsmacht wird allgemein als Vollmacht<sup>101</sup>, der dazu führende Vorgang als Bevollmächtigung und der Vertretene folgerichtig als Vollmachtgeber bezeichnet. Materiell bedeuten Ermächtigung, Vollmacht und Vertretungsmacht dasselbe, wobei aber mit Vollmacht nur die rechtsgeschäftlich eingeräumte gemeint ist.

Die bisher behandelten vier Voraussetzungen für den Eintritt von Vertretungswirkung – vertretungsfreundliches Rechtsgeschäft, Urteilsfähigkeit des Vertreters, Handlungsfähigkeit des Vertretenen, Handeln in fremdem Namen – sind in der Lehre kaum umstritten und bergen eher wenig Konfliktpotenzial. Auf die wenigen problematischen Punkte wurde hingewie-

---

<sup>97</sup> Im Ergebnis wird der vorgängigen Ermächtigung die *nachträgliche Genehmigung* i.S.v. Art. 38 OR gleichgestellt. Vgl. dazu hinten S. 80 ff.

<sup>98</sup> Vgl. beispielsweise den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 3. März 2004, BZ.2003.91. Derselbe Sachverhalt liegt dem nicht publizierten Entscheid des BGer vom 20. August 2004, 4C.154/2004, zugrunde.

<sup>99</sup> Vgl. dazu hinten S. 90 ff.

<sup>100</sup> So BK-ZÄCH, OR 33 N 29 m.w.H.; a.M. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1320 und BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 15: Vollmacht als subjektives Recht.

<sup>101</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 4; VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 40; VON TUHR/PETER, AT, S. 288; vgl. auch Art. 34 Abs. 3 oder Art. 37 Abs. 1 OR. Im deutschen Recht wird diese Bezeichnung ausdrücklich in § 166 Abs. 2 BGB verwendet.

sen, sie betreffen die Frage nach der Handlungsfähigkeit des Vertretenen, sowie Fragen im Zusammenhang mit der Konstruktion der «Gleichgültigkeit des Dritten». Ganz anders präsentiert sich die Situation bei der hier interessierenden fünften Voraussetzung, dem Handeln mit Vertretungsmacht. Insbesondere zur Problematik des «Missbrauchs der Vertretungsmacht» besteht eine grosse, in Deutschland nurmehr schwer überblickbare Fülle an Literatur<sup>102</sup>.

Viele der bezüglich Vertretungsmacht kontrovers diskutierten Probleme hängen mit der Frage zusammen, wie sich Vollmacht und das sog. «Grundverhältnis»<sup>103</sup> – beispielsweise ein zwischen Vertretenem und Vertreter bestehender Auftrag – zueinander verhalten. Mit anderen Worten geht es um die Frage, in welchem Umfang die heute im Grundsatz unbestrittene Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis verstanden werden soll. Damit verbunden ist auch die Problematik der Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und -macht.

Mit Blick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB wird das Thema der Abstraktheit der Vollmacht im Folgenden eingehend behandelt.

## **II. Zur Abstraktheit der Vollmacht**

### **1. Definitionen**

Wie bereits erwähnt, wird das Verständnis des Stellvertretungsrechts durch eine uneinheitliche Begriffsverwendung erschwert<sup>104</sup>. Dies wird gerade im vorliegend zu behandelnden Kapitel deutlich, weshalb zunächst eine Beschäftigung mit den massgeblichen Definitionen angezeigt erscheint.

---

<sup>102</sup> Vgl. dazu etwa BYDLINSKI P., FS Franz Bydlinski, S. 21.

<sup>103</sup> Vgl. zum Grundverhältnis sogleich hinten S. 33.

<sup>104</sup> Vgl. dazu vorne S. 15 ff.

### A) Grund-, Innen- und Aussenverhältnis

Als Grundverhältnis oder -geschäft wird ein zwischen Vollmachtgeber und Vertreter bestehender vollmachtsbegleitender Vertrag bezeichnet<sup>105</sup>. Dabei kann es sich insbesondere um einen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR<sup>106</sup>, einen Arbeitsvertrag i.S.v. Art. 319 ff. OR oder einen Gesellschaftsvertrag i.S.v. Art. 530 ff. OR handeln. Denkbar ist überdies, dass eine Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 419 ff. OR vorliegt oder aber gar kein Grundverhältnis, wobei alsdann von einer sog. «isolierten Vollmacht» gesprochen wird<sup>107</sup>.

Das Innenverhältnis<sup>108</sup> umfasst die zwischen Vollmachtgeber und Vertreter bestehenden Beziehungen. Dazu gehören neben dem Grundverhältnis auch sog. «Weisungen» bzw. «Instruktionen» des Vollmachtgebers an den Vertreter<sup>109</sup>.

Während zum Teil das Innen- mit dem Grundverhältnis gleichgesetzt wird<sup>110</sup>, ist nach vorliegend vertretener Ansicht auch die an den Vertreter gerichtete Bevollmächtigung<sup>111</sup> zum Innenverhältnis zu zählen; dieses beinhaltet somit sämtliche zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bestehenden rechtlichen Beziehungen, welche mit einem bestimmten Stellvertretungsgeschäft einen Zusammenhang haben. Zum Zwecke der einfacheren Verständlichkeit wird im Folgenden von Innenverhältnis i.e.S. die Rede sein, wenn nur das Grundverhältnis inklusive Weisungen gemeint ist. Das Innenverhältnis i.w.S. erfasst dann nebst dem Grundverhältnis und den Weisungen zusätzlich auch die Bevollmächtigung bzw. die Vollmacht.

---

<sup>105</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1351; SCHNURRENBERGER, S. 43; BK-ZÄCH, OR 32 N 163.

<sup>106</sup> Vgl. BGE 132 III 222, Erw. 2.2.: «Der Vollmacht liegt meist ein Auftragsverhältnis zugrunde».

<sup>107</sup> Vgl. dazu hinten S. 39.

<sup>108</sup> Ausführlich BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 3 ff.

<sup>109</sup> BK-ZÄCH, OR 32 N 162; ebenso für das deutsche Recht Erman/PALM, 11. Aufl., § 167 Rz. 46.

<sup>110</sup> Vgl. insbesondere BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 27.

<sup>111</sup> SCHNURRENBERGER, S. 46.

Wo ein Innenverhältnis besteht, ist normalerweise auch ein Aussenverhältnis zu erwarten. Während ersteres – wie eben gesehen – die Beziehungen zwischen Vollmachtgeber und Vertreter betrifft, wird mit dem Aussenverhältnis die durch das Handeln des Vertreters begründete Rechtsbeziehung zwischen Vollmachtgeber und dem Dritten bezeichnet<sup>112</sup>.

### **B) Weisungen**

Einer eingehenden Betrachtung bedürfen die bereits erwähnten Weisungen. Dieser Begriff ist insbesondere im Arbeitsrecht von Bedeutung<sup>113</sup>. In diesem Rechtsgebiet werden darunter *einseitige* Anordnungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer verstanden, welche die im Arbeitsvertrag nicht bis ins letzte Detail festgelegten Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers konkretisieren, insbesondere bezüglich Ausführung einer bestimmten Arbeit. Weisungen können dabei individuell-konkret oder aber auch generell-abstrakt erteilt werden. Individuell-konkrete Weisungen richten sich an einen bestimmten Adressaten und regeln einen bestimmten Einzelfall; generell-abstrakte Weisungen richten sich an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten und regeln auch eine unbestimmte Vielzahl von Fällen.

Im Stellvertretungsrecht stellen Weisungen ebenfalls einseitige Anordnungen dar, und zwar solche des Vertretenen an den Vertreter. Auch hierbei geht es insbesondere darum, die Ausführung des fraglichen Geschäftes verbindlich zu konkretisieren, da die Bevollmächtigung bzw. das Grundverhältnis sehr oft nicht alle Details bezüglich Ausführung eines Vertretergeschäftes regeln<sup>114</sup>.

Weisungen bewirken grundsätzlich keine Modifikation des Grundverhältnisses im Sinne einer Vertragsänderung, da sie per definitionem *einseitige* Anordnungen darstellen. Für eine (inhaltliche) Änderung des Grundverhältnisses wäre nämlich ein Konsens zwischen Vertretenem und Vertreter notwendig. Im Einzelfall ist indes abzuklären, ob es sich

---

<sup>112</sup> BK-ZÄCH, OR 32 N 148.

<sup>113</sup> Vgl. dort Art. 321d OR.

<sup>114</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 102 ff.



tatsächlich um eine Weisung des Vertretenen oder aber um einen Antrag zur Änderung des Grundverhältnisses handelt. Ist letzteres der Fall und nimmt der Vertreter die Offerte zur Vertragsänderung an, so ist von einem geänderten bzw. neu abgeschlossenen Grundverhältnis auszugehen und nicht von einer Weisung.

### **C) Interne und externe Vollmacht**

Bedingt durch § 167 Abs. 1 BGB findet sich im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen einer internen Vollmacht (Innenvollmacht), welche an den Vertreter gerichtet ist, und einer externen Vollmacht (Aus-senvollmacht), die Dritten gegenüber erklärt wird. Der eben erwähnte § 167 Abs. 1 BGB lautet wie folgt: *«Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll.»*

Auch in einem Teil der schweizerischen Literatur wird diese Unterscheidung vorgenommen<sup>115</sup>, obwohl eine dem § 167 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung im OR fehlt. Auf diese Thematik ist eingehend zurück-zukommen<sup>116</sup>.

## **2. Rechtsgeschichtlicher Überblick**

### **A) Die Entwicklung bis zur naturrechtlichen Mandatsvollmacht**

Die heute vorherrschende, wenn auch unterschiedlich interpretierte<sup>117</sup> Lehre von der Abstraktheit der Vollmacht lässt sich m.E. wesentlich besser nachvollziehen, wenn die Entwicklung bekannt ist, die zu besagter Theorie geführt hat. Diese ging vom römisch-rechtlichen «alteri stipulari nemo potest» über die naturrechtlichen Institute des Vollmachtauftrages bzw. der Mandatsvollmacht bis zur berühmt gewordenen Theorie

---

<sup>115</sup> Insbesondere bei BUCHER, OR-AT, S. 602.

<sup>116</sup> Vgl. dazu hinten S. 44 ff.

<sup>117</sup> Vgl. die Nachweise bei KOZIOL, FS Rey, S. 427/428.

LABANDS, auf welcher unser heutiges Stellvertretungsrecht weitgehend basiert.

Zur Darlegung der naturrechtlichen Mandatsvollmacht wird im Folgenden die Regelung des Allgemeinen Preussischen Landrechtes herangezogen, nicht jene des ebenfalls naturrechtlichen ABGB, da in Österreich heute der Lehre von der Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis gefolgt wird.

Das Römische Recht kennt wohl die indirekte, nicht aber die direkte Stellvertretung in der heutigen Form<sup>118</sup>. Um den Bedürfnissen des Handelsverkehrs gerecht zu werden, entwickelten sich allerdings Rechtsinstitute, die zumindest im Ergebnis der heutigen direkten Stellvertretung ähnlich sind<sup>119</sup>.

Auch dem älteren deutschen Recht ist die direkte Stellvertretung und damit die Vollmacht im heutigen Sinn noch unbekannt<sup>120</sup>. Bedingt durch den seit dem 13. Jahrhundert stärker aufkommenden Handelsverkehr wuchs indes das Interesse nach der Möglichkeit eines rechtsgeschäftlichen Handelns mit unmittelbarer, direkter Wirkung für einen anderen. Im Sachsenspiegel (um 1230) wird bereits erwähnt, dass sich ein Volljähriger im Krankheitsfall vertreten lassen könne. Es ist denkbar, dass damit eine direkte Stellvertretung im heutigen Sinn gemeint war.

Im Naturrecht des 17. Jahrhunderts – und als Folge davon in den naturrechtlichen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts<sup>121</sup> – setzt sich

---

<sup>118</sup> Es gilt vielmehr der Grundsatz: «alteri stipulari nemo potest» – «niemand kann sich für einen anderen etwas versprechen lassen»; vgl. Ulpian D. 45,1,38,17.

<sup>119</sup> Für Einzelheiten sei auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen. Vgl. etwa HONSELL, Römisches Recht, § 10 I; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, Römisches Recht, § 49; sowie HKK/SCHMOECKEL, §§ 164-181, Rn. 3.

<sup>120</sup> BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 17; DERNBURG, Bürgerliches Recht, S. 467. Interessant ist, dass das *kanonische Recht* die direkte Stellvertretung bereits wesentlich früher als das weltliche Recht anerkannte; vgl. die Nachweise bei BUCHKA, S. 145; BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, a.a.O.; DERNBURG, S. 468; Staudinger/SCHILKEN (2004) Vorbem zu §§ 164 ff Rn 7 sowie im HKK/SCHMOECKEL, §§ 164-181, Rn. 3.

<sup>121</sup> ALR, ABGB, CCfr. Gemäss HKK/SCHMOECKEL, §§ 164-181, Rn. 2 handelt es sich beim Begriff «Vertretung» um eine Schöpfung des 19. Jahrhunderts.

dann die Konstruktion des Vollmächtauftrages bzw. der Mandatsvollmacht durch. Das Allgemeine Preussische Landrecht (ALR) von 1794 anerkennt ein Handeln mit direkter Wirkung für einen anderen<sup>122</sup>, unterscheidet aber nicht zwischen Vollmacht und Auftrag, sondern verwendet und versteht diese Begriffe synonym<sup>123</sup>. Obwohl der Einheit von Vollmacht und Auftrag verpflichtet, bemüht sich das ALR um einen Schutz des Dritten, mithin um einen gewissen Verkehrsschutz<sup>124</sup>. Hat nämlich der Auftraggeber einem Dritten schriftlich erklärt, dass er einen anderen bevollmächtigt habe, so ist der Auftraggeber verpflichtet, ein von diesem dem nämlichen Dritten gegenüber vorgenommenes Rechtsgeschäft zu genehmigen. So bestimmt es § 147 ALR I 13 in der für diese Kodifikation typischen, sprachlich eher schwerfälligen Art<sup>125</sup>.

Von der sog. «Mandatsvollmacht» gehen die beiden heute noch in Kraft stehenden naturrechtlichen Kodifikationen, das österreichische ABGB<sup>126</sup> und der französische Code Civile<sup>127</sup>, immer noch aus, allerdings nur noch dem Buchstaben nach. In Österreich haben nämlich Rechtsprechung und Lehre die Einheit von Auftrag und Vollmacht zugunsten eines verstärkten Dritt- und Verkehrsschutzes aufgegeben<sup>128</sup>; die Abstraktheit der Vertretungsmacht vom Grundverhältnis ist heute anerkannt, wobei sich das österreichische Stellvertretungsrecht eng an die Regelung des BGB anlehnt<sup>129</sup>. Auch die französische Lehre vertritt den Abstraktionsgrundsatz.

---

<sup>122</sup> Vgl. § 85 ALR I 13: «*Was der Bevollmächtigte, zufolge des erhaltenen Auftrags, mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber eben so, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre*».

<sup>123</sup> Vgl. § 5 ALR I 13: «*Die Willenserklärung, wodurch Einer einem Anderen das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn oder statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt*».

<sup>124</sup> Vgl. dazu S. 15 ff.

<sup>125</sup> Vgl. DERNBURG, Preussisches Privatrecht, S. 222 ff. Auch § 93 ALR I 13 schützt das Vertrauen des gutgläubigen Dritten.

<sup>126</sup> §§ 1002 ff. ABGB («Bevollmächtigungsvertrag»).

<sup>127</sup> Art. 1984 CCfr.

<sup>128</sup> KOZIOL, FS Rey, S. 427; WATTER, Missbrauch, N 9.

<sup>129</sup> BYDLINSKI P. in KBB, § 1002 N 4 und § 1017 N 2; KOZIOL/WELSER, Bürgerliches Recht I, S. 183 ff.

Zudem gilt für das Handelsrecht seit 1966 von Gesetzes wegen eine abstrakte Vollmacht<sup>130</sup>.

## **B) Konsequenz des Vollmachtsauftrages bzw. der Mandatsvollmacht**

Folge der naturrechtlichen Mandatsvollmacht ist, dass der Vertreter den Vertretenen grundsätzlich nur im Rahmen bzw. im Umfang des zwischen diesen zwei Parteien bestehenden Auftrages rechtsgeschäftlich zu verpflichten vermag. Die Interessen des Vertretenen werden somit bestmöglich, aus Sicht des Dritten aber auch ganz einseitig gewahrt, denn ersterer muss sich ein rechtsgeschäftliches Handeln des Vertreters, das ausserhalb des Auftrages liegt, im Prinzip nicht zurechnen lassen<sup>131</sup>.

Darin liegt aber auch die grosse Schwachstelle der Mandatsvollmacht, vermag sie doch den Interessen des Verkehrsschutzes, und damit insbesondere den Bedürfnissen des Handelsverkehrs, nicht genügend Rechnung zu tragen. Vor allem fehlt ein Schutz des gutgläubigen Dritten im heute anerkannten Ausmass. Nach OR darf sich ein gutgläubiger Dritter auf einen vom Vertretenen wie auch immer gesetzten Rechtsschein verlassen<sup>132</sup>. Demgegenüber gewährt das ALR nur bei schriftlicher, nicht aber bei mündlicher Vollmachtsgabe Vertrauensschutz.

Als weitere Konsequenz der Mandatsvollmacht kann der Vertretene einen anderen nur mittels eines Auftrages zu seinem direkten Stellvertreter bestellen. Eine «isolierte» Vollmacht, mithin eine ohne gleichzeitigen Auftrag, ist per definitionem nicht denkbar, handelt es sich doch um ein und dasselbe Rechtsgeschäft. Nicht nur inhaltlich, sondern auch was das Entstehen und Erlöschen der Vollmacht betrifft, ist diese somit untrennbar mit dem Auftrag verknüpft.

---

<sup>130</sup> Vgl. FERID/SONNENBERGER, *Französisches Zivilrecht*, 1 F 1001 ff; Staudinger/SCHILKEN (2004) Vorbem zu §§ 164 ff Rn 102 sowie WATTER, *Missbrauch*, N 10.

<sup>131</sup> Vgl. etwa § 90 ALR I 13.

<sup>132</sup> Vgl. dazu hinten S. 92 ff.

### C) Weitere Entwicklung: Die Abstraktheit der Vollmacht

Eine im Interesse des Handelsverkehrs erwünschte Verstärkung des Verkehrsschutzes konnte durch die gedankliche Abspaltung der Vollmacht vom Auftrag – bzw. vom Grundverhältnis im Allgemeinen – erreicht werden.

Als Väter dieses Ansatzes gelten die deutschen Juristen VON JHERING<sup>133</sup> und vor allem LABAND. Letzterer legte 1866 in einem berühmt gewordenen Aufsatz dar<sup>134</sup>, dass es gar nicht notwendigerweise eines Auftrages zwischen Vertretenem und Vertreter bedürfe, dass die Vollmacht vielmehr auch isoliert vorkommen könne und damit nicht nur den äusseren Teil eines Auftrages<sup>135</sup>, sondern ein eigenes, selbständiges Rechtsgeschäft darstelle. Eine zentrale Aussage in seiner Abhandlung lautet: «*Allein man muss sich klar werden, dass Auftrag und Vollmacht nur zufällig, nicht nothwendig zusammentreffen.*»<sup>136</sup>

Diese Ansicht erlaubt es zweifelsohne, die Interessen des Dritten besser zu wahren, als es mit der naturrechtlichen Mandatsvollmacht möglich ist. Insbesondere muss sich der Dritte um das zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende Grundverhältnis nicht mehr kümmern, und der Vertretene kann ihm gegenüber vor allem auch keine Einreden daraus entgegenhalten. Entscheidend für den Eintritt der Vertretungswirkung ist allein die Vollmacht, das rechtliche Können des Vertreters.

Zu beachten ist aber, dass jede Verbesserung des Verkehrsschutzes nur zu Lasten des Vertretenen, und damit auf Kosten der Privatautonomie erreicht werden kann<sup>137</sup>. LABAND führt im erwähnten Aufsatz ein Beispiel an, welches diese Aussage untermauert<sup>138</sup>:

---

<sup>133</sup> Vgl. BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 18 mit Verweis auf JHERINGS Jahrbücher Bd I S. 312/13.

<sup>134</sup> Vgl. ZHR 10 (1866), S. 183 ff.

<sup>135</sup> So noch WINDSCHEID, Pandekten I § 74 Note 1; vgl. auch BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 18 und BK-FELLMANN, OR 396 N 15 ff.

<sup>136</sup> ZHR 10 (1866), S. 183 ff., S. 203, 204.

<sup>137</sup> Vgl. zu den gegensätzlichen Interessen bereits die Ausführungen vorne S. 15 ff.

<sup>138</sup> ZHR 10 (1866), S. 230, 231.

### Fallbeispiel 1 – «Pferd»:

Wenn A dem B Vollmacht erteilt, in seinem Namen dem C ein Pferd abzukaufen, ihn aber zugleich beauftragt, nicht mehr als 100 Rthlr. zu bewilligen und nur einen Schimmel zu kaufen, so handelt B als befugter Stellvertreter, wenn er auch dem C einen Rappen für 200 Rthlr. abkauft: d.h. das Geschäft ist zwischen A und dem C rechtsverbindlich; C hat die *actio venditi* gegen A; A aber kann mit der *actio mandati* von B Schadenersatz verlangen.

An diesem Beispiel ist insbesondere bemerkenswert, dass der Frage, ob der Dritte gut- oder bösgläubig ist, keinerlei Bedeutung beigemessen wird<sup>139</sup>.

Das schweizerische Obligationenrecht, und in wohl noch grösserem Ausmass das deutsche BGB, sind von der Theorie LABANDS stark beeinflusst. Die Vollmacht wird als eigenständiges, von einem allfälligen Grundgeschäft unabhängiges und damit abstraktes Rechtsgeschäft verstanden. Das kommt augenfällig bereits darin zum Ausdruck, dass sich die Vorschriften über die Stellvertretung im Allgemeinen Teil befinden<sup>140</sup>, während die als Grundverhältnisse im Vordergrund stehenden Verträge – also Auftrag, Arbeitsvertrag oder Gesellschaftsvertrag – ihre gesetzliche Regelung jeweils im Besonderen Teil der Kodifikationen gefunden haben.

Von einer Ausnahme abgesehen<sup>141</sup> wird die Ansicht, dass Vollmacht und Grundverhältnis gemäss OR eine vollkommene Einheit bilden würden, heute in der Schweiz nicht mehr vertreten. Im Übrigen war bereits das OR von 1881 von der Abstraktheitstheorie beeinflusst<sup>142</sup>.

Mit MÜLLER-FREIENFELS lässt sich festhalten, dass das von LABAND und VON JHERING entwickelte Dogma von der Abstraktheit der Vollmacht einen «*beispiellosen Siegeslauf in den Gesetzgebungen angetreten*» hat<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Vgl. MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 76.

<sup>140</sup> Vgl. Art. 32 – 40 OR; §§ 164 – 181 BGB.

<sup>141</sup> BK-GAUTSCHI, OR 396 N 11a ff. Dieser Autor *verneint* die Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis *ganz grundsätzlich*.

<sup>142</sup> Vgl. dazu BK-FELLMANN, OR 396 N 15 und THALMESSINGER, S. 5.

<sup>143</sup> MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 2.

## D) **Stellungnahme**

Das Dogma<sup>144</sup> von der Abstraktheit der Vollmacht – verstanden als grundsätzlich vollständige Trennung derselben von einem allfälligen Grundverhältnis – hat gegenüber der naturrechtlichen Mandatsvollmacht grosse Vorteile gebracht. Insbesondere sind die beiden Ebenen, was die Voraussetzungen des Entstehens und Erlöschens anbelangen, voneinander unabhängig. Ein Zurückgehen zur naturrechtlichen Mandatsvollmacht wäre diesbezüglich ein klarer Rückschritt.

Abzuklären ist aber, in welchem Ausmass die Unabhängigkeit der Vollmacht vom Grundgeschäft gelten soll, namentlich was deren Umfang betrifft. Es ist mithin zu prüfen, inwieweit ein Festhalten an der Abstraktheit diesbezüglich Sinn macht bzw. mit dem Vertrauensprinzip überhaupt vereinbar ist. Die folgenden Ausführungen sind diesem Problem gewidmet und sollen vor allem aufzeigen, ob die Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und *-macht* auch im schweizerischen Recht ihre Berechtigung hat.

## 3. **Abstraktheit der Vollmacht im Entstehen**

### A) **Unabhängigkeit der Bevollmächtigungserklärung**

Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass der Vertretene seinem Vertreter eine Vollmacht erteilen kann, ohne dass zwischen diesen beiden Parteien ein vertragliches Grundverhältnis besteht oder ein solches durch die Bevollmächtigungserklärung notwendigerweise neu entsteht<sup>145</sup>.

Eine Vollmacht wird zwar praktisch sehr oft nicht isoliert vorkommen, sondern beispielsweise mit einem Auftrags- oder Arbeitsverhältnis zusammenhängen<sup>146</sup>. Entscheidend ist aber, dass diese beiden Ebenen – was ihre Entstehung betrifft – voneinander unabhängig sind. Das ergibt sich bereits

---

<sup>144</sup> So MÜLLER-FREIENFELS, a.a.O.

<sup>145</sup> BK-FELLMANN, OR 396 N 43; SCHNURRENBERGER, S. 91 ff.; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 12; BK-ZÄCH, Art. 32 N 160.

<sup>146</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 120.

aus der einfachen Überlegung, dass Aufträge ohne Vollmacht vorkommen. Gemäss BGE 61 II 95 ff. stellt etwa das Schütteln eines Birnbaumes für einen andern einen rein faktischen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR dar.

Vollmacht und allfälliges Grundverhältnis entstehen somit nach jeweils unterschiedlichen Regeln. Fällt ein zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter abgeschlossener Vertrag beispielsweise wegen Nichtigkeit mit ex-tunc-Wirkung dahin, so ist eine mit besagtem Grundgeschäft zusammenhängende Vollmacht davon nicht notwendigerweise betroffen und bleibt grundsätzlich nach wie vor gültig<sup>147</sup>. Nicht selten dürfte allerdings die mit einem nichtigen Grundgeschäft zusammenhängende Bevollmächtigungserklärung ebenfalls mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sein. Wird beispielsweise jemand zum Abschluss eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts beauftragt und entsprechend bevollmächtigt, so beschlägt die Nichtigkeit infolge Sittenwidrigkeit sowohl das Grundgeschäft (Auftrag), wie auch die damit verbundene Vollmacht.

Auf den ersten Blick scheint Art. 396 Abs. 2 OR gegen eine derart verstandene Abstraktheit der Vollmacht im Entstehen zu sprechen. Diese Bestimmung lautet nämlich folgendermassen: *«Insbesondere ist in dem Auftrage auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführung gehören»*. Art. 396 Abs. 2 OR darf indes nicht dahingehend interpretiert werden, dass das OR doch der Theorie der naturrechtlichen Mandatsvollmacht folgen würde<sup>148</sup>. Nach zutreffender Ansicht handelt es sich dabei vielmehr um eine Auslegungsregel, um eine gesetzliche Vermutung, welche dahin geht, dass in der Auftragserteilung auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten ist, die zur korrekten Ausführung des Auftrages notwendig sind<sup>149</sup>. Dabei kann nur die direkte Stellvertretung gemeint sein, da der Vertreter bei einer indirekten Stellvertretung in eigenem Namen handelt und daher gar keiner Er-

---

<sup>147</sup> BK-ZÄCH, OR 32 N 160.

<sup>148</sup> So aber BK-GAUTSCHI, OR 396 N 11b.

<sup>149</sup> Vgl. BK-FELLMANN, OR 396 N 48 und N 50; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1352; SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 51; BSK OR I-WEBER, Art. 396 N 9; sowie den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 3.



mächtigung bedarf<sup>150</sup>. Wer somit jemanden zu seinem *indirekten* Stellvertreter beauftragen will, muss die von Art. 396 Abs. 2 OR aufgestellte Vermutung umstossen, da ansonsten von einer Vollmachtserteilung und in der Folge grundsätzlich von einer direkten Stellvertretung auszugehen ist.

Nach zutreffender Ansicht sollte die Vollmachtsvermutung von Art. 396 Abs. 2 OR auch auf andere mögliche Grundverhältnisse analog angewendet werden, so insbesondere auf den Arbeitsvertrag<sup>151</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Gründe gegen eine Abstraktheit der Vollmacht im Entstehen zu erkennen sind, und auch keine solchen in der neueren Lehre geltend gemacht werden<sup>152</sup>. Aus dieser Unabhängigkeit der Vollmacht im Entstehen ergeben sich für das Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung die nachfolgend darzulegenden Konsequenzen.

## **B) Charakteristik der Bevollmächtigungserklärung**

Gemäss LABANDS Theorie und nach heute vorherrschender Ansicht ist die Bevollmächtigung kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine empfangsbedürftige Willenserklärung, welche ihre Wirkung mit dem Zugang beim Adressaten entfaltet<sup>153</sup>. Dabei gilt eine Willenserklärung in dem Moment als zugegangen, in dem sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter normalen Umständen mit einer tatsächlichen Kenntnisnahme *gerechnet* werden kann. Daraus ergibt sich, dass das Zugangsprinzip eine tatsächliche Kenntnisnahme der Willenserklärung gerade nicht voraussetzt<sup>154</sup>.

Die Bevollmächtigung ist nicht annahmebedürftig, und es ergibt sich aus ihr allein für den Vertreter auch keine Verpflichtung, tätig zu werden. Eine

---

<sup>150</sup> BSK OR I-WEBER, a.a.O.

<sup>151</sup> Vgl. SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 51 m.w.H., sowie WATTER, Missbrauch, N 70.

<sup>152</sup> Anders nur BK-GAUTSCHI, a.a.O.

<sup>153</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 8; BK-ZÄCH, OR 33 N 28; a.M. BK-GAUTSCHI, OR 396 N 12b und MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 246 ff.; Die naturrechtlichen Kodifikationen gehen von der *vertraglich begründeten Mandatsvollmacht* aus, vgl. § 1002 ABGB, Art. 1984 Abs. 2 CCfr, §§ 5 ff. ALR I 13.

<sup>154</sup> Vgl. dazu SCHWENZER, OR-AT, Rz. 27.23.

solche wird zumeist aber durch das zwischen Vertretenem und Vertreter bestehende Grundverhältnis begründet, etwa durch einen Auftrag oder einen Arbeitsvertrag.

Die Tatsache, dass es sich bei der Bevollmächtigung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, stellt kein Hindernis dar, sie im Einzelfall doch vertraglich zu begründen; dies ist zweifellos möglich, allerdings nach heutigem Verständnis keine Voraussetzung für deren Wirksamkeit<sup>155</sup>.

### C) Adressat der Bevollmächtigung

#### a) *Herrschende Lehre in der Schweiz, Österreich und Deutschland*

Beim naturrechtlichen Vollmachtenauftrag kommt einzig der Vertragspartner des Auftraggebers als Adressat der mit dem Auftrag verwobenen Bevollmächtigungserklärung in Betracht, also der Beauftragte. Erst mit Anerkennung der Abstraktheit der Vollmacht im Entstehen tauchte die Frage auf, an wen die Bevollmächtigungserklärung zu richten sei. In Betracht kommen der Vertreter oder der Dritte. Diese Thematik war während längerer Zeit sehr umstritten<sup>156</sup> und soll im Folgenden eingehend untersucht werden.

Vorweg ist zu betonen, dass das OR die Frage nach dem Adressaten einer Vollmachtserteilung nicht positivrechtlich regelt. Es ist indes in der schweizerischen Lehre heute praktisch unbestritten, dass sich die Bevollmächtigungserklärung einzig und allein an den Vertreter, nicht aber an den Dritten richten kann<sup>157</sup>. Eine auch, oder gar ausschliesslich Dritten gegen-

---

<sup>155</sup> A.M. GAUTSCHI, a.a.O., wonach die Bevollmächtigung *ein Bestandteil der Auftragserteilung* sei; a.M. auch MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung beim Rechtsgeschäft, a.a.O., der die Vollmacht als *Vertragsverhältnis* betrachtet.

<sup>156</sup> Vgl. etwa DERNBURG, Bürgerliches Recht, S. 475, FN 5.

<sup>157</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1407; KOLLER, OR-AT I, § 16 N 7 und § 18 N 14 ff.; SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 16 und S. 63 f.; TERCIER, N 380; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 30; DERS., Missbrauch, N 29; BK-ZÄCH, OR 33 N 32 und N 128-130; vgl. überdies BGE 99 II 39, Erw. 1. und BGE 101 II 117, Erw. 4.

über erklärte Vollmacht führt somit *nicht* zu einer Ermächtigung des Vertreters<sup>158</sup>. Daraus ergibt sich auch, dass Mitteilungen, welche der Vertretene einzig einem Dritten gegenüber macht, eine bereits bestehende Vollmacht des Vertreters in keiner Weise tangieren. Eine dem Dritten gegenüber kundgegebene Vollmacht führt gemäss Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR allenfalls zum Eintritt der Vertretungswirkung ex lege, kraft Gutgläubensschutzes Dritter<sup>159</sup>, wobei sich gerade auch daraus ergibt, dass in dieser Konstellation nach schweizerischem Recht keine *Macht* des Vertreters entsteht. Würde damit wirklich eine Macht des Vertreters begründet, dürfte es auf den guten Glauben des Dritten gar nicht ankommen<sup>160</sup> und es müsste mit dem guten Glauben auch kein Rechtsmangel geheilt werden<sup>161</sup>. «Guter Glaube» bedeutet nämlich nichts anderes als fehlendes Unrechtsbewusstsein trotz Vorliegens eines Rechtsmangels. Wäre aber gar kein Rechtsmangel – in Form fehlender Vollmacht – vorhanden, dürfte der gute Glaube des Dritten gar keine Rolle spielen.

Anders präsentiert sich die Rechtslage in Deutschland. Hier sieht § 167 Abs. 1 BGB explizit vor, dass auch der Dritte als Adressat einer Vollmachtserteilung in Frage kommt<sup>162</sup>. Im deutschen Stellvertretungsrecht kann sich somit die Bevollmächtigung sowohl an den Vertreter, als auch an den Dritten richten. In beiden Fällen entsteht für den Vertreter gleichermaßen Vertretungsmacht<sup>163</sup>, oder anders gesagt, im deutschen Recht vermag eine Erklärung des Vertretenen *allein* gegenüber dem Dritten eine tatsächliche Vertretungsmacht des Vertreters zu begründen.

---

<sup>158</sup> Vgl. SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 16.

<sup>159</sup> Ebenso BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 15; SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 17 und S. 63 f.; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 30 m.w.H.; vgl. auch hinten S. 92 ff.

<sup>160</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 129 m.w.H.

<sup>161</sup> Vgl. zum Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes trotz fehlender Vollmacht hinten S. 90 ff.

<sup>162</sup> Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., § 167 Rz. 2; Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 167 RdNr. 11.

<sup>163</sup> Staudinger/SCHILKEN (2004) § 167 Rn 12.

Als Folge wird zwischen einer Innen- und einer Aussenvollmacht unterschieden, welche auch interne bzw. externe Vollmacht genannt wird. Erstere richtet sich an den zu Bevollmächtigten, letztere an den Dritten<sup>164</sup>.

Die österreichische Lehre und Rechtsprechung haben sich vom Gesetzestext des ABGB, das in den §§ 1002 ff. immer noch vom naturrechtlichen Vollmächtauftrag<sup>165</sup> ausgeht, weit entfernt. Insbesondere in der vorliegend interessierenden Frage folgen sie dem deutschen Recht, übernehmen also die in § 167 Abs. 1 BGB kodifizierte, eben dargelegte Regelung<sup>166</sup>.

Auch im schweizerischen Stellvertretungsrecht wird, wie in Deutschland, von einem Teil der Lehre zwischen interner und externer Vollmacht unterschieden<sup>167</sup>, wobei dann aber präzisiert wird, dass die Mitteilung an den Dritten gerade keine Vertretungsmacht des Vertreters begründet<sup>168</sup>. Folgende Fallbeispiele sollen dies verdeutlichen:

### Fallbeispiel 2 – «Auto I»:

A erklärt dem Dritten D, B habe Vollmacht, für ihn ein Auto zu kaufen, was aber nicht der Wahrheit entspricht. B kauft nun tatsächlich im Namen des A ein Auto bei D, und dieser ist im Bezug auf das Bestehen einer Vollmacht berechtigterweise gutgläubig.

In dieser Konstellation kommt der Kaufvertrag zwischen A und D über das Auto zwar zustande, aber nicht, weil B tatsächlich ermächtigt ist<sup>169</sup>, sondern aufgrund des Eintritts von Vertretungswirkung kraft Gutgläubens-

---

<sup>164</sup> Erman/PALM, a.a.O.; Staudinger/SCHILKEN a.a.O.

<sup>165</sup> Vgl. die Ausführungen zum ALR vorne S. 35 ff., insbesondere S. 38.

<sup>166</sup> BYDLINSKI P. in KBB, § 1002 N 9: «Diese grundsätzlich formfreie [...] Bevollmächtigung kann – ausdrücklich oder konkludent – sowohl gegenüber dem Vertreter (Innenbevollmächtigung) als auch gegenüber dem Dritten (Aussenbevollmächtigung) erfolgen [...]».

<sup>167</sup> Vgl. die Nachweise bei BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 30; KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 72 ff.; VON TUHR/PETER, AT, S. 358.

<sup>168</sup> So etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1343. Die – vom Vertretenen ausgehende – Erklärung an den Dritten bildet aber den *Ansatzpunkt* für den Eintritt von Vertretungswirkung *ex lege, kraft Gutgläubensschutzes Dritter*. Dazu hinten S. 92 ff.

<sup>169</sup> So aber das deutsche Recht gemäss § 167 Abs. 1 BGB (externe Vollmacht); vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 130.

schutzes Dritter<sup>170</sup>. B handelt nämlich – da sich die Bevollmächtigungserklärung im schweizerischen Recht allein an den Vertreter, nicht aber an den Dritten richten kann – ohne Vollmacht.

**Fallbeispiel 3 – «Auto II»:**

A erteilt B eine Vollmacht zum Kauf eines Autos mit einer Preislimite von Fr. 50'000.–. Dem Verkäufer D erklärt A überdies, B sei zum Kauf eines Autos mit Preislimite Fr. 75'000.– ermächtigt. B kauft in der Folge beim gutgläubigen D ein Auto für Fr. 60'000.–.

Auch hier kommt der Vertrag zwischen A und D aufgrund Eintritts von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter zustande, nicht aber aufgrund Vertretungsmacht des B. Diese wird überschritten.

Gemäss deutschem Stellvertretungsrecht käme man in beiden Beispielfällen zu demselben Ergebnis, allerdings mit einer anderen Herleitung. Gestützt auf § 167 Abs. 1 BGB würde B in beiden Konstellationen über eine tatsächliche Vertretungsmacht verfügen, da A durch Bevollmächtigung des Dritten D eine externe Vollmacht des Vertreters B begründet hätte. Vertretungswirkung würde gemäss deutschem Stellvertretungsrecht mithin eintreten, weil B über eine tatsächliche Vollmacht verfügt<sup>171</sup>.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich die Unterscheidung zwischen interner und externer Vollmacht im deutschen Recht aufgrund von § 167 Abs. 1 BGB geradezu aufdrängt. Für das schweizerische Recht ist sie indes aufgrund des Dargelegten verwirrend und nicht sinnvoll. Die Bezeichnung externe Vertretungsmacht wird daher in der vorliegenden Arbeit nicht verwendet<sup>172</sup>. Das schweizerische Stellvertretungsrecht kennt somit einzig eine «interne Vollmacht», also die vom Vertretenen an den Vertreter gerichtete Bevollmächtigung. Wenn es aber keine externe Vollmacht gibt, so macht auch die Benennung interne Vollmacht keinen Sinn. Ist im Folgenden von Vollmacht die Rede, kann damit stets nur eine «interne» gemeint sein.

---

<sup>170</sup> Vgl. dazu hinten S. 92 ff.

<sup>171</sup> Vgl. dazu die tabellarische Übersicht hinten S. 65.

<sup>172</sup> Vgl. dazu auch BK-ZÄCH, OR 33 N 128 ff.

b) *Konsequenz im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB*

Diese eben dargelegte unterschiedliche Regelung im schweizerischen und im deutschen Recht ist im Hinblick auf das Verständnis des Art. 158 Ziff. 2 StGB im Auge zu behalten. Im deutschen Recht kann tatsächlich eine externe Vertretungsmacht entstehen, die umfangmässig von einer allenfalls bloss intern bestehenden abweicht. Hier wird dann zu Recht von einem *Missbrauch* der Vollmacht gesprochen und nicht von einer Überschreitung. Im schweizerischen Recht ist diese Missbrauchskonstellation indes gar nicht möglich, da dem OR – wie eben dargelegt – eine dem deutschen Recht entsprechende externe Vertretungsmacht unbekannt ist<sup>173</sup>. Damit gilt für das schweizerische Recht bezüglich externer Vollmacht die durchaus banale Feststellung: Wo gar keine Macht besteht, kann es auch keinen Missbrauch einer solchen geben.

c) *Exkurs: Möglichkeit der indirekten Bevollmächtigung*

Der Vollständigkeit halber zu klären bleibt, ob der Vertretene den Vertreter durch ausschliessliche Mitteilung der Vollmacht an einen Dritten indirekt doch ermächtigen kann. Dies ist dann zu bejahen, wenn dieser Dritte seinerseits als Stellvertreter oder aber als Bote<sup>174</sup> die Vollmachtserklärung an den Vertreter weiterleitet<sup>175</sup>.

Es ist dem Vertretenen somit unbenommen, die Bevollmächtigung durch eine andere Person, bei der es sich auch um den Dritten handeln kann, dem Vertreter zu übermitteln. Entscheidend kann nur sein, dass die Vollmacht *diesem* vom Vertretenen erteilt wird, ob brieflich, telefonisch oder mittels eines Boten ist irrelevant.

Zu erwähnen bleibt, dass es sich auch bei dieser indirekten Bevollmächtigung nicht um eine externe Vollmacht handelt, denn falls es der Dritte

---

<sup>173</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 130, sowie die Ausführungen vorne S. 44 ff.

<sup>174</sup> Vgl. zum Begriff S. 22.

<sup>175</sup> Ebenso BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 9: «Kundgabe an den Dritten führt indirekt (i.S. einer Reflexwirkung) zu einer Bevollmächtigung des Vertreters, falls dieser davon erfährt und nach Treu und Glauben annehmen darf, der Vertretene habe ihn bevollmächtigen wollen».

unterlässt, die Vollmachtserklärung an den Vertreter weiterzuleiten, kann die Vertretungswirkung höchstens aufgrund von Art. 33 Abs. 3 OR, also aufgrund Gutglaubensschutzes Dritter, eintreten<sup>176</sup>.

## D. Grundsatz der Formfreiheit

### a) *Bevollmächtigung zum Abschluss formbedürftiger Geschäfte*

Gemäss schweizerischer Rechtsprechung sowie einem Teil der Lehre<sup>177</sup> gilt bei der Bevollmächtigung der Grundsatz der Formfreiheit selbst dann, wenn sie sich auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts bezieht, das von Gesetzes wegen einer besonderen Form bedarf<sup>178</sup>. So ist etwa die Erteilung einer Vollmacht für den Abschluss eines Grundstückkaufvertrages formlos gültig<sup>179</sup>, obschon Art. 216 Abs. 1 OR für den Kaufvertrag selber die öffentliche Beurkundung vorschreibt. Ein Teil der neueren Lehre<sup>180</sup> verlangt nun aber mit überzeugenden Argumenten, dass die Vollmacht immer dann den Formvorschriften des abzuschliessenden Geschäftes genügen muss, wenn diesen eine Schutzfunktion zukommt<sup>181</sup>.

### b) *Stillschweigende Bevollmächtigung*

Aufgrund der soeben dargelegten Formfreiheit der Bevollmächtigungserklärung kann eine Vollmacht ohne weiteres auch stillschweigend, durch

---

<sup>176</sup> Vgl. dazu hinten S. 99 f.

<sup>177</sup> Vgl. BGE 112 II 330, Erw. 1.a), sowie die Nachweise bei BUCHER, OR-AT, S. 602; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1349 und N 1350; HONSELL, OR-BT, § 23 I. 1.; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 14, sowie BK-ZÄCH, OR 33 N 34. Vgl. für das deutsche Recht § 167 Abs. 2 BGB, wobei der Anwendungsbereich der Norm von Lehre und Rechtssprechung *eingeschränkt* wird.

<sup>178</sup> Anders aber bei der Bürgschaft; vgl. Art. 493 Abs. 6 OR.

<sup>179</sup> Gemäss *Notariatspraxis* ist zumindest eine *schriftliche* Vollmacht verlangt; vgl. dazu BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 14; anders aber BGE 99 II 159, Erw. 2.b).

<sup>180</sup> HONSELL, OR-BT, § 23 I. 1.; KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 81; BSK OR I-WATTER, a.a.O.

<sup>181</sup> Ebenso für das deutsche Recht Staudinger/SCHILKEN (2004) § 167 Rn 20.

konkludentes Handeln, erteilt werden<sup>182</sup>. Insbesondere ist in einem Auftrag zur Vornahme einer bestimmten Rechtshandlung in aller Regel auch eine entsprechende stillschweigende Ermächtigung enthalten, dies als direkter Stellvertreter zu tun, was sich im Übrigen auch aus Art. 396 Abs. 2 OR ergibt<sup>183</sup>.

### Fallbeispiel 4 – «Fahrrad»:

A beauftragt B, für ihn ein Fahrrad zu kaufen.

B darf und muss nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Erklärung des A dahingehend verstehen, dass er zur fraglichen Rechtshandlung nicht nur beauftragt, sondern auch (stillschweigend) ermächtigt ist. Will A, dass B in eigenem Namen als *indirekter* Stellvertreter handelt, wäre dies – um auch die Vermutung von Art. 396 Abs. 2 OR umzustossen – entsprechend zu vereinbaren.

### c) *Duldungs- und Anscheinsvollmacht*

Einen speziellen Fall einer stillschweigenden Bevollmächtigung stellt die sog. «Duldungsvollmacht» dar<sup>184</sup>. Eine solche 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 als stillschweigende Ermächtigung aufzufassen<sup>185</sup>. Ist dem Vertreter demgegenüber 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 Anwendungs-

---

<sup>182</sup> BK-FELLMANN, OR 396 N 46, BK-ZÄCH, OR 33 N 36 ff. m.w.H. Vgl. zur Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen die Ausführungen vorne S. 25 ff.

<sup>183</sup> Vgl. zu Art. 396 OR die Ausführungen vorne S. 41 ff.

<sup>184</sup> BK-ZÄCH, 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.

<sup>185</sup> Bei der Duldungsvollmacht *fehlt* dem Vertretenen der *Wille zur Vollmachtserteilung*.



fall von Art. 33 Abs. 3 OR darstellen, also – sofern sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind – den Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter nach sich ziehen<sup>186</sup>. In diesem Fall ist das Dulden seitens des Vertretenen nämlich als Vollmachtenkundgabe zu werten<sup>187</sup>.

Eine 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>188</sup>.

Grundsätzlich eng mit der Duldungsvollmacht verwandt<sup>189</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 lediglich einen Anwendungsfall von Art. 33 Abs. 3 OR dar<sup>190</sup>.

---

<sup>186</sup> So der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 6. a.

<sup>187</sup> Vgl. zum Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter hinten S. 92 ff.; insbesondere bezüglich möglicher Formen einer Vollmachtenkundgabe S. 94.

<sup>188</sup> BSK OR I-WATTER, 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>189</sup> BSK OR I-WATTER, a.a.O.

<sup>190</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, OR-AT, N 1412; im Ergebnis wohl ebenso der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 6. a; vgl. zu Art. 33 Abs. 3 OR hinten S. 99; a.M. BK-ZÄCH, OR 33 N 46 und N 52, der in der Anscheinsvollmacht wie in der Duldungsvollmacht eine *stillschweigende Ermächtigung* sieht.

#### 4. **Abstraktheit der Vollmacht im Bestand und Erlöschen**

Nach herrschender Auffassung sind Vollmacht und Grundverhältnis in ihrem Bestand voneinander unabhängig<sup>191</sup>. Das bedeutet namentlich, dass eine Vollmacht gemäss Art. 34 Abs. 1 OR widerrufen werden kann<sup>192</sup>, ohne dass ein zwischen Vertreter und Vertretenem bestehendes Vertragsverhältnis von diesem Widerruf automatisch tangiert würde. Beispielsweise ist es einem Arbeitgeber möglich, seinem Arbeitnehmer eine der einst erteilte Vertretungsmacht gestützt auf den bereits erwähnten Art. 34 Abs. 1 OR wieder zu entziehen, ohne damit gleich das ganze Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Umgekehrt ist es – allerdings wohl nur theoretisch – auch denkbar, das Grundverhältnis aufzulösen, ohne dass eine damit verbundene Vollmacht davon betroffen wäre. Praktisch dürfte dies kaum vorkommen. Der Vertreter wird eine das Grundverhältnis betreffende Widerrufserklärung des Vertretenen nach Vertrauensprinzip in aller Regel nämlich so verstehen müssen, dass damit auch die Vollmacht widerrufen werden soll. Beispielsweise ist im Widerruf eines Auftrages gemäss Art. 404 Abs. 1 OR zumeist auch ein stillschweigender Widerruf der damit verbundenen Vollmacht i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR zu sehen, denn eine Ermächtigung ohne ein deren Bestand rechtfertigendes und deren Zweck begründendes Grundverhältnis macht zumeist keinen Sinn<sup>193</sup>. Wenn V den S beauftragt und bevollmächtigt, ihm ein Paar Schuhe zu besorgen, dem S kurz darauf aber mitteilt, er benötige diese nun doch nicht, so muss S die Widerrufserklärung des V nach Treu und Glauben so verstehen, dass damit nicht nur der Auftrag, sondern auch die Vollmacht widerrufen werden soll.

---

<sup>191</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1351 m.w.H; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 1; ebenso auch KOZIOL, FS Rey, S. 428: «[Es] ist festzuhalten, dass die Vollmacht auch nach Schweizerischer Auffassung zumindest in dem Sinne vom Grundgeschäft abstrakt ist, als es um ihren Bestand geht [...]»

<sup>192</sup> Vgl. zum Erlöschen der Vertretungsmacht, insbesondere zum Widerruf hinten S. 73 ff.

<sup>193</sup> Ebenso für das deutsche Recht BEUTHIEN, Abstraktionsprinzip, S. 84.

Gerade das zuletzt Dargelegte verdeutlicht, dass zwar Vollmacht und Grundverhältnis bezüglich ihres Bestandes je ein eigenes rechtliches Schicksal haben und somit unabhängig voneinander bestehen können, sich aber praktisch doch in vielerlei Hinsicht berühren und insofern miteinander verknüpft bzw. verbunden sind, als das Erlöschen des Grundverhältnisses in der Regel auch das Dahinfallen der Vertretungsmacht bedeuten dürfte. Zumeist wird ja eine Vollmacht erteilt, damit der durch das Grundverhältnis bestimmte Zweck erreicht werden kann. Fällt nun das Grundverhältnis dahin, so verliert die Vollmacht damit gewissermassen ihre Daseinsberechtigung. Und auch umgekehrt dürfte mit dem Widerruf der Vollmacht praktisch häufig ein stillschweigender Widerruf des Grundverhältnisses verbunden sein; jedenfalls wird man in Anwendung des Vertrauensprinzips oft zu diesem Ergebnis gelangen.

## 5. Abstraktheit der Vollmacht im Umfang

### A) Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

Die Abstraktheit der Vollmacht wird von der deutschen, österreichischen und einem Teil der schweizerischen Lehre noch in einem weiteren als dem eben dargelegten Sinn verstanden. Nach dieser Ansicht ist die Vollmacht nicht nur im Entstehen und in ihrem Bestand, sondern auch umfangmässig vom Grundverhältnis und vor allem auch von Weisungen des Vollmachtgebers unabhängig, mithin verselbständigt<sup>194</sup>. Damit können der Umfang von Vollmacht und Grundverhältnis verschieden sein, man spricht darum auch von inhaltlicher Abstraktheit<sup>195</sup>. Als Konsequenz daraus wird zwischen einer Vertretungsmacht – einem rechtlichen Können – und einer

---

<sup>194</sup> Vgl. für *Deutschland*: Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., vor § 164 Rz. 6; Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 164 RdNr. 105, sowie JÖCKEL, S. 16; für *Österreich*: BYDLINSKI P. in KBB, § 1017 N 2; für die *Schweiz*: KOZIOL, FS Rey, S. 428; SCHNURRENBERGER, S. 112; VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 77; VON TUHR, AT, S. 294; Hinweise finden sich auch bei BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 12.

<sup>195</sup> Vgl. WATTER, Missbrauch, N 30 FN 46.

Vertretungsbefugnis – einem rechtlichen Dürfen – unterschieden<sup>196</sup>. Die Vertretungsmacht definiert sich dabei nach dem Umfang der Vollmacht, die Vertretungsbefugnis aber nach dem Innenverhältnis i.e.S., also nach dem Grundverhältnis sowie den Weisungen des Vertretenen. Folge dieser Ansicht ist zum einen, dass der Vertretene von Anfang an eine Vollmacht erteilen kann, die umfangmässig grösser ist als ein etwaiges Grundverhältnis, insbesondere als ein allfälliger Auftrag. Zum andern ist es aber auch möglich, dass er eine einst erteilte Vollmacht nachträglich nur «intern», auf der Ebene des Grund- bzw. Innenverhältnisses einschränkt, letztere aber in ihrem ursprünglichen Umfang belässt.

### **B) Umfangmässige Abstraktheit «in Reinform»**

Äusserst konsequent hat VON TUHR die Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis definiert<sup>197</sup>: *«Durch [...] Weisungen wird nicht das rechtliche Können des Vertreters beschränkt, sondern sein Dürfen. Ein innerhalb der Vollmacht, aber ausserhalb der Weisungen liegender Vertrag ist für den Vertretenen verbindlich [...]»*. Dieser Autor hält mit LABAND überdies daran fest, dass es für den Eintritt der Vertretungswirkungen nicht darauf ankommen kann, ob der Dritte gut- oder bösgläubig ist<sup>198</sup>: *«Da die Weisungen ausserhalb der Vollmacht liegen, brauchen sie vom Dritten selbst dann nicht beachtet zu werden, wenn er sie kennt; er kann es dem auftragwidrig handelnden Vertreter überlassen, sich mit dem Vollmachtgeber auseinanderzusetzen.»* Es soll also selbst dann Vertretungswirkung im Umfang der Vollmacht eintreten, wenn der Dritte in voller Kenntnis der internen Beschränkungen und damit qualifiziert bösgläubig (!) das fragliche Rechtsgeschäft abschliesst. Eine einzige Ausnahme wird beim Vorliegen einer sog. «Kollusion» gemacht, bei welcher Vertreter und Dritter vorsätzlich zum Schaden des Vertretenen zusammen-

---

<sup>196</sup> PALM, a.a.O.; vgl. für das schweizerische Recht etwa VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 41 und S. 77.

<sup>197</sup> VON TUHR, AT, S. 295.

<sup>198</sup> A.a.O.; vgl. dazu schon das Beispiel von LABAND vorne S. 40, Fallbeispiel 1 – «Pferd».

spannen. Nur in derartigen Konstellationen soll das Rechtsgeschäft für den Vertretenen unverbindlich sein<sup>199</sup>.

Diese eben dargelegte Ansicht soll vorliegend als «Abstraktheit in Reinform» bezeichnet werden, denn:

- Vollmacht und Grundverhältnis haben absolut nichts miteinander zu tun;
- Weisungen betreffen nicht den Umfang der Vollmacht, sondern in jedem Fall nur das Grund- bzw. das Innenverhältnis;
- der Dritt- und damit der Verkehrsschutz ist in grösstmöglichem Ausmass verwirklicht, indem sich der Dritte in keiner Weise um das Grundverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter kümmern muss, und für diesen selbst dann ausschliesslich die Vollmacht relevant ist, wenn er die internen Weisungen kennt, also bösgläubig ist.

Die Lehre VON TUHRS schützt nach vorliegend vertretener Ansicht die Interessen des Dritten allzu stark auf Kosten des Vertretenen, betont mithin den Verkehrsschutzgedanken allzu einseitig zu Lasten der Privatautonomie.

### **C) Missbrauch der Vertretungsmacht**

#### *a) Abschwächung der umfangmässigen Abstraktheit der Vollmacht*

Die Mehrheit jener Lehre, welche von einer umfangmässigen Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis ausgeht, ist der die Interessen des Verkehrsschutzes sehr einseitig in den Vordergrund rückenden Ansicht VON TUHRS nicht gefolgt. Als unbefriedigend wird insbesondere der Schutz auch des bösgläubigen Dritten angesehen<sup>200</sup>. Heute besteht Einigkeit darüber, dass immer dann keine Vertretungswirkung eintreten soll,

---

<sup>199</sup> Vgl. zur Kollusion hinten S. 126 ff.

<sup>200</sup> So schon EGGER, FS Wieland, S. 65.

wenn der Dritte nicht schutzwürdig ist<sup>201</sup>. Daraus hat sich in Deutschland die sog. «Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht» entwickelt, welche nichts anderes als eine Abschwächung der – auch umfangmässig verstandenen – Abstraktheitstheorie darstellt<sup>202</sup>. Ist der Dritte nämlich nicht schutzwürdig, ist nicht mehr der Umfang der Vollmacht relevant, sondern doch das Innenverhältnis; oder anders gesagt: Gegenüber dem nicht schutzwürdigen Dritten reduziert sich die Vertretungsmacht doch auf die Vertretungsbefugnis.

Distanziert von der ursprünglichen Ansicht VON TUHR hat sich im Übrigen auch PETER in der dritten Auflage des von ersterem begründeten Werks<sup>203</sup>. Seiner Ansicht nach ist es dem Vertreter nur bei einer externen Vollmacht möglich, durch weisungswidrig vorgenommene Handlungen Vertretungswirkung auszulösen. Bei der internen Vollmacht würden demgegenüber Weisungen auch den Umfang der Vollmacht umschreiben<sup>204</sup>. Insofern verneint PETER die umfangmässige Abstraktheit der «internen» Vollmacht vom Grundverhältnis. Ein Teil der deutschen Lehre hat diese Ansicht bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB vertreten<sup>205</sup>. Die Vollmacht wäre demnach nur dann vom Innenverhältnis i.e.S. unabhängig, wenn sie der Vertretene dem Dritten gegenüber erklärt; falls er sie aber dem Bevollmächtigten selber erteilt, bestünde Deckungsgleichheit mit dem Innenverhältnis i.e.S.<sup>206</sup>. Diese Unterscheidung hängt mit § 167 Abs. 1 BGB zusammen,<sup>207</sup> und es kann ihr daher – da es im schweiz-

---

<sup>201</sup> Vgl. Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., § 167 Rz. 46 ff.; KOZIOL, FS Rey, S. 427. Vgl. zur Frage, wann der Dritte nicht mehr schutzwürdig ist sogleich S. 57 ff.

<sup>202</sup> Vgl. Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., a.a.O. Im schweizerischen Recht wird diese Theorie in neuerer Zeit von ANSGAR SCHOTT, S. 39, vertreten.

<sup>203</sup> VON TUHR/PETER, AT, S. 362.

<sup>204</sup> Vgl. zur internen und externen Vollmacht vorne S. 44 ff.

<sup>205</sup> Vgl. ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 81.

<sup>206</sup> Auch Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 164 RdNr. 101 und 102 erkennt bei der *Innenvollmacht* die «Mittel-Zweck-Beziehung» zwischen dieser und dem Grundverhältnis, hält aber an der Abstraktheit fest. Ebenso Staudinger/SCHILKEN (2004) § 167 Rn 12, der eine besonders nahe Verbindung zwischen Innenvollmacht und Innenverhältnis anerkennt, aber betont, beide müssten auseinander gehalten werden.

<sup>207</sup> Vgl. zu § 167 Abs. 1 BGB vorne S. 44 ff.

erischen Stellvertretungsrecht die externe Vollmacht nicht gibt – m.E nicht gefolgt werden<sup>208</sup>.

*b) Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht*

Aus einer auch umfangmässig bzw. inhaltlich verstanden Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis ergibt sich die Möglichkeit des Missbrauchs der Vertretungsmacht<sup>209</sup>. Darunter ist als Kurzformel Folgendes zu verstehen: Der Vertreter schliesst ein Fremdgeschäft ab, das zwar vom Umfang der Vollmacht – von seiner Vertretungsmacht – gedeckt ist, aber unter Missachtung des Innenverhältnisses i.e.S. zustande kommt, mithin gegen seine Vertretungsbefugnis verstösst bzw. von dieser nicht gedeckt ist. Lapidar gesagt macht er etwas, was er wohl kann, nicht aber darf. Mit anderen Worten geht es um abredewidriges Tätigwerden, welches aber noch innerhalb der Vollmacht liegt. Zu erwähnen ist bereits an dieser Stelle, dass die massgebende schweizerische Strafrechtsliteratur den «Missbrauch der Ermächtigung» i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB (auch) im eben dargelegten Sinne versteht<sup>210</sup>.

Die entscheidende Frage ist, ob bei einem derart verstandenen Missbrauch der Vertretungsmacht trotzdem Vertretungswirkung eintritt. Massgebend ist dabei, ob der Dritte schutzwürdig ist. Im Folgenden geht es darum darzulegen, wann bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht keine Vertretungswirkung eintritt. Diese Konstellation wird vorliegend als «Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht» bezeichnet.

Zu klären ist zunächst, ob nur dann von einem so verstandenen «Missbrauch» gesprochen werden kann, wenn der Vertreter vorsätzlich oder eventualvorsätzlich zum Nachteil des Vertretenen abredewidrig tätig wird; oder auch dann, wenn er fahrlässig gegen sich aus dem Innenverhältnis

---

<sup>208</sup> Vgl. dazu vorne S. 44 ff.

<sup>209</sup> BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 48; EGGER, FS Wieland, S. 59; CLAUDIETER SCHOTT, S. 396; VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 77.

<sup>210</sup> Vgl. DONATSCH, Aspekte 1996, S. 208; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 125; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 2.12; STRATENWERTH/JENNY, § 19 N 23; ebenso URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 123; vgl. zum Ganzen hinten S. 167 ff.

i.e.S. ergebende Beschränkungen verstösst. Die Frage wurde von der deutschen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Der Bundesgerichtshof hat in einigen Entscheidungen, welche allerdings die «gesetzlich unbeschränkte» Vertretungsmacht betrafen<sup>211</sup>, die Ansicht vertreten, ein Missbrauch liege nur vor, wenn der Vertreter bewusst zum Nachteil des Vertretenen handle<sup>212</sup>, dann aber auch wieder festgehalten, es sei kein Vorsatz erforderlich<sup>213</sup>. Vorherrschend dürfte heute bei der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht letztere Meinung sein. Es ist demnach unerheblich, ob der Vertreter die internen Weisungen bzw. die sich aus dem Grundverhältnis ergebenden Pflichten beim Abschluss eines vom Umfang der Vollmacht gedeckten Fremdgeschäfts bewusst oder versehentlich bzw. aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit missachtet<sup>214</sup>. Diesbezüglich ist kein Vorsatz verlangt und damit auch kein bewusstes Handeln zum Nachteil des Vertretenen.

Auf Seiten des Dritten geht es schliesslich um das Problem, in welchen Konstellationen dieser nicht mehr als schutzwürdig betrachtet werden kann, womit dann keine Vertretungswirkung eintritt. Dies ist nebst den eigentlichen Kollusionsfällen<sup>215</sup> stets dann anzunehmen, wenn der Dritte den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt, also vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich ein vom Umfang der Vollmacht gedecktes, allerdings die internen Beschränkungen verletzendes Geschäft abschliesst<sup>216</sup>. Strittig ist aber, ob dem Dritten auch Fahrlässigkeit schadet oder gar eine vom Verschulden losgelöste objektive Evidenz. In der Literatur scheint sich letztere Ansicht durchgesetzt zu haben. Demnach tritt keine Vertretungswirkung ein, wenn der Vertreter für den Dritten *ersichtlich* missbräuchlich handelt, mithin ersichtlich ein von der Vollmacht gedecktes, allerdings gegen das Innenverhältnis i.e.S. verstossendes Geschäft abschliesst. Ein eigentliches Verschulden muss dem Dritten gar nicht

---

<sup>211</sup> Beispielsweise die Prokura.

<sup>212</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1962, 1718; BGH NJW 1990, 384, 385.

<sup>213</sup> Vgl. BGH NJW 1988, 3012, 3013 und die Nachweise im Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 164 RdNr. 109.

<sup>214</sup> Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., § 167 Rz. 48; Staudinger/SCHILKEN (2004) § 167 Rn 95; Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 164 RdNr. 113.

<sup>215</sup> Vgl. zur Kollusion hinten S. 126 ff.

<sup>216</sup> Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., § 167 Rz. 48.



nachgewiesen werden, wobei es zu beachten gilt, dass in der Regel (grob)fahrlässig handelt, wer trotz objektiver Evidenz eines Missbrauchs einen Vertrag abschliesst<sup>217</sup>. Gegenüber dem in diesem Sinne bösgläubigen Dritten wird also die inhaltliche Abstraktheit der Vollmacht aufgegeben<sup>218</sup>, und zwar insofern, als sich ihm gegenüber die Vertretungsmacht auf die Vertretungsbefugnis reduziert. WATTER nennt diesen Rechtszustand einprägsam «*Abstraktheit mit Unredlichkeitsvorbehalt.*»<sup>219</sup>

Zusammenfassend tritt bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht keine Vertretungswirkung ein, wenn der Vertreter beim Abschluss eines von der Vollmacht gedeckten Fremdgeschäfts bewusst oder unbewusst gegen interne Weisungen verstösst und für den Dritten evident ist, dass das fragliche Geschäft von der Vertretungsbefugnis des Vertreters nicht gedeckt ist, mithin gegen das Innenverhältnis i.e.S. verstösst. In dieser Situation ist der «Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht» erfüllt.

c) *Rechtsfolgen des Missbrauchs der Vertretungsmacht*

Von dem eben dargelegten und definierten Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht – der Vertreter verstösst bei einem von der Vertretungsmacht gedeckten Fremdgeschäft gegen die Vertretungsbefugnis, wobei dies für den Dritten evident ist – sind die Rechtsfolgen zu unterscheiden, welche die deutsche Lehre an einen solchen anknüpft. Einigkeit besteht darüber, dass in einer derartigen Konstellation nicht unmittelbar Vertretungswirkung eintreten kann. Uneinigkeit herrscht aber, ob bei Vorliegen eines Missbrauchs der Vollmacht dem Vertreter die Vertretungsmacht fehlt<sup>220</sup>, oder aber eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit oder wegen Rechtswidrigkeit anzunehmen ist<sup>221</sup>. Entscheidend ist dies

---

<sup>217</sup> Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., a.a.O.; Staudinger/SCHILKEN (2004) § 167 Rn 97.

<sup>218</sup> EGGER, FS Wieland, S. 61; WATTER, Missbrauch, N 11 FN 18.

<sup>219</sup> WATTER, Missbrauch, N 12; im Folgenden soll diese Theorie auch als «Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht» bezeichnet werden – im Unterschied zu jener Lehre, die all diese Konstellationen als *Vollmachtsüberschreitungen* betrachtet, dazu sogleich hinten S. 61 ff.

<sup>220</sup> So Staudinger/SCHILKEN (2004) § 167 Rn 103; Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 164 RdNr. 121.

<sup>221</sup> Vgl. BYDLINSKI P., FS Franz Bydlinski, S. 22/23.

deswegen, weil bei einer Nichtigkeit die Vertretungswirkung definitiv nicht eintritt, während bei Annahme fehlender Vollmacht das fragliche Geschäft vom Vertretenen noch nachträglich genehmigt werden kann und alsdann die Vertretungswirkung doch noch eintritt.

Vorherrschend dürfte in Deutschland die Meinung sein, dem Vertreter fehle es an der Vertretungsmacht. Insbesondere sollen die §§ 177 und 178 BGB auf Missbrauchsfälle analog angewendet werden, was dem Vertretenen – wie bereits dargelegt – die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung eröffnet<sup>222</sup>.

### d) *Zusammenfassung*

Im deutschen Stellvertretungsrecht spielt die Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht eine ganz wichtige Rolle. In einem Überblick soll deshalb nochmals anhand der herrschenden deutschen Lehre zusammengefasst werden, was darunter zu verstehen ist:

- Ein Vertreter schliesst ein Fremdgeschäft ab, wobei er sich zwar an den Umfang der Vollmacht – an seine Vertretungsmacht – hält, aber vorsätzlich oder fahrlässig gegen interne Weisungen<sup>223</sup> oder sich aus dem Grundverhältnis ergebende Beschränkungen verstösst. Er schliesst m.a.W. ein Fremdgeschäft ab, welches von seiner Vertretungsbefugnis nicht gedeckt ist, sich allerdings noch im Rahmen seiner Vertretungsmacht bewegt. Ein bewusstes Handeln zum Nachteil des Vertretenen wird nicht verlangt;
- für den Dritten ist dieser so verstandene Missbrauch zumindest erkennbar, mithin objektiv evident;
- als Folge davon tritt die Vertretungswirkung in dem Bereich, in welchem der Vertreter in einer für den Dritten erkennbaren Weise gegen interne Beschränkungen verstösst, nicht ein. Der Dritte ist diesbezüglich nicht mehr schutzwürdig. Der Umfang der Vertre-

---

<sup>222</sup> Münch Komm BGB/SCHRAMM, § 164 RdNr. 121.

<sup>223</sup> Da *Weisungen* per definitionem *einseitige Anordnungen* sind, bewirken sie grundsätzlich *keine Modifikation* des Grundverhältnisses im Sinne einer Vertragsänderung; vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 34 f.

tungsmacht des Vertreters reduziert sich gegenüber einem nicht schutzwürdigen Dritten mithin auf den Umfang der Vertretungsbefugnis.

Ist der Dritte allerdings schutzwürdig, ist der Missbrauch für ihn mithin nicht evident, so tritt Vertretungswirkung im Umfang der Vertretungsmacht ein.

#### **D) Situation in der Schweiz: Kritik an der Missbrauchslehre**

Die eben dargelegte umfangmässige bzw. inhaltliche Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis und damit die Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht ist keinesfalls unbestritten, ganz besonders in der Schweiz<sup>224</sup>. Zumindest bei der bürgerlichen Stellvertretung betrachtet ein grosser Teil der modernen schweizerischen Lehre die Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und -macht mit beachtlichen Argumenten als überflüssig und lehnt demzufolge die in einem weiten Sinn verstandene Abstraktheit der Vollmacht ab<sup>225</sup>. Diese Ansicht wird vorliegend als zutreffend betrachtet, nicht zuletzt aus folgender Überlegung: Die Konstruktion einer umfangmässigen Abstraktheit der – in der Schweiz allein massgebenden – internen Vollmacht vom Grundverhältnis lässt sich m.E. nicht mit Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bzw. mit dem Vertrauensprinzip vereinbaren. Wenn A den B beauftragt und bevollmächtigt, sein Grundstück zu verkaufen, dann aber die Einschränkung anbringt, er dürfe den Vertrag nur zu einem bestimmten Mindestbetrag abschliessen, so muss und darf B nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die Wil-

---

<sup>224</sup> Vgl. die Nachweise bei BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 23 ff.; KOZIOL, FS Rey, S. 428; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 12. Kritisch zur vollständigen Abstraktheit der Vollmacht aber auch schon DERNBURG, Bürgerliches Recht, S. 476.

<sup>225</sup> Gegen die Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis sprechen sich GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1443; BK-GAUTSCHI, OR 396 N 9c sowie N 11a ff.; KOLLER, OR-AT I, § 18 N 9 ff.; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 17 aus. Kritisch auch KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 84; BSK OR-I-WEBER, Art. 396 N 6, DERS., AJP 1992, 180. Abweichend, der deutschen Lehre folgend, ANSGAR SCHOTT, S. 39 und HUGUENIN, OR-AT, N 1098: «Die Vertretungsmacht ist von der Vertretungsbefugnis zu unterscheiden».

lenserklärungen des A dahin verstehen, dass er nur zum Verkauf zu diesem bestimmten Mindestpreis *ermächtigt* ist<sup>226</sup>. Dass B die Willenserklärungen des A so versteht, dass er eine unbeschränkte Vollmacht zum Verkauf des Grundstücks habe, welche allein auf der Ebene des Innen- bzw. Grundverhältnisses eingeschränkt sei, erscheint im Hinblick auf das Vertrauensprinzip nicht möglich<sup>227</sup>. Verkauft nun B nicht zum Mindestpreis, so liegt nach zutreffender Ansicht eine Überschreitung und kein Missbrauch der Vollmacht vor.

Das eben Ausgeführte gilt ganz generell bei Weisungen des Vertretenen an den Vertreter, da aufgrund des Vertrauensprinzips letzterer diese nicht als blosser Einschränkungen des Grundverhältnisses verstehen kann und darf<sup>228</sup>. Eindrücklich ist in diesem Zusammenhang die Formulierung von ZÄCH: *«Im Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter bestimmt sich der Umfang der Vollmacht nach allfälligen Weisungen [...]. Weisungen können somit eine weitergehende Vollmacht beschränken. Weisungen erweitern sodann auch eine nicht weit genug gehende Vollmacht. Denn Weisungen enthalten stillschweigend die zur Ausführung der Weisungen erforderliche Vollmacht.»*<sup>229</sup> Erwähnt sei diesbezüglich auch die Ansicht von CHAPPUIS: *«Il est aujourd'hui largement admis que les instructions sont à considérer comme des restrictions de pouvoirs qui doivent être traitées selon les règles applicables au dépassement de pouvoirs [...].»*<sup>230</sup>

Als Fazit lässt sich festhalten, dass bei der Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR Vertretungsbefugnis und -macht stets deckungsgleich sind.

---

<sup>226</sup> Vgl. KOLLER, OR-AT I, § 18 N 9, der ein sehr ähnliches Beispiel zur Illustration anführt. In diesem Sinne auch BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 42: *«Der Bevollmächtigte kann also gar keine Handlung vornehmen, die mit dem Innenverhältnis unvereinbar ist, da er dazu gar nicht bevollmächtigt ist.»*

<sup>227</sup> So aber offensichtlich THALMESSINGER, S. 6, welche das Beispiel des Grundstücksverkaufs nennt.

<sup>228</sup> Vgl. KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 84: *«Jede Weisung bedeutet eine Einschränkung der Vollmacht.»*; ebenso KOLLER, OR-AT I, § 18 N 9: *«Weisungen des Vertretenen über den Gebrauch der Vollmacht sind rechtlich nichts anderes als Beschränkungen der Vollmacht.»*

<sup>229</sup> BK-ZÄCH, OR 33 N 106 und OR 38 N 12.

<sup>230</sup> CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 30. Vgl. bezüglich Vollmachtsüberschreitungen («dépassement de pouvoirs») hinten S. 116 ff.

Konstellationen, in denen die eben dargestellte deutsche Lehre einen Missbrauch der Vertretungsmacht annimmt, sind nach schweizerischem Recht als Überschreitung der Vollmacht und damit als ein in diesem Umfang vollmachtsloses Handeln mit entsprechenden Folgen zu betrachten<sup>231</sup>. Fälle, in denen der Vertreter *im Ergebnis* tatsächlich «mehr kann, als er darf», sind im Gutgläubensschutz Dritter<sup>232</sup> begründet, nicht aber in einer tatsächlichen Vollmacht des Vertreters. Insofern ist es an sich unzutreffend zu sagen, der Vertreter könne mehr, als er dürfe, denn von einem «Können» des Vertreters kann ja nicht gesprochen werden, wenn dieses einzig und allein vom guten Glauben des Dritten abhängt.

Damit stellen sich die in Deutschland und Österreich im Zusammenhang mit dem Missbrauch der Vertretungsmacht diskutierten Probleme hierzulande gar nicht<sup>233</sup>, auch die eben dargestellte Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht ist nicht von Relevanz. Dies hat nicht zuletzt den Grund darin, dass die Rechtsfigur einer externen Vollmacht im OR keine Grundlage findet<sup>234</sup>.

### **E) Konsequenzen im privatrechtlichen Bereich**

Wird im Einklang mit einem grossen Teil der schweizerischen Lehre eine umfangmässige Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis abgelehnt, so entfällt die Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis, was – gewissermassen als «positiver Nebeneffekt» – zu einer wesentlichen Vereinfachung stellvertretungsrechtlicher Probleme führt.

Es muss im Einzelfall «nur» noch geklärt werden, ob der Vertreter über eine umfangmässig ausreichende Vollmacht für das fragliche Geschäft verfügt, wobei sich der Umfang der Vollmacht unter Berücksichtigung der Bevollmächtigungserklärung, des Grundverhältnisses und allfälliger Weisungen, also aufgrund des Innenverhältnisses i.w.S., ergibt. Falls die

---

<sup>231</sup> Vgl. dazu hinten S. 119 ff.

<sup>232</sup> Vgl. hinten S. 92 ff.

<sup>233</sup> KOZIOL, FS Rey, S. 428.

<sup>234</sup> Vgl. dazu S. 44 ff. Somit kann auch VON TUHR/PETER [vgl. vorne S. 55 ff.] nicht gefolgt werden, welche die Möglichkeit eines Missbrauchs der Vertretungsmacht nur – aber immerhin – bei einer externen Vollmacht noch bejahen.

## 2. Direkte bürgerliche Stellvertretung

---

Vertretungsmacht für das fragliche Geschäft umfangmässig genügt, erübrigen sich weitere Abklärungen. Genügt sie nicht, liegt – zumindest teilweise – ein vollmachtsloses Handeln vor und es bleibt immerhin noch zu prüfen, ob Vertretungswirkung allenfalls kraft Gutgläubensschutzes oder infolge nachträglicher Genehmigung eintreten kann<sup>235</sup>.

Rechtssicherheit bzw. Verkehrsschutz sind aufgrund der eben dargelegten Theorie in genau gleichem Masse gewahrt, wie bei der Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht. Nach beiden Theorien hängt der Eintritt von Vertretungswirkung bei pflichtwidrigem Verhalten des Vertreters vom guten Glauben des Dritten ab. Die Auswirkungen, welche die beiden Theorien zeitigen, sollen anhand der nachfolgenden Tabelle dargelegt werden. Zum Vergleich wird auch die heute in dieser Form nicht mehr relevante, von LABAND und VON TUHR vertretene, «strikte Abstraktheit» herangezogen.

---

<sup>235</sup> Vgl. dazu hinten S. 80 ff., S. 90 ff., sowie insbesondere die schematische Übersicht II, S. 77.

**F) Tabellarische Übersicht**

Ausgangslage	<i>Schweiz</i>	<i>Deutschland</i>	<i>LABAND</i>
Vollmacht und Grundverhältnis <sup>236</sup> sind umfangmässig deckungsgleich. Es sind keinerlei Mitteilungen an Dritte erfolgt.	Vertretungswirkung im Umfang des Grundverhältnisses bzw. der Vollmacht.	dito.	dito.
Vollmacht geht umfangmässig weiter als das Grundverhältnis. Es sind keinerlei Mitteilungen an Dritte erfolgt.	Vertretungswirkung im Umfang des <b>Grundverhältnisses oder der Vollmacht.</b> <i>Herleitung: Entscheidend ist, wie der Vertreter die unterschiedlichen Willensäußerungen nach Vertrauensprinzip verstehen darf und muss.</i>	Vertretungswirkung im Umfang des <b>Grundverhältnisses oder der Vollmacht.</b> <i>Herleitung: Entscheidend ist, wie der Vertreter die unterschiedlichen Willensäußerungen nach Vertrauensprinzip verstehen darf und muss.</i>	Vertretungswirkung im Umfang <b>der Vollmacht.</b> <i>Herleitung: Vollmacht und Grundverhältnis sind voneinander völlig losgelöst; für den Eintritt von Vertretungswirkung ist allein die Vollmacht massgebend.</i>

<sup>236</sup> Zum Grundverhältnis sollen hier auch allfällige Weisungen gezählt werden.

## 2. Direkte bürgerliche Stellvertretung

---

Ausgangslage	<i>Schweiz</i>	<i>Deutschland</i>	<i>LABAND</i>
Vollmacht geht umfangmässig weiter als das Grundverhältnis. Der Vertretene hat den Vollmachtsumfang einem Dritten gegenüber erklärt. Dieser ist berechtigterweise gutgläubig.	Vertretungswirkung im Umfang der <b>Vollmacht</b> . <i>Herleitung: Handeln ohne Vertretungsmacht, aber Vertretungswirkung aufgrund Gutgläubensschutzes Dritter; vgl. dazu hinten S. 99 f.</i>	Vertretungswirkung im Umfang der <b>Vollmacht</b> . <i>Herleitung: Handeln mit Vertretungsmacht (externe Vollmacht).</i>	Vertretungswirkung im Umfang der <b>Vollmacht</b> . <i>Herleitung: Handeln mit Vertretungsmacht.</i>
Vollmacht geht umfangmässig weiter als das Grundverhältnis. Der Vertretene hat die Vollmacht einem Dritten mitgeteilt bzw. erklärt. Dieser ist <b>nicht</b> berechtigterweise gutgläubig.	Vertretungswirkung im Umfang des <b>Grundverhältnisses</b> , sofern das Geschäft teilbar ist. <i>Herleitung: Handeln ohne Vertretungsmacht; kein Eintritt von Vertretungswirkung aufgrund Gutgläubensschutzes Dritter möglich; vgl. dazu hinten S. 92 ff.</i>	Vertretungswirkung im Umfang des <b>Grundverhältnisses</b> , sofern das Geschäft teilbar ist. <i>Herleitung: Handeln mit Vertretungsmacht (externe Vollmacht); aber Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht; der Dritte ist nicht schutzwürdig.</i>	Vertretungswirkung im Umfang der <b>Vollmacht</b> . <i>Herleitung: Handeln mit Vertretungsmacht; auf den guten Glauben des Dritten kommt es nicht an.</i>



Aus der Tabelle ergibt sich, dass der Unterschied zwischen der hier vertretenen Ansicht und der in Deutschland vorherrschenden Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht allein in der Herleitung, nicht aber im Ergebnis zu sehen ist.

### **G) Konsequenzen bezüglich Art. 158 Ziff. 2 StGB**

Obwohl ein beachtlicher Teil der modernen schweizerischen Lehre bei der direkten bürgerlichen Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR die Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und -macht bzw. zwischen rechtlichem Dürfen und rechtlichem Können mit überzeugenden Gründen – insbesondere mit Hinweis auf das Vertrauensprinzip – ablehnt<sup>237</sup>, hält auch die neuere strafrechtliche Literatur zu Art. 158 Ziff. 2 StGB ohne Ausnahme nach wie vor daran fest<sup>238</sup>. Dabei trifft es nicht zu, dass «nur» WATTER auf die Unterscheidung verzichten will<sup>239</sup>.

Im strafrechtlichen Teil der vorliegenden Arbeit wird mithin zu klären sein, wie die tatbestandsmässige Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB, der «Missbrauch der Ermächtigung», mit der vorliegend als zutreffend betrachteten Stellvertretungslehre in Einklang gebracht werden kann<sup>240</sup>.

## **6. Zusammenfassung**

Nach vorliegend vertretener Ansicht ist die Vollmacht lediglich im Entstehen, Erlöschen sowie in ihrem Bestand von einem allfälligen Grundverhältnis bzw. von Weisungen des Vertretenen unabhängig, insofern abstrakt. Was allerdings den Umfang resp. den Inhalt einer Vollmacht angeht, besteht keine Abstraktheit; dieser deckt sich vielmehr mit dem

---

<sup>237</sup> Vgl. vorne S. 61 und die in FN 225 zitierte Literatur.

<sup>238</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 125; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 2.12; STRATENWERTH/JENNY, § 19 N 23; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 123.

<sup>239</sup> So URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 100 FN 681.

<sup>240</sup> Vgl. dazu hinten S. 167 ff.; besonders S. 170 f., sowie S. 172 ff.

Grundverhältnis bzw. mit dem Innenverhältnis i.e.S.<sup>241</sup>. Demzufolge ist eine Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und -macht, und damit auch ein «Missbrauch der Vertretungsmacht», gar nicht möglich. Setzt sich der Vertreter über Weisungen des Vollmachtgebers oder über Beschränkungen aus dem Grundverhältnis hinweg, liegt eine Vollmächtsüberschreitung vor<sup>242</sup>. Tritt in einer derartigen Konstellation im Ergebnis trotzdem Vertretungswirkung ein, so ist dies im schweizerischen Stellvertretungsrecht stets eine Folge des Gutgläubensschutzes. Es kann mithin nicht gesagt werden, der Vertreter könne mehr, als er dürfe. Das «Können» des Vertreters darf bei richtiger Betrachtung nicht davon abhängig sein, ob der Dritte gut- oder bösgläubig ist.

Die gegenteilige Sichtweise, wonach Weisungen einzig das Grundverhältnis beschlagen und dieses wiederum den Umfang der Vollmacht nicht tangiert, stellt auf den ersten Blick die einzig mögliche Konsequenz der Abstraktheitstheorie LABANDS dar. Eine solche Trennung ist aber im Hinblick auf die in der Schweiz allein relevante Innenvollmacht problematisch. Es erscheint praktisch unmöglich, zwischen Präzisierungen der Vollmacht und einzig das Grundverhältnis betreffenden Weisungen zu unterscheiden, da es sich in beiden Fällen um einseitige Willenserklärungen des Vertretenen handelt, welche sich an den Vertreter richten. Hierbei zu unterscheiden, welche Willenserklärung nun die Vollmacht und welche nur das Grundverhältnis beschlägt, ist m.E. lediglich theoretisch möglich und stellt eine – wie es KELLER/SCHÖBI formulieren – «*Übersteigerung des Abstraktheitsgrundsatzes*»<sup>243</sup> dar. Der Vertreter muss nämlich nach Treu und Glauben Weisungen bzw. sich aus dem Grundverhältnis ergebende Anordnungen auch als Einschränkungen resp. Präzisierungen der Vollmacht verstehen. M.a.W: «*Der Vertreter [hat] Vollmacht, um das auszuführen, wozu das Innenverhältnis ihn verpflichtet*»<sup>244</sup>. Das Können ist somit dem Dürfen gleichzusetzen, dem gutgläubigen Dritten aber in den

---

<sup>241</sup> Besteht eine *isolierte Vollmacht*, so stellen sich insofern keine Probleme, als ein umfangmässiges bzw. inhaltliches Abweichen von Vollmacht und Grundverhältnis hier schon per definitionem nicht vorliegen kann.

<sup>242</sup> BUTSCHER-SCHWARZ, *Vollmacht*, S. 46 ff.; vgl. bezüglich Rechtsfolgen hinten S. 119 ff.

<sup>243</sup> So KELLER/SCHÖBI, *OR-AT*, S. 84.

<sup>244</sup> BUTSCHER-SCHWARZ, *Vollmacht*, S. 52.

vom Gesetz vorgesehenen Fällen<sup>245</sup> Vertrauensschutz in der Form des Eintritts von Vertretungswirkung zu gewähren. Dies bedingt – mit Ausnahme der in Art. 37 OR geregelten Konstellation – dass der Vollmachtgeber einen Rechtsschein setzt, auf den er sich behaften lassen muss. Fälle, in denen der Vertreter im Ergebnis tatsächlich mehr kann, als er darf, sind einzig im Gutgläubensschutz begründet<sup>246</sup>, nicht aber in einer tatsächlichen Vollmacht des Vertreters. Dies ist nicht zuletzt die Konsequenz aus der Tatsache, dass dem schweizerischen Recht eine mit § 167 BGB vergleichbare Bestimmung, und damit die externe Vollmacht, unbekannt ist<sup>247</sup>.

### III. Umfang der Vollmacht

#### 1. Auslegung der Bevollmächtigungserklärung

Massgebend für den Umfang einer Vertretungsmacht ist gemäss Art. 33 Abs. 2 OR der Inhalt der Bevollmächtigungserklärung<sup>248</sup>. Entscheidend ist dabei einzig und allein das Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter<sup>249</sup>. Hat letzterer die Bevollmächtigung tatsächlich *nicht richtig* verstanden, so bestimmt sich deren Inhalt nach Vertrauensprinzip; falls strittig, beurteilt sich danach auch die Frage, ob überhaupt eine Ermächtigung erteilt wurde oder nicht. Von Bedeutung ist somit, wie der Vertreter die Willenserklärung des Vollmachtgebers nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls, verstehen darf und muss<sup>250</sup>.

Zur Auslegung des Vollmachtsumfangs ist im Übrigen das Innenverhältnis i.e.S. beizuziehen. Eine Vollmacht wird ja erteilt, um damit einen

---

<sup>245</sup> Vgl. dazu hinten S. 92 ff.

<sup>246</sup> Vgl. dazu hinten S. 90 ff.

<sup>247</sup> Vgl. dazu vorne S. 44 ff.

<sup>248</sup> Vgl. zur Bevollmächtigung vorne S. 41 ff. und insbesondere S. 43.

<sup>249</sup> BK-ZÄCH, OR 33 N 31.

<sup>250</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 114.

bestimmten Zweck zu erreichen, nämlich ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschliessen. Da dieser Zweck massgeblich durch das Grundverhältnis und allfällige Weisungen des Vertretenen bestimmt und umschrieben wird, kann der Vertreter die Bevollmächtigungserklärung nach Treu und Glauben nicht in einem anderen Sinn verstehen als vom Innenverhältnis i.e.S. vorgegeben<sup>251</sup>.

Zu betonen ist noch einmal, dass der Vertretene den Umfang einer bestehenden Vollmacht durch Weisungen oder Abänderungen des Grundverhältnisses «in beide Richtungen» jederzeit modifizieren kann. Eine bestehende Vollmacht kann mithin nachträglich nicht nur eingeschränkt<sup>252</sup>, sondern auch ausgedehnt werden. An dieser Stelle sei in Erinnerung gerufen, dass eine Abänderung des Grundverhältnisses nur mit Zustimmung beider Vertragsparteien erfolgen kann, mithin einen Konsens erfordert, während eine Weisung per definitionem eine einseitige Anordnung darstellt.

Aufgrund des Dargelegten lässt sich der Umfang einer bürgerlichen Vollmacht – bildlich gesprochen – mit einem Luftballon vergleichen. Dem Vertretenen ist es dabei möglich, den Umfang der Vollmacht stets seinen Bedürfnissen entsprechend zu regulieren, mithin gleich, wie man bei einem Ballon einmal etwas Luft dazugibt und so den Umfang vergrössert, oder dann wieder etwas Luft ablässt und so den Umfang (wieder) reduziert.

## 2. Spezial-, Gattungs- und bürgerliche Generalvollmacht

Wird die Vollmacht zur Vornahme eines einzigen, bestimmten Rechtsgeschäfts erteilt, so handelt es sich um eine Spezialvollmacht<sup>253</sup>, welche mit Abschluss des fraglichen Geschäfts automatisch wieder erlischt.

---

<sup>251</sup> Vgl. BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 38 ff. und insbesondere S. 40, sowie BK-ZÄCH, OR 33 N 114.

<sup>252</sup> Art. 34 Abs. 1 OR; vgl. zur Beschränkbarkeit einer bestehenden Vollmacht hinten S. 73 f.

<sup>253</sup> BK-ZÄCH, OR 33 N 93.

Bei einer Gattungsvollmacht wird dem Vertreter demgegenüber die Fähigkeit verliehen<sup>254</sup>, namens des Vertretenen eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte zu tätigen; eben Geschäfte bestimmter Gattung<sup>255</sup>. In der Praxis findet sich diese Erscheinungsform häufig. Als Beispiel soll einmal mehr das Verkaufspersonal in einem Warenhaus dienen, welches über Vertretungsmacht zum Abschluss von Kaufverträgen über die angebotenen Waren mit den Kunden verfügt; wobei diesbezüglich häufig von einer Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR ausgegangen werden muss.

Die bürgerliche Generalvollmacht schliesslich beinhaltet eine Ermächtigung, sämtliche Geschäfte zu tätigen, die mit einem Vermögen zusammenhängen, wobei deren Zulässigkeit insbesondere im Hinblick auf Art. 27 ZGB umstritten ist<sup>256</sup>. Es wird jeweils im Einzelfall zu prüfen sein, ob allenfalls eine übermässige persönliche Bindung des Vertretenen vorliegt. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, für welchen Zeitraum die Generalvollmacht erteilt wird. Unabhängig davon sind aber gewisse Geschäfte von einer bürgerlichen Generalvollmacht nicht erfasst. Zu deren Abschluss ist vielmehr eine Spezialvollmacht erforderlich<sup>257</sup>. Es handelt sich dabei um Rechtsgeschäfte gemäss Art. 348b Abs. 2, Art. 396 Abs. 3, Art. 459 Abs. 2 und Art. 462 Abs. 2 OR.

Eine gesetzlich geregelte handelsrechtliche Generalvollmacht stellt die Prokura gemäss Art. 458 ff. OR dar. Dabei ist zu beachten, dass bei der nichtkaufmännischen Prokura der Handelsregistereintrag eine Entstehungsvoraussetzung darstellt, ihm somit nicht bloss – wie bei der kaufmännischen Prokura – deklaratorische Bedeutung zukommt. Trotzdem ist die Erteilung einer bürgerlichen Generalvollmacht im nichtkaufmännischen Bereich nicht als Umgehung dieser Pflicht zum Handelsregistereintrag zu betrachten<sup>258</sup>. Der (gutgläubige) Dritte kann sich bei einer derartigen Generalvollmacht lediglich nicht auf einen gesetzlich fixierten Vollmachtsumfang verlassen; wobei ein solcher der bürgerlichen Stellvertretung ohnehin generell unbekannt ist.

---

<sup>254</sup> Vgl. vorne FN 100.

<sup>255</sup> So BK-ZÄCH, OR 33 N 94.

<sup>256</sup> Ablehnend BUCHER, OR-AT, S. 605 f.; kritisch BK-ZÄCH, OR 33 N 96 ff.

<sup>257</sup> Vgl. BGE 99 II 39, Erw. 2.

<sup>258</sup> In diesem Sinn aber wohl BUCHER, OR-AT, a.a.O.

### 3. Einzel- und Kollektivvollmacht

Bei der Abgrenzung zwischen Einzel- und Kollektivvollmacht geht es darum, ob eine Ermächtigung allein oder aber nur zusammen mit anderen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann. Nicht massgeblich ist demgegenüber, wie vielen Personen Vertretungsmacht erteilt wird.

Wer über eine Einzelvollmacht verfügt, vermag durch sein Handeln im Namen des Vertretenen allein Vertretungswirkung auszulösen. Die Mitwirkung weiterer Personen ist nicht erforderlich. Demgegenüber ist derjenige, der über eine Kollektivvollmacht verfügt, dazu nur zusammen mit einem oder mehreren anderen in der Lage<sup>259</sup>. Gleichzeitiges Handeln ist dabei nicht notwendigerweise vorausgesetzt, kann aber vom Vertretenen angeordnet werden. Nach Rechtsprechung und Lehre ist gemeinsames Handeln bei der Kollektivvertretung allerdings nur im Rahmen der aktiven Vertretung erforderlich, während bei der passiven Vertretung die Regel gilt, dass die Vertretungsmacht jedem Kollektivvertreter einzeln zu steht<sup>260</sup>.

Hingewiesen sei an dieser Stelle schliesslich noch auf Art. 403 Abs. 2 OR. Werden mehrere Personen vom Auftraggeber gemeinsam beauftragt, so gilt gemäss dieser Bestimmung die Vermutung, dass den Beauftragten eine Kollektivvollmacht erteilt worden ist.

---

<sup>259</sup> Vgl. zum Ganzen BK-ZÄCH, OR 33 N 62 ff.

<sup>260</sup> Vgl. dazu den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 7. Oktober 2005, 4C.244/2005, Erw. 2., m.w.H. Vgl. bezüglich Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Vertretung vorne S. 18.

## IV. Erlöschen der Vollmacht

### 1. Erlöschen ipso iure, Befristung und Bedingung

Spezialvollmachten<sup>261</sup> erlöschen ipso iure mit Abschluss der fraglichen Rechtsgeschäfte. Daneben sind aber auch zeitlich befristete Ermächtigungen denkbar oder solche, welche mit Eintritt einer resolutiven, also auflösenden Bedingung dahinfallen<sup>262</sup>.

### 2. Widerruf, Beschränkung der Vollmacht und Verzicht

Gemäss Art. 34 Abs. 1 OR ist ein Widerruf, aber auch eine nachträgliche Einschränkung<sup>263</sup> der Vollmacht durch den Vertretenen jederzeit möglich<sup>264</sup>. «Unzeiten», wie sie das Auftragsrecht gemäss Art. 404 OR kennt, sind dem Stellvertretungsrecht fremd<sup>265</sup>. Für den Widerruf gilt immer Formfreiheit, und zwar selbst dann, wenn die Bevollmächtigung ausnahmsweise an eine bestimmte Form gebunden ist<sup>266</sup>.

Widerruf und Einschränkungen wirken «ex nunc»<sup>267</sup> – mithin nur für die Zukunft – und stellen aufhebende Gestaltungsrechte dar. Damit sind sie nach h.L. bedingungsfeindlich und unwiderruflich<sup>268</sup>. Sie lassen sich als

---

<sup>261</sup> Vgl. dazu vorne S. 70 f.

<sup>262</sup> Vgl. BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 34 – 35 N 10 f.

<sup>263</sup> Vgl. TERCIER, N 397: «*La révocation peut être totale ou partielle [...]*»; Vgl. zur nachträglichen Beschränkung einer bestehenden Vollmacht auch vorne S. 34 und S. 61 ff.

<sup>264</sup> BK-ZÄCH, OR 34 N 8. Möglich ist es aber auch, den Vollmachtsumfang nachträglich zu erweitern; vgl. dazu vorne S. 69 f.

<sup>265</sup> BK-ZÄCH, a.a.O.

<sup>266</sup> Vgl. vorne S. 49 ff. und BSK OR I-WATTER, Art. 34 N 6.

<sup>267</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 298.

<sup>268</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 154 ff.

einseitige Willenserklärungen des Vertretenen an den Vertreter qualifizieren, die mit Zugang bei letzterem wirksam werden. Tatsächliche Kenntnisnahme ist somit – wie schon bei der Bevollmächtigungserklärung – nicht erforderlich<sup>269</sup>. Immerhin kann aber in Fällen, in denen ein Widerruf bzw. eine Einschränkung der Vollmacht zwar dem Vertreter zugeht, dieser davon aber berechtigterweise noch keine tatsächliche Kenntnis genommen hat, Vertretungswirkung gestützt auf Art. 37 OR eintreten<sup>270</sup>.

Auf sein Recht, die einst erteilte Vollmacht jederzeit zu widerrufen oder einzuschränken, kann der Vertretene gemäss Art. 34 Abs. 2 OR nicht im Voraus verzichten.

Spiegelbildlich zu Art. 34 Abs. 1 OR ist dem Vertreter mit der h.L. die Möglichkeit zuzugestehen, die Vollmacht jederzeit niederzulegen und damit auf sie zu verzichten, ohne damit auch ein allfällig bestehendes Grundverhältnis aufzulösen<sup>271</sup>. Das OR sieht den Verzicht als Erlöschungsgrund zwar nicht explizit vor, er ergibt sich m.E. aber bereits aus der Tatsache, dass der Vertreter aus der Bevollmächtigung allein nicht zum Handeln verpflichtet wird<sup>272</sup>. So könnte auch eine andauernde Nichtausübung der Vollmacht – insbesondere nach Vertrauensprinzip – als stillschweigender Verzicht qualifiziert werden.

Zu erwähnen bleibt, dass auch der Verzicht eine an den Vertretenen gerichtete, einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt.

---

<sup>269</sup> Vgl. zum Zugangsprinzip vorne S. 43.

<sup>270</sup> Vgl. dazu hinten S. 109 f.

<sup>271</sup> Vgl. BK-ZÄCH, Vorbem. zu OR 34 – 35 N 4 f.; zur Abstraktheit der Vollmacht im Erlöschen vgl. S. 52 f.

<sup>272</sup> Vgl. dazu vorne S. 43.



### 3. Gesetzliche Erlöschungsgründe

Als gesetzliche Erlöschungsgründe werden die in Art. 35 Abs. 1 OR aufgezählten bezeichnet. Es sind dies:

- Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten;
- Verschollenerklärung<sup>273</sup> des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten;
- Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten<sup>274</sup>;
- Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.

Die soeben genannten Beendigungsgründe sind allerdings insofern dispositiver Natur, als sie immer dann *nicht* zum Erlöschen der Vollmacht führen, wenn dies zwischen Vertreter und Vertretenem entsprechend vereinbart worden ist<sup>275</sup>. Weiter kann auch aus der Natur des Geschäfts, für welches die Vollmacht erteilt wurde, hervorgehen, dass diese trotz Eintritts eines der in Art. 35 Abs. 1 OR genannten Erlöschungsgründe weiter besteht. Dies wird man etwa bei einer Prozessvollmacht eines Anwaltes annehmen dürfen, zumindest solange, bis sich die Erben des verstorbenen Vollmachtgebers darüber im Klaren sind, ob sie den fraglichen Prozess fortführen möchten, und falls ja, ob mit dem betreffenden Anwalt<sup>276</sup>. Während dieser Zeit ist es «der Natur des Geschäftes» nach notwendig, dass die Vollmacht des Anwalts trotz Todes des Vollmachtgebers weiter besteht, damit die notwendigen prozessualen Massnahmen getroffen, etwa Fristen gewahrt werden können.

---

<sup>273</sup> Vgl. Art. 35 ZGB.

<sup>274</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 21 ff. und S. 24 f.

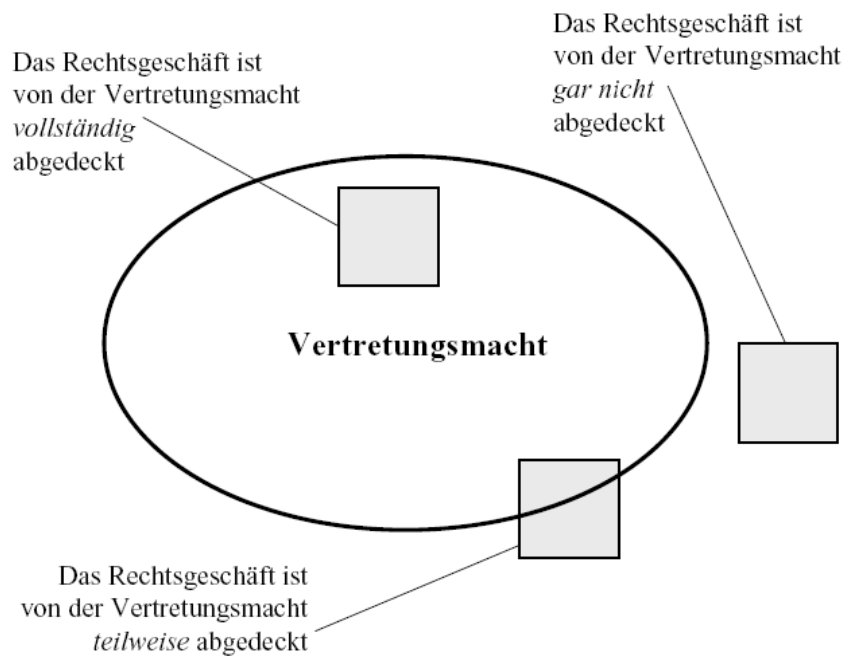
<sup>275</sup> Vgl. dazu BGE 132 III 222, Erw. 2.2.

<sup>276</sup> Vgl. zu diesem Beispiel GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1370.

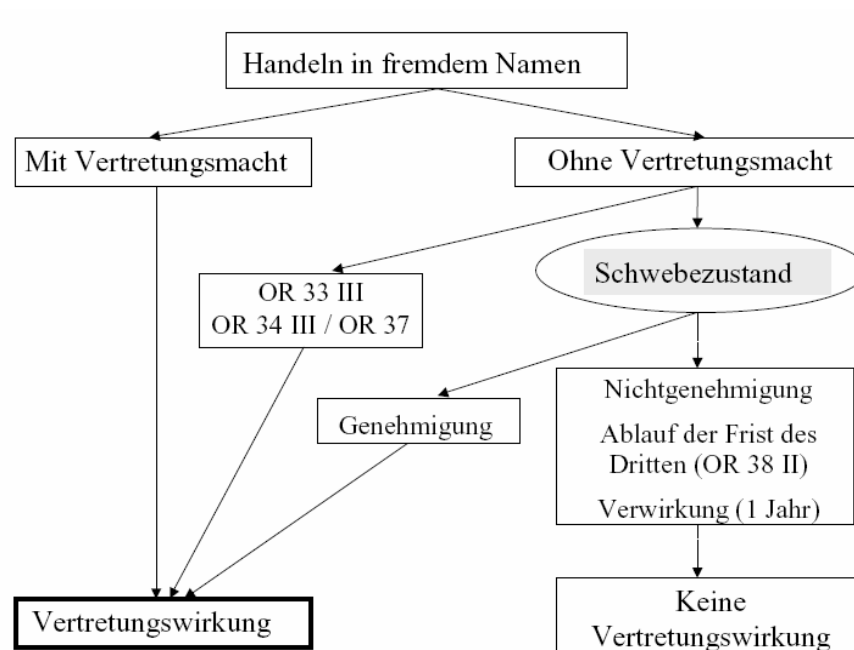
## V. Handeln in fremdem Namen ohne Vollmacht

Zwei Grafiken sollen den Einstieg in die im Folgenden darzuliegende Problematik erleichtern.

### 1. Schematische Übersicht I: Umfang der Vollmacht



## 2. Schematische Übersicht II: Handeln in fremdem Namen mit und ohne Vollmacht



## 3. Mögliche Konstellationen

Wer zwar in fremdem Namen, aber ohne Vollmacht rechtsgeschäftlich tätig ist, wird in der vorliegenden Arbeit einheitlich als *falsus procurator* bezeichnet<sup>277</sup>. Dieser einprägsame Begriff soll dabei für jeden vollmachtslosen Vertreter verwendet werden, insbesondere auch für denjenigen, der irrtümlich vom Vorliegen einer Vollmacht ausgeht und damit nicht vorsätzlich, sondern unbewusst – allenfalls fahrlässig – als *falsus procurator*

<sup>277</sup> Vgl. CR CO I-CHAPPUIS, art. 39 N 10; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1373. Den Begriff erwähnen auch BUCHER, OR-AT, S. 642, BYDLINSKI P. in KBB, § 1016 N 2 und KOLLER, OR-AT I, § 20 N 1. Gemäss VON TUHR, AT, S. 322 FN 29 wurde der vollmachtslose Vertreter *im gemeinen Recht* als *falsus procurator* bezeichnet.

ein Fremdgeschäft abschliesst. Diese Konstellation ist praktisch ohne weiteres denkbar, insbesondere im Zusammenhang mit dem Erlöschen der Vertretungsmacht. Wie bereits dargelegt, wird eine Widerrufserklärung i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR bereits mit deren *Zugang* beim Vertreter wirksam, womit die Vollmacht hinfällig werden kann, ohne dass dieser vom Widerruf tatsächlich Kenntnis genommen hätte<sup>278</sup>. Ebenso ist es auch möglich, dass ein Vertreter von einem gesetzlichen Erlöschungsgrund i.S.v. Art. 35 OR (noch) nichts erfahren hat und alsdann als falsus procurator Rechtsgeschäfte abschliesst. Im Übrigen gilt vorliegend auch als falsus procurator, wer bewusst oder unbewusst eine bestehende Vollmacht *überschreitet*, denn bezüglich des vom Umfang der Vollmacht nicht gedeckten Teils des fraglichen Fremdgeschäfts liegt ein Handeln *ohne* Ermächtigung vor<sup>279</sup>.

Nebst dem unbewusst vollmachtslos handelnden Vertreter gibt es selbstverständlich auch jenen, der ganz bewusst ein Fremdgeschäft tätigt, ohne über die dafür erforderliche Vertretungsmacht zu verfügen. Dazu folgendes Beispiel:

### **Fallbeispiel 5 – «Blaue Barbados»:**

V weiss, dass A schon lange auf der Suche nach der Briefmarke «Blaue Barbados» ist und diese gern in seiner Sammlung hätte. Eines Tages entdeckt V besagtes Unikat im Schaufenster des D und tätigt den Kauf im Namen des A, mit dem Hinweis, die Marke samt Rechnung diesem zu liefern.

Hierbei tritt V *vorsätzlich* als falsus procurator auf. Bei einer allfälligen Nichtgenehmigung<sup>280</sup> des Geschäfts durch A droht V eine Haftung gemäss Art. 39 Abs. 2 OR. Um dieser zu entgehen, wäre ihm der Abschluss des Kaufvertrages unter Genehmigungsvorbehalt zu empfehlen<sup>281</sup>.

---

<sup>278</sup> Vgl. zum Zugangsprinzip vorne S. 43.

<sup>279</sup> Vgl. zu den Vollmachtsüberschreitungen hinten S. 116 ff.

<sup>280</sup> Vgl. dazu hinten S. 80 ff.

<sup>281</sup> Vgl. zur Haftung des falsus procurator gemäss Art. 39 OR hinten S. 135 ff. und zum «Genehmigungsvorbehalt» S. 88.

#### 4. Grundsatz: Keine Vertretungswirkung

*Grundsätzlich* vermag ein falsus procurator keine Vertretungswirkung auszulösen, da eine der fünf Voraussetzungen für deren Eintritt fehlt<sup>282</sup>. Nur *ausnahmsweise* – sofern eine nachträgliche Genehmigung seitens des Vertretenen oder aber ein Fall des Gutgläubensschutzes vorliegt<sup>283</sup> – führt ein vollmachtslos geschlossenes Fremdgeschäft zu einer Rechtsbeziehung zwischen Vertretenem und Dritten.

An dieser Stelle ist ausdrücklich zu betonen, dass der falsus procurator selber *nicht* Partei – beispielsweise Vertragspartner – des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts werden kann<sup>284</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>285</sup>. Der «Eintritt» des falsus procurator in ein von ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft kommt mithin nicht in Frage<sup>286</sup>. Wie schon bei der externen Vollmacht besteht diesbezüglich ein Unterschied zum deutschen Recht, welches in § 179 Abs. 1 BGB auf Verlangen des Dritten die Möglichkeit eines derartigen «Eintritts» vorsieht<sup>287</sup>. Demgegenüber gewährt Art. 39 OR dem Dritten bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung in jedem Fall einzig einen Schadenersatzanspruch gegen den falsus procurator<sup>288</sup>. Gerade auch aus der eben erwähnten Regelung von Art. 39 OR – welche den vollmachtslo-

---

<sup>282</sup> TERCIER, N 378; vgl. zur Voraussetzung des «Handelns mit Vertretungsmacht» vorne S. 30 ff.

<sup>283</sup> Vgl. zu diesen Ausnahmekonstellationen hinten S. 80 ff. und S. 90 ff.

<sup>284</sup> So explizit BUCHER, OR-AT, S. 642; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1419 und KOLLER, OR-AT I, § 20 N 1. Vgl. auch KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 89 und BK-ZÄCH, OR 39 N 85. Vgl. ferner hinten S. 134.

<sup>285</sup> Vgl. BUCHER, OR-AT, S. 642 FN 150.

<sup>286</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, a.a.O. Unklar BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 128, der in den Art. 38 ff. OR (Handeln in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht) eine indirekte Stellvertretung zu erkennen scheint, was zum *unzutreffenden* Ergebnis eines Eigengeschäfts des falsus procurator führen würde.

<sup>287</sup> Vgl. dazu etwa Staudinger/SCHILKEN (2004) § 179 Rn 12 ff.

<sup>288</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 39 N 85. Zur Haftung des falsus procurator gegenüber dem gutgläubigen Dritten vgl. hinten S. 135 ff.

sen 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>289</sup> ungültige Vertretergeschäft zwischen ihnen Wirkung entfalten soll. Hierbei liegt dann aber ein Konsens über ein *neues* Rechtsgeschäft vor<sup>290</sup>, welches nichts mehr mit dem eigentlichen Vertretergeschäft zu tun hat. Letzteres ist und bleibt in der eben geschilderten Konstellation ungültig.

## **5. 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>291</sup> – im sog. «Schwebezustand»<sup>292</sup>. Es ist mithin nicht sofort unwirksam, sondern zunächst insofern einseitig unverbindlich, als nur der Dritte, nicht aber der Vertretene daran gebunden ist<sup>293</sup>. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus folgenden zwei Überlegungen:

---

<sup>289</sup> Definitiv unwirksam ist ein vollmachtslos abgeschlossenes Fremdgeschäft mit Beendigung des Schwebezustandes; vgl. hinten S. 82 ff. und S. 85.

<sup>290</sup> Vgl. BUCHER, OR-AT, S. 642 FN 150.

<sup>291</sup> Vgl. dazu die schematische Übersicht II vorne S. 77 sowie die Ausführungen hinten S. 90 ff.

<sup>292</sup> Vgl. KOLLER, OR-AT I, § 19 N 28; BSK OR I-WATTER, Art. 38 N 4; BK-ZÄCH, OR 38 N 33 ff.

<sup>293</sup> Dazu sogleich; vgl. auch BGE 107 II 105, Erw. 3.; KOLLER, OR-AT I, § 19 N 26 m.w.H.; BK-ZÄCH, OR 38 N 33.

- Einerseits vermag der vollmachtslose Vertreter weder Vertretungswirkung auszulösen noch wird er selber Partei des in fremdem Namen abgeschlossenen Geschäftes<sup>294</sup>;
- 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 Vertretungswirkung doch noch eintreten würde. Dies ist aber nur möglich, wenn der Dritte bis zum Genehmigungsentscheid an das vollmachtslos abgeschlossene Vertretergeschäft gebunden ist.

Die Tatsache, dass der Dritte während des Schwebezustandes an das fragliche Rechtsgeschäft einseitig gebunden ist<sup>295</sup>, stellt für ihn – wie sogleich aufzuzeigen sein wird – eine unter Umständen unangenehme Situation dar.

Im Fallbeispiel 5 (Blaue Barbados) hat V als falsus procurator gehandelt, was bedeutet, dass der Verkäufer – also der «Dritte» D – an den Kaufvertrag über die «Blaue Barbados» gebunden ist. Verkauft und tradiert dieser die Briefmarke *während* des Schwebezustandes einem anderen, so hat A gegen D einen Anspruch auf Schadenersatz<sup>296</sup>, sofern er das von V in seinem Namen vollmachtslos geschlossene Geschäft nachträglich genehmigt und damit den Mangel fehlender Vertretungsmacht mit ex-tunc-Wirkung heilt<sup>297</sup>. Von einer Genehmigung darf aufgrund der im Sachverhalt geschilderten Konstellation durchaus ausgegangen werden. Allerdings besteht gestützt auf Art. 38 OR keine Genehmigungspflicht<sup>298</sup> und auch aus einem allfälligen Grundverhältnis kann eine solche nicht generell abgeleitet werden. Im Fallbeispiel 5 käme diesbezüglich einzig eine echte (berechtigte) GoA i.S.v. Art. 419 ff. OR in Frage, wobei Art. 422 OR den Geschäftsherrn zwar gegebenenfalls zur Leistung von Schadenersatz, nicht

---

<sup>294</sup> Vgl. dazu bereits S. 79 und hinten S. 134.

<sup>295</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1380; KOLLER, OR-AT I, § 19 N 26; BSK OR I-WATTER, Art. 38 N 4; BK-ZÄCH, OR 38 N 33 m.w.H.

<sup>296</sup> Aus Art. 97 Abs. 1 OR wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages (nachträgliche subjektive Unmöglichkeit).

<sup>297</sup> Vgl. Art. 38 Abs. 1 OR und hinten S. 88.

<sup>298</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 38 N 62 ff.

aber zu einer nachträglichen Genehmigung verpflichtet<sup>299</sup>. Denkbar wäre es allerdings, dass zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter eine solche Genehmigungspflicht *vertraglich* vereinbart worden ist. Dies dürfte allerdings praktisch kaum vorkommen, da es wesentlich naheliegender ist, den Vertreter von vornherein entsprechend zu bevollmächtigen.

Obwohl der Vertretene unter rechtlichen Gesichtspunkten frei entscheiden kann, ob er ein vollmachtslos abgeschlossenes Fremdgeschäft nachträglich genehmigen möchte, dürfte zuweilen ein *faktischer* Genehmigungszwang bestehen. Gerade Vertretene, die von ihrem guten Ruf «leben», wie Banken, Versicherungen etc., können es sich aus «Imagegründen» kaum leisten, die von ihren Vertretern vollmachtslos abgeschlossenen Geschäfte nicht zu genehmigen. Zumeist wird der Dritte in derartigen Fällen vom vollmachtslosen Handeln oder der Vollmachtsüberschreitung gar nichts bemerken, da der Vertretene ihm gegenüber das Geschäft ohne weiteres erfüllt und damit genehmigt.

### **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>300</sup>. Während im deutschen Recht diese Zeitspanne auf *zwei Wochen* begrenzt wird<sup>301</sup>, fehlen im OR entsprechende Angaben. Es ist lediglich von einer «angemessenen Frist» die Rede. Damit kann zwar dem Einzelfall Rechnung getragen werden, allerdings 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».

---

<sup>299</sup> BK-ZÄCH, OR 38 N 64; a.M. SCHMID, GoA, N 506 ff.

<sup>300</sup> BK-ZÄCH, OR 38 N 38.

<sup>301</sup> Vgl. § 177 Abs. 2 BGB.



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>302</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>303</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>304</sup>. Dies wiederum im Unterschied zum BGB, welches in § 178 eine derartige Möglichkeit kennt. 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 vollmachtslosen Stellvertretung somit die Rechtslage gefallen lassen, die bei gegebener Vollmacht des Vertreters bestehen würde, mithin die rechtliche Bindung an das mit diesem abgeschlossene Geschäft.

---

<sup>302</sup> Diese Ansicht vertritt VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 115.

<sup>303</sup> Diese Lösung schlägt BK-ZÄCH, OR 38 N 42 vor. Vgl. auch BGE 101 II 222, Erw. 6.b).

<sup>304</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 38 N 35; a.M. BUCHER, OR-AT, S. 604/605, der dem Dritten dann ein Rücktrittsrecht einräumen möchte, wenn dieser vom Fehlen der Vollmacht keine Kenntnis hatte.

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 jemand in fremdem Namen handelt, nicht zwingend den Schluss auf das tatsächliche Vorhandensein einer umfangmässig ausreichenden Vollmacht zulässt<sup>305</sup> und damit auch nicht einen rechtserheblichen Irrtum über eine Vertragsgrundlage zu begründen vermag<sup>306</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 werden, 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 Vertreter lediglich durch Ansetzen einer angemessenen Frist zur Genehmigung auffordern und wird nach unbenutztem Fristablauf oder verspäteter Genehmigung 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 vollmachten Vertreter geltend machen kann<sup>307</sup>.

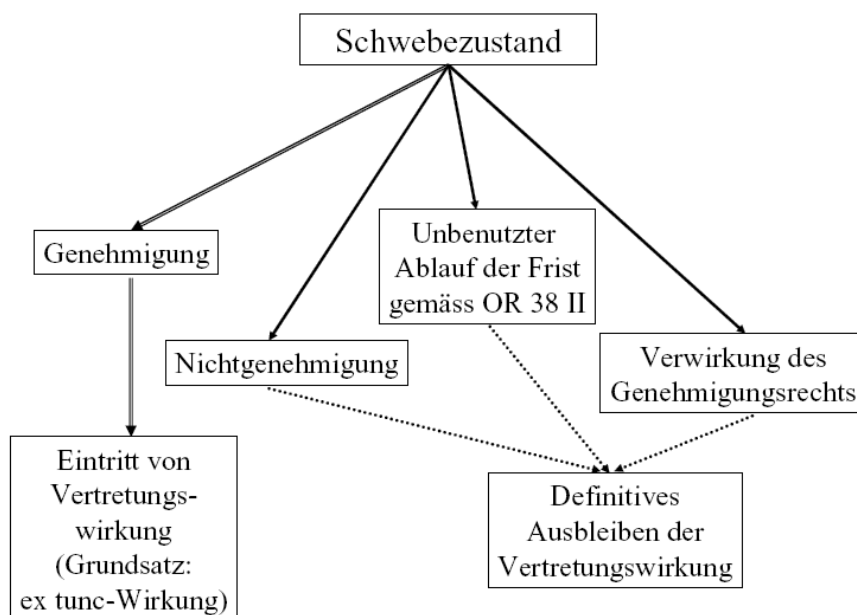
---

<sup>305</sup> Und für sich allein auch keinen Ansatzpunkt für den Eintritt der Vertretungswirkung ex lege aufgrund Gutgläubenschutzes Dritter bildet; vgl. dazu hinten S. 92 ff.

<sup>306</sup> So BK-ZÄCH, OR 38 N 34; a.M. VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 113.

<sup>307</sup> Vgl. zur Haftung gemäss Art. 39 OR hinten S. 135 ff.

**C) Schematische Übersicht III: Beendigung des Schwebezustandes**



Hingewiesen sei an dieser Stelle, dass von einem unbenutzten Ablauf der Frist gemäss Art. 38 Abs. 2 OR nicht nur dann auszugehen ist, wenn der Vertretene sich gar nie zum fraglichen Fremdgeschäft äussert, sondern auch dann, wenn die Genehmigung verspätet erfolgt. Erklärt der Vertretene die Genehmigung also erst nach Ablauf der vom Dritten angesetzten Frist, führt dies ebenfalls zum definitiven Ausbleiben der Vertretungswirkung.

## D) Charakter und Wirkung der Genehmigung

### a) *Einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft*

Wie die Bevollmächtigungserklärung, so stellt auch die nachträgliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft dar<sup>308</sup>. Sie lässt sich überdies als unwiderrufliche, bedingungsfeindliche Willenserklärung qualifizieren<sup>309</sup>, die im Prinzip an keine bestimmte Form gebunden ist<sup>310</sup>. Falls das Gesetz aber ausnahmsweise für die Bevollmächtigungserklärung eine Form voraussetzt<sup>311</sup>, wird man die Einhaltung derselben auch für die Genehmigungserklärung verlangen müssen<sup>312</sup>. Anders präsentiert sich die Situation natürlich dann, wenn man mit einem Teil der neueren Lehre bereits für die Bevollmächtigung zu formbedürftigen Geschäften die Einhaltung der jeweils erforderlichen Form verlangt<sup>313</sup>. In der Konsequenz müssen dann auch Genehmigungen, welche derartige Geschäfte betreffen, der gesetzlich vorgeschriebenen Form entsprechen.

Praktisch häufig dürfte die Genehmigung auch durch reale Erfüllung des fraglichen Rechtsgeschäftes erfolgen, ohne dass der Dritte vom vollmachten Handeln des Vertreters je etwas bemerkt<sup>314</sup>. Demgegenüber bedeutet *Stillschweigen* seitens des Vertretenen zumeist Nichtgenehmigung. Ist ihm jedoch in einem konkreten Fall ein Widerspruch zumutbar und unterlässt er diesen, so kann allenfalls auch ein blosses Schweigen als Genehmigungserklärung gedeutet werden<sup>315</sup>.

---

<sup>308</sup> Vgl. dazu vorne S. 43.

<sup>309</sup> Es geht bei der Genehmigung um die *Ausübung eines Gestaltungsrechts*; vgl. BK-ZÄCH, OR 38 N 50 f.

<sup>310</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 3.2.

<sup>311</sup> Wie z.B. gemäss Art. 493 Abs. 6 OR für die Bürgschaft; vgl. dazu vorne S. 49.

<sup>312</sup> KOLLER, OR-AT I, § 19 N 23 m.w.H.

<sup>313</sup> Vgl. dazu vorne S. 49.

<sup>314</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 80 ff.

<sup>315</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 3.2; BUCHER, OR-AT, S. 604; BK-ZÄCH, OR 38 N 54 und 55.

Wie bereits erwähnt, wird der Mangel fehlender Vollmacht durch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich geheilt, mit dem Ergebnis, dass die Vertretungswirkung doch noch eintritt. Man kann daher die Genehmigung auch als einen nachträglich geäußerten Bevollmächtigungswillen betrachten oder aber als Verzicht des Vertretenen auf die Einrede fehlender Bevollmächtigung<sup>316</sup>.

b) *Grundsätzlich: Keine Möglichkeit einer Teilgenehmigung*

Zu beachten ist, dass der Vertretene mit einer nachträglichen Genehmigung das fragliche Geschäft grundsätzlich nur so übernehmen kann, wie es der falsus procurator in seinem Namen abgeschlossen hat<sup>317</sup>. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der sog. «Repräsentationstheorie», die besagt, dass sich der Inhalt eines Fremdgeschäftes nach der Person des Vertreters bestimmt<sup>318</sup>.

Demnach ist eine blosser Teilgenehmigung an sich nicht möglich. Eine derartige Willenserklärung des Vertretenen ist vielmehr als Nichtgenehmigung zu verstehen, allerdings verbunden mit dem Antrag an den Dritten zum Abschluss eines neuen Rechtsgeschäftes<sup>319</sup>.

Das eben Dargelegte gilt indes nicht absolut. Eine Teilgenehmigung dürfte grundsätzlich dann zulässig sein, wenn das fragliche Geschäft von seiner Natur her teilbar ist<sup>320</sup>. Nach vorliegend vertretener Ansicht müsste dann allerdings auch noch Art. 25 Abs. 2 OR analog angewendet werden, womit eine Teilgenehmigung – selbst bei Geschäften, die von ihrer Natur her teilbar sind – nur dann statthaft wäre, wenn sich der Dritte damit einverstanden erklärt.

---

<sup>316</sup> Vgl. BUCHER, OR-AT, S. 603, welcher die Ansicht vertritt, die nachträgliche Genehmigung sei mit der vorgängigen Vollmachtserteilung *identisch*. A.M. BK-ZÄCH, OR 38 N 48.

<sup>317</sup> BK-ZÄCH, OR 38 N 52.

<sup>318</sup> Vgl. zur Repräsentationstheorie vorne S. 14 f.

<sup>319</sup> Vgl. BK-ZÄCH, a.a.O., m.w.H.

<sup>320</sup> BK-ZÄCH, a.a.O., mit Verweisen auf die deutsche Literatur. Vgl. zur Teilunwirksamkeit des Geschäftes bei einer Vollmachtsüberschreitung hinten S. 119 ff.

c) *Ex-tunc-Wirkung und Adressat der Erklärung*

Grundsätzlich wirkt eine nachträgliche Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, mithin ex-tunc<sup>321</sup>. Allerdings können der Vertreter und der Dritte den Zeitpunkt der Genehmigungswirkung durch Parteivereinbarung frei bestimmen.

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Rückwirkung der Genehmigungserklärung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist aber stets dann anzunehmen, wenn der Vertreter offen<sup>322</sup> als falsus procurator auftritt, er mit dem Dritten unter Genehmigungsvorbehalt ein aufschiebend (suspensiv) bedingtes Rechtsgeschäft abschliesst. In dieser speziellen Konstellation kommt dieses erst mit der Genehmigung des Vertretenen zustande, also ex nunc<sup>323</sup>. Gleiches gilt, wenn der Dritte vom Fehlen der Vollmacht auf anderem Weg Kenntnis erlangt oder davon hätte Kenntnis haben müssen<sup>324</sup>.

Nach h.L. kann der Vertretene die Genehmigung oder Nichtgenehmigung sowohl dem Dritten als auch dem falsus procurator gegenüber erklären. Hat ihm der Dritte indes eine Genehmigungsfrist gesetzt, so kommt nach zutreffender Ansicht nur noch er als Adressat in Betracht<sup>325</sup>.

## E) Zusammenfassung

Abgesehen von Ausnahmefällen, in denen Vertretungswirkung *unmittelbar* aufgrund Gutgläubenschutzes eintritt<sup>326</sup>, befindet sich das von einem falsus procurator abgeschlossene Fremdgeschäft in einer ersten Phase im Schwebezustand, der sich auf folgende Arten beenden lässt:

---

<sup>321</sup> Vgl. zum Ganzen BUCHER, OR-AT, S. 603; KOLLER, OR-AT I, § 19 N 29; BK-ZÄCH, OR 38 N 73.

<sup>322</sup> D.h. durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung.

<sup>323</sup> Vgl. Art. 151 Abs. 2 OR, welcher für aufschiebend (suspensiv) bedingte Geschäfte den Grundsatz der Nichtrückwirkung statuiert.

<sup>324</sup> BK-ZÄCH, OR 38 N 75.

<sup>325</sup> Einzelheiten bei BSK OR I-WATTER, Art. 38 N 5 und BK-ZÄCH, OR 38 N 57 ff.; a.M. VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 133: Die Erklärung bezüglich Genehmigung sollte sich *in jedem Fall* an den Dritten richten.

<sup>326</sup> Vgl. dazu sogleich sowie die schematische Übersicht II vorne S. 77.

- Zunächst einmal durch den Vertretenen, der das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend genehmigen, aber auch nicht genehmigen kann. Im Falle der Genehmigung kommt das Geschäft grundsätzlich mit ex-tunc-Wirkung zustande, und zwar so, wie es der Vertreter abgeschlossen hat. Im Falle der Nichtgenehmigung endet die Gebundenheit des Dritten, und als weitere Rechtsfolge ist das fragliche Fremdgeschäft nun definitiv als hinfällig zu betrachten und damit endgültig unwirksam. Dieselbe Wirkung hat auch das Ausbleiben einer Genehmigungserklärung des Vertretenen innerhalb einer vom Dritten angesetzten (angemessenen) Frist i.S.v. Art. 38 Abs. 2 OR;
- weiter hat der einseitig an das «schwebende Rechtsgeschäft» gebundene Dritte die Möglichkeit, den Schwebezustand durch Ansetzung einer angemessenen Frist i.S.v. Art. 38 Abs. 2 OR indirekt – über die Person des Vertretenen – zu beenden. Ein eigentliches Rücktrittsrecht, mit welchem er den Schwebezustand direkt beenden könnte, steht ihm indes nicht zu;
- im Ergebnis führt auch ein Untätigbleiben von Vertretenem und Drittem zu einem Ende des Schwebezustandes. In dieser wohl eher theoretischen Konstellation verwirkt nach Treu und Glauben das Genehmigungsrecht des Vertretenen mit Ablauf einer gewissen Zeit<sup>327</sup> und der Dritte wird wieder frei.

Ob dem falsus procurator allenfalls aus dem *Grundverhältnis* ein *Anspruch* gegen den Vertretenen auf Genehmigung des fraglichen Geschäftes zusteht, hängt von der individuellen Ausgestaltung dieses Rechtsverhältnisses ab. Ein solcher Anspruch ist nach zutreffender Ansicht nur dann zu bejahen, wenn er vertraglich vereinbart ist<sup>328</sup>. Dass der falsus procurator an einer Genehmigung durch den Vertretenen ein grosses Interesse hat, versteht sich im Übrigen von selbst, denn damit wird er von seinem Haftungsrisiko gemäss Art. 39 OR befreit<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> Als Richtschnur erscheint *ein Jahr* als angemessen; vgl. dazu vorne S. 82 ff.

<sup>328</sup> Vgl. dazu eingehend BK-ZÄCH, OR 38 N 62 ff.

<sup>329</sup> Vgl. dazu hinten S. 135 ff.

## 6. Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes

### A) Die Tatbestände des Gutgläubensschutzes im Überblick

Unabhängig von einer nachträglichen Genehmigung durch den Vertretenen vermag ein falsus procurator Vertretungswirkung auszulösen, sofern einer der gesetzlich *abschliessend* geregelten Tatbestände des Gutgläubensschutzes vorliegt. Diese sind bei der bürgerlichen Stellvertretung nur ausnahmsweise gegeben. Im Normalfall gilt der bereits bekannte Grundsatz, wonach ein falsus procurator keine Vertretungswirkung herbeiführen kann.

Zu betonen ist an dieser Stelle, dass der gute Glaube des Dritten bzw. des Vertreters<sup>330</sup> nur – aber immerhin – den Rechtsmangel einer fehlenden Vollmacht zu heilen vermag, *nicht* aber weitere Mängel des fraglichen Fremdgeschäftes, insbesondere Nichtigkeitsgründe, wie etwa die fehlende Urteilsfähigkeit des Vertreters<sup>331</sup>.

Zu unterscheiden ist im Folgenden zwischen dem Gutgläubensschutz *Dritter* gemäss Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR und dem Gutgläubensschutz des *Vertreters* gemäss Art. 37 OR. Die zuletzt genannte Bestimmung dient allerdings im Ergebnis auch dem gutgläubigen *Dritten*<sup>332</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 *Gutgläubensschutzbestimmungen i.e.S.*, 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

---

<sup>330</sup> Vgl. Art. 37 OR.

<sup>331</sup> Vgl. allgemein zur Person des bürgerlichen Stellvertreters vorne S. 21 ff.

<sup>332</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 2 OR.



Genehmigung des Vertretenen – eintritt, sind dem bürgerlichen Stellvertretungsrecht unbekannt. Wohl statuiert auch Art. 36 Abs. 2 OR unter bestimmten Voraussetzungen<sup>333</sup> 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 i.e.S.* dar. Dies gilt gleichermassen für Art. 39 OR<sup>334</sup>, 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 einzig jene gemeint, die als Rechtsfolge auch wirklich 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>335</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 vorne erwähnten Schwebezustand<sup>336</sup> gerät, *sofern* im Einzelfall die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 oder Art. 37 OR gegeben

---

<sup>333</sup> Vgl. zu Art. 36 Abs. 2 OR hinten S. 103 ff.

<sup>334</sup> Vgl. zu Art. 39 OR hinten S. 135 ff.

<sup>335</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>336</sup> Vgl. zum Schwebezustand vorne S. 80 ff.

sind<sup>337</sup>. In diesen Situationen tritt Vertretungswirkung vielmehr *unmittelbar*<sup>338</sup> *ex lege*<sup>339</sup> ein, womit eine allfällige Nichtgenehmigungserklärung des Vertretenen *unbeachtlich* bleibt. Der Vertretene hat in Konstellationen des Gutgläubensschutzes nach zutreffender Ansicht *kein Wahlrecht*<sup>340</sup>, ob er Vertretungswirkung eintreten lassen will oder nicht<sup>341</sup>.

## C) Gutgläubensschutz Dritter

### a) Allgemeines zum guten Glauben des Dritten

Einprägsam lässt sich der gute Glaube als «*fehlendes Unrechtsbewusstsein trotz Vorliegens eines Rechtsmangels*» bezeichnen<sup>342</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 bzw. ihm fehlt das Bewusstsein, dass dies eben gerade nicht der Fall ist. Ansatzpunkt dieser Bewusstseinslage und damit des guten Glaubens bildet dabei die Vollmachtsgabe des Vertretenen, mithin der von diesem geschaffene Rechtsschein.

Das Vorhandensein guten Glaubens wird gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB *vermutet*<sup>343</sup>. Zu beachten ist aber auch, dass sich nicht darauf berufen darf,

---

<sup>337</sup> So ausdrücklich GUHL/KOLLER, OR, § 21 N 6 (S. 167) sowie KOLLER, OR-AT I, § 19 N 5; vgl. auch BK-ZÄCH, OR 33 N 9 a.E., sowie die schematische Übersicht II vorne S. 77.

<sup>338</sup> Vgl. dazu KOLLER, Guter Glaube, N 288 und N 300; BGE 107 II 105, Erw. 6.a); vgl. auch die schematische Übersicht II vorne S. 77.

<sup>339</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1393; KOLLER, Guter Glaube, N 287.

<sup>340</sup> Das ihm in den Fällen zukommt, in denen das fragliche Geschäft in den Schwebezustand gerät; vgl. vorne S. 80 ff. und S. 82 ff.

<sup>341</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 288 sowie N 300.

<sup>342</sup> Vgl. statt vieler WATTER, Missbrauch, N 30.

<sup>343</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.

wer bei der Aufmerksamkeit, die nach den Umständen von ihm zu verlangen ist, nicht gutgläubig sein kann<sup>344</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>345</sup>, würde dies doch bedeuten, dass beim Vertretenen oder gar bei weiteren Personen stets nachgefragt werden müsste, wie es um die (einst) mitgeteilte bzw. nach aussen kundgegebene Vollmacht (momentan) steht. Die kaum erstrebenswerte Konsequenz daraus wäre, dass das Interesse des Verkehrsschutzes unverhältnismässig stark zugunsten des Interesses der Privatautonomie des Vertretenen zurückstehen müsste<sup>346</sup>. Von einer eingangs erwähnten Erkundigungspflicht wird man nur dann ausgehen können und müssen, wenn beim Dritten Zweifel aufkommen, ob die vom Vertretenen (einst) 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 Rechtsgeschäftes auch ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 39 OR gegen den falsus procurator wegfällt. Diese Haftungsbestimmung verlangt vom Dritten nämlich ebenfalls eine *berechtigte* Gutgläubigkeit bezüglich des Bestehens genügender Vertretungsmacht<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB.

<sup>345</sup> Vgl. BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 35: «Eine generelle Erkundigungspflicht besteht nicht.»

<sup>346</sup> Vgl. zu diesem Interessengegensatz vorne S. 15 ff.

<sup>347</sup> Vgl. zur Haftung nach Art. 39 OR hinten S. 135 ff.

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

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>348</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>349</sup>. Dies käme einer völlig einseitigen Betonung der Interessen des Dritten gleich und wäre mit einem geordneten 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>350</sup> bestehenden Vollmacht setzt, auf den sich gutgläubige Dritte verlassen können und dürfen<sup>351</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>352</sup>.

Den angesprochenen *Rechtsschein* setzt *der Vertretene* durch ausdrückliche oder stillschweigende (konkludente) Mitteilung der Vollmacht an eine bestimmte Drittperson oder an mehrere, allenfalls unbestimmt viele

---

<sup>348</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1402.

<sup>349</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGER vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 2.1, sowie BK-ZÄCH, OR 33 N 131.

<sup>350</sup> Oder zumindest nicht in besagtem Umfang.

<sup>351</sup> BGE 131 III 511, Erw. 3.2.1 = Pr 95 [2006], Nr. 66; KOLLER, OR-AT I, § 16 N 19; TERCIER, N 412; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 31; BK-ZÄCH, a.a.O.

<sup>352</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 268 m.w.H.

Dritte<sup>353</sup>. Dabei muss der *Umfang* der fraglichen Ermächtigung aus der Kundgabe hervorgehen, für den Dritten mithin ersichtlich sein<sup>354</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>355</sup>, weshalb gegenüber gutgläubigen Dritten Vertretungswirkung in diesem Umfang eintritt, auch wenn ihnen vom Vertretenen – also von der Gesellschaft oder vom Prinzipal<sup>356</sup> – lediglich mitgeteilt wird, jemand sei «Prokurist» oder «Organ».

Wie bereits eingehend dargelegt<sup>357</sup>, begründet nach vorliegend vertretener Ansicht 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>358</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>359</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 folgende Möglichkeiten in Betracht:

---

<sup>353</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 240: «Eine Vollmachtskundgabe bedarf keiner bestimmten Form»; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 31; BK-ZÄCH, OR 33 N 144.

<sup>354</sup> So auch WATTER, Missbrauch, N 77. Die Mitteilung muss zum Ausdruck bringen, für welche Rechtshandlungen jemand bevollmächtigt ist.

<sup>355</sup> Vgl. Art. 459 OR für die Prokura und beispielsweise Art. 718a OR für die AG.

<sup>356</sup> Bei der Prokura und der Handlungsvollmacht i.e.S. wird der Vertretene auch als *Prinzipal* bezeichnet.

<sup>357</sup> Vgl. vorne S. 44 ff.

<sup>358</sup> Ebenso BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 30 m.w.H. und BK-ZÄCH, OR 33 N 9.

<sup>359</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 219, der die Vollmachtsmitteilung als «*Vorstellungsmitteilung*» qualifiziert.

## 2. Direkte bürgerliche Stellvertretung

---

- Zunächst kann besagte Kundgabe mündlich (z.B. telefonisch), schriftlich (z.B. durch einen Brief, eine E-Mail etc.) oder durch öffentlichen Anschlag<sup>360</sup> erfolgen;
- praktisch bedeutsam ist sodann die Kundgabe der Vollmacht mittels einer vom Vertretenen an den Vertreter ausgehändigten Vollmachtsurkunde<sup>361</sup>, welche letzterer bei Vornahme der fraglichen Fremdgeschäfte dem Dritten tatsächlich vorlegt<sup>362</sup>. Der Vertreter ist dabei – also bezüglich Vollmachtskundgabe – als Bote des Vertretenen zu qualifizieren<sup>363</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>364</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>365</sup>, verwendet er sie insbesondere gegenüber Dritten, denen 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

---

<sup>360</sup> BK-ZÄCH, OR 33 N 150; vgl. dazu auch BGE 99 II 39, Erw. 1.

<sup>361</sup> Nach BK-ZÄCH, 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>362</sup> Vgl. BGE 131 III 511, Erw. 3.2.1 = Pr 95 [2006], Nr. 66.

<sup>363</sup> Vgl. CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 23; KOLLER, Guter Glaube, N 253; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 31 und N 33; BK-ZÄCH, OR 33 N 145. Vgl. zum Begriff des Boten vorne S. 22 f.

<sup>364</sup> Vgl. KOLLER, OR-ATI, § 19 N 11 und § 20 N 16.

<sup>365</sup> Vgl. dazu BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 33 mit Verweis auf BK-ZÄCH, OR 33 N 145.

bzw. Art. 34 Abs. 3 OR, da in diesen Konstellation nicht mehr gesagt werden kann, es sei der Vertretene, welcher den erforderlichen Rechtsschein setze;

- Vollmachtenkundgaben erfolgen oft auch in Verträgen oder in AGB<sup>366</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;
- 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>367</sup>. In einem älteren Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen<sup>368</sup> wird ausgeführt, ein Bauherr, der einen Architekten beauftrage, gebe damit kund, dieser sei zum Abschluss von Ingenieursverträgen bevollmächtigt. Im Anwendungsbereich der bürgerlichen Stellvertretung ist diese Rechtsprechung mit Koller abzulehnen<sup>369</sup>. Bei allem berechtigten Bemühen, gutgläubige Dritte zu schützen, dürfen Verkehrsschutzüberlegungen weder überstrapaziert noch allein massgebend sein. Es sei einmal mehr darauf hingewiesen, dass das Interesse des Vertretenen, seinem Willen entsprechend durch eine andere Person rechtsgeschäftlich gebunden zu werden, ebenso be-

---

<sup>366</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 258 ff.; BK-ZÄCH, OR 33 N 146.

<sup>367</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 246 ff.

<sup>368</sup> Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (II. Zivilkammer) vom 24.03.1961; abgedruckt in der SJZ 1963, S. 188 ff.

<sup>369</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 248: «*In der blossen Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise (nicht immer!) Vollmacht verbunden ist, kann noch keine Vollmachtsmitteilung gesehen werden*». Teilweise abweichend BK-ZÄCH, OR 33 N 153, der die Umstände des Einzelfalls beachten und die Einräumung einer Stellung – wie jede Vollmachtsmitteilung – nach Vertrauensprinzip beurteilen will.

rechtigt ist, wie jenes des Dritten am Zustandekommen des mit dem Vertreter abgeschlossenen Fremdgeschäftes<sup>370</sup>;

- als Vollmachtskundgabe 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>371</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 bereits dargelegte Vermutung von Art. 396 Abs. 2 OR<sup>372</sup> wirkt sich allein zwischen den Vertragsparteien, nicht aber gegenüber Dritten aus<sup>373</sup>. Auch unter diesem Aspekt kann dem vorne erwähnten Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen aus dem Jahre 1961 nicht gefolgt werden<sup>374</sup>.

### c) *Die Verwendung einer gefälschten bzw. einer verfälschten Vollmachtsurkunde*

Wie soeben aufgezeigt, erfolgt die dem Vertretenen zurechenbare Vollmachtskundgabe praktisch häufig mittels einer vom Vertreter dem Dritten tatsächlich vorgelegten *Vollmachtsurkunde*, wobei aber – wie bereits erwähnt – 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 Voll-

---

<sup>370</sup> Vgl. dazu bereits die Überlegungen vorne S. 15 ff.

<sup>371</sup> Vgl. zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch vorne S. 50 f., sowie hinten S. 99 f.

<sup>372</sup> Vgl. dazu vorne S. 41 ff.

<sup>373</sup> Vgl. den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (III. Zivilkammer) vom 28.10.2004, BZ 2003.86, III. 3.

<sup>374</sup> Vgl. zu besagtem Urteil auch FN 368.



machtssurkunde 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, als vermeintlicher Aussteller der Urkunde erscheint aber der Vertretene. 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) *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>375</sup>, er habe einen Vertreter zum Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte ermächtigt, wobei in Tat und Wahrheit gar nie eine Vollmacht erteilt wurde<sup>376</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<sup>377</sup> die Vertretungswirkung unmittelbar ex lege ein, sofern letztere bezüglich Vorliegens der in Tat und Wahrheit fehlenden bzw. unzureichenden Vollmacht berechtig-

---

<sup>375</sup> Vgl. bezüglich Möglichkeiten der Vollmachtskundgabe vorne S. 94 ff.

<sup>376</sup> Diese Konstellation fällt ebenfalls unter Art. 33 Abs. 3 OR (KOLLER, OR AT I, § 19 N 5), auch wenn die genannte Bestimmung vom Wortlaut her eher auf Vollmachtsüberschreitungen (dazu hinten S. 116 ff.) zugeschnitten ist.

<sup>377</sup> Vgl. vorne S. 91.

terweise gutgläubig sind. Der gute Glaube Dritter *heilt* somit den Mangel fehlender oder unzureichender Ermächtigung<sup>378</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>379</sup>. Erkennt der Dritte, dass ein «Vertreter» in Tat und Wahrheit nicht bzw. nicht ausreichend bevollmächtigt ist, oder hätte er es bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen müssen<sup>380</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>381</sup>. Dies ist aber immerhin im Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter bezüglich allfälliger Schadenersatzansprüche relevant<sup>382</sup>.

Zu erwähnen bleibt, dass nach vorliegend vertretener Ansicht auch die sog. «Anscheinsvollmacht»<sup>383</sup> in den Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR fällt, da im *Nichteinschreiten* des Vertretenen gegen Handlungen seines Vertreters eine Vollmachtskundgabe an Dritte gesehen werden kann<sup>384</sup>. Ob jedoch in derartigen Fällen noch ernsthaft anzunehmen ist, es sei tatsächlich der *Vertretene*, der einen vertrauensbegründenden Rechtschein setze, muss m.E. bezweifelt werden. Die Bejahung einer Anscheinsvollmacht sollte jedenfalls nur zurückhaltend erfolgen.

---

<sup>378</sup> KOLLER, OR-AT I, § 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>379</sup> Eingehend KOLLER, Guter Glaube, N 273 ff. und insbesondere N 275 ff.; BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 35.

<sup>380</sup> Art. 3 Abs. 2 ZGB.

<sup>381</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 362 – bezüglich Art. 34 Abs. 3 OR.

<sup>382</sup> Vgl. zu diesem Schadenersatzanspruch hinten S. 110 ff.

<sup>383</sup> Vgl. dazu vorne S. 50 f.

<sup>384</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 17. November 2006, 4C.293/2006, Erw. 2.1.2.

e) *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>385</sup> einzig dem Vertreter gegenüber *widerruft* oder *einschränkt*<sup>386</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<sup>387</sup> 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 *widerrufene* bzw. *eingeschränkte* Vollmacht<sup>388</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>389</sup>; allenfalls aber auf Art. 37 OR<sup>390</sup>.

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>391</sup>. Relevant wird diese Frage aber wiederum im Verhältnis

---

<sup>385</sup> Wobei die Kundgabe auch hier mittels einer zu diesem Zweck dem Vertreter ausgehändigten *Vollmachtsurkunde* erfolgen kann. Zur umstrittenen Abgrenzung zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR vgl. hinten S. 105 ff.

<sup>386</sup> Das Gesetz spricht in Art. 34 Abs. 3 OR vom «*gänzlichen oder teilweisen Widerruf*».

<sup>387</sup> Vgl. zum Begriff der Vertretungswirkung vorne S. 14.

<sup>388</sup> Widerruf oder Einschränkung der Vollmacht i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR; vgl. dazu vorne S. 73 f.

<sup>389</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 298 und N 310; differenzierend DERS., OR-AT I, § 19 N 17, der in gewissen Fällen eine Analogie in Betracht ziehen möchte, «*nämlich dann, wenn sich der Vertretene des Dahinfalls 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 BK-ZÄCH, OR 35 N 94.

<sup>390</sup> Vgl. dazu hinten S. 109 f.

<sup>391</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 362.

zwischen Vertretenem und Vertreter, und zwar im Zusammenhang mit allfälligen Schadenersatzansprüchen<sup>392</sup>.

## **D) Exkurs: Die Bestimmung von Art. 36 OR**

### *a) Ausgangslage*

Art. 36 Abs. 2 OR zählt – wie bereits dargelegt<sup>393</sup> – nicht zu den Gutgläubensschutzbestimmungen i.e.S. Eine eingehende Auseinandersetzung mit Art. 36 OR ist aber unabdingbar, um das Verhältnis zwischen Art. 34 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 OR zu klären.

### *b) Der Regelungsgehalt von Art. 36 Abs. 1 OR*

Jeder Vertreter ist aufgrund von Art. 36 Abs. 1 OR verpflichtet, nach Erlöschen<sup>394</sup> der Vertretungsmacht eine ihm vom Vertretenen ausgehändigte Vollmachtsurkunde zurückzugeben oder gerichtlich zu hinterlegen<sup>395</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>396</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>397</sup>.

---

<sup>392</sup> Vgl. zu diesem Schadenersatzanspruch hinten S. 110 ff.

<sup>393</sup> Vgl. dazu vorne S. 90 f.

<sup>394</sup> Zur Frage, wie es sich bei *Beschränkungen* der Vertretungsmacht verhält, vgl. hinten S. 108.

<sup>395</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>396</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 36 N 34. Zur Haftung gemäss Art. 39 OR vgl. hinten S. 135 ff.

<sup>397</sup> Vgl. TERCIER, N 401, der als mögliche Anspruchsgrundlage Art. 400 OR nennt.

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 das positive Interesse belangen<sup>398</sup>, sofern die nachfolgenden *Haftungsvoraussetzungen* gegeben sind:

- Zunächst ist erforderlich, dass der Vertretene<sup>399</sup> die einst dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde nach Erlöschen<sup>400</sup> der Vollmacht nicht herausfordert. Das bedeutet, dass eine Haftung immer dann entfällt, wenn sich der Vertretene um die Rückgabe des Schriftstücks ernsthaft bemüht, mithin den Vertreter um Rückgabe ersucht hat<sup>401</sup>. Ob die Urkunde in der Folge tatsächlich ausgehändigt wird oder nicht, ist alsdann irrelevant<sup>402</sup>, oder anders gesagt: Der Vertretene haftet nicht nach Art. 36 Abs. 2 OR, 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>403</sup> sein muss. Ausreichend wird in der Regel nur eine ausdrückliche Aufforderung zur Rückgabe der Urkunde sein<sup>404</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

---

<sup>398</sup> In Analogie zu Art. 39 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 2 OR. Vgl. KOLLER, OR-AT I, § 20 N 14 m.w.H.; BK-ZÄCH, OR 36 N 59; vgl. zum negativen und positiven Interesse hinten S. 144 ff.

<sup>399</sup> Bzw. seine Rechtsnachfolger, falls die Vollmacht durch Tod des Vertretenen (Art. 35 OR) erlischt. In der Folge soll zwecks einfacherer Darstellung nur vom «Vertretenen» die Rede sein, womit auch allfällige Rechtsnachfolger miterfasst werden.

<sup>400</sup> Zur Frage, ob Art. 36 OR auch bei *Vollmachtsbeschränkungen* zur Anwendung gelangt, vgl. hinten S. 108.

<sup>401</sup> Möglich ist auch eine *Klage auf Rückgabe* – entsprechend den Vorschriften der jeweilig anwendbaren kantonalen Zivilprozessordnung.

<sup>402</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 36 N 43.

<sup>403</sup> Dabei handelt es sich gemäss BK-ZÄCH, OR 36 N 36 um ein «*einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft*»; vgl. dazu bereits vorne S. 43 betreffend Bevollmächtigungserklärung.

<sup>404</sup> BK-ZÄCH, OR 36 N 41.

dem Dritten vorlegt<sup>405</sup>. Ist die Vertretungsmacht lediglich eingeschränkt worden, ohne dass der Vertretene die dem Vertreter ausgehändigte Vollmachtsurkunde zur Berichtigung zurückfordert<sup>406</sup>, kann immerhin eine Teilgültigkeit des Geschäftes vorliegen<sup>407</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 Rücktransports bereits gelieferter Ware, insbesondere nach erfolgreicher Vindikationsklage<sup>408</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>409</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 Fremdggeschäftes 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>410</sup>. Ein natürlicher Kausalzusammenhang liegt vor, wenn die fragliche Ursache – mithin der Abschluss des

---

<sup>405</sup> Zur Abgrenzung zwischen Art. 36 Abs. 2 und Art. 34 Abs. 3 OR vgl. hinten S. 105 ff.

<sup>406</sup> Vgl. dazu hinten S. 108.

<sup>407</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 2 OR analog sowie hinten S. 119 ff.

<sup>408</sup> Vgl. dazu hinten S. 145 f.

<sup>409</sup> BK-ZÄCH, OR 36 N 52 m.w.H.

<sup>410</sup> BK-ZÄCH, OR 36 N 53.

vollmachtenlosen Fremdgeschäfts unter Vorweisung der Vollmachtensurkunde – nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass dann auch der Erfolg – der Schaden beim Dritten – entfiele. 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 geltend machen, wenn er den Mangel der fehlenden Vollmacht nicht kennt und ihn bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch nicht kennen müsste.

**E) Abgrenzung: Das Verhältnis von Art. 34 Abs. 3 zu Art. 36 Abs. 2 OR**

*a) Das Verhältnis bei vollständigem Widerruf der Vollmacht*

Verwendet ein Vertreter trotz Widerrufs der Vollmacht weiterhin eine *Vollmachtensurkunde* des Vertretenen und stützt sich der gute Glaube des Dritten auf die mittels besagter Urkunde kundgegebene<sup>411</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 Vollmachtensurkunde vorlegt, gestützt auf Art. 36 Abs. 2 OR «nur» ein Schadenersatzanspruch gegen den Vertretenen zu<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Kundgabe einer Vollmacht mittels Vollmachtensurkunden S. 94 ff.

<sup>412</sup> Vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen vorne S. 103 ff.

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<sup>413</sup>.

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.<sup>414</sup>.

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>415</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<sup>416</sup>. Gemäss einer abweichenden Lehrmeinung<sup>417</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<sup>418</sup> zur Verantwortung gezogen wird, falls «sein Vertreter» weiterhin unter Vorlage der Vollmachtsurkunde Fremdgeschäfte abschliesst; Vertretungswirkung tritt jedenfalls nicht ein. Diese Ansicht lässt sich m.E. mit folgenden Überlegungen stützen:

- Nach h.L. gilt die Verwendung einer Vollmachtsurkunde durch den Vertreter immer dann nicht als eine dem Vertretenen zurechenbare Vollmachtsgabe, wenn er das fragliche Schriftstück Dritten gegenüber wider besseren Wissen vorlegt<sup>419</sup>. In der-

---

<sup>413</sup> Vgl. dazu bereits vorne FN 398.

<sup>414</sup> Vgl. dazu vorne S. 90 f.

<sup>415</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1401; BK-ZÄCH, OR 36 N 69.

<sup>416</sup> Vgl. zum Eintritt von Vertretungswirkung aufgrund von Art. 37 OR die Ausführungen hinten S. 109 f.

<sup>417</sup> KOLLER, OR-AT I, § 20 N 17; differenzierend BSK OR I-WATTER, 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».

<sup>418</sup> Bei gegebenen Voraussetzungen aus der in Art. 36 Abs. 2 OR geregelten «culpa-Haftung»; vgl. vorne S. 103 ff.

<sup>419</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 33 N 145.



artigen Konstellationen liegt kein vom Vertretenen zu verantwortender Rechtsschein 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 begründet das Vorweisen derselben gar keine Vollmachtskundgabe gemäss Art. 34 Abs. 3 OR. 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>420</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>421</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<sup>422</sup>.

---

<sup>420</sup> Vgl. CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 23 und art. 36 N 8; vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 36 Abs. 2 OR vorne S. 103 ff.

<sup>421</sup> Vgl. Art. 34 Abs. 3 OR.

<sup>422</sup> Vgl. zur Haftung gemäss Art. 39 OR hinten S. 135 ff.

b) *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>423</sup>, nicht aber gänzlich erlischt. Dies verneint die herrschende Lehre und subsumiert derartige Konstellationen unter Art. 34 Abs. 3 OR<sup>424</sup>.

Nach vorliegend vertretener Ansicht – die soweit ersichtlich in der Lehre nicht vertreten wird – sollte Art. 36 Abs. 2 OR allerdings auch bei blossen *Vollmachtseinschränkungen* 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<sup>425</sup>. 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<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> Art. 34 Abs. 1 OR; vgl. vorne S. 73 f.

<sup>424</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 36 N 8: Der *Teilwiderruf* wird von Art. 34 Abs. 3 OR erfasst; vgl. auch BK-ZÄCH, OR 36 N 11.

<sup>425</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 105 ff.

<sup>426</sup> Vgl. zur Überschreitung der Vertretungsmacht und zur Möglichkeit der Teilgültigkeit des Geschäftes S. 116 ff., S. 119 ff.

## F) Gutgläubensschutz des Vertreters i.S.v. Art. 37 OR

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<sup>427</sup>. 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 ein diesem zurechenbarer Rechtsschein, 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>428</sup>. Art. 37 OR verfolgt denn auch primär den Schutz des berechtigterweise gutgläubigen Vertreters vor einer Haftung gemäss Art. 39 Abs. 1 OR<sup>429</sup>. Sekundär profitiert aber natürlich auch der berechtigterweise gutgläubige Dritte<sup>430</sup> von dieser Regelung, da der Eintritt von Vertretungswirkung ex lege auch, ja sogar vornehmlich in seinem Interesse liegt<sup>431</sup>.

Es ist an dieser Stelle nochmals ausdrücklich zu betonen, dass Art. 37 OR sowohl vom Vertreter, als auch vom Dritten *berechtigte* Gutgläubigkeit verlangt<sup>432</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<sup>433</sup>. Damit ist aber auch der von Art. 37 OR (primär) bezweckte Schutz

---

<sup>427</sup> Vgl. vorne S. 91 und insbesondere S. 92 ff.

<sup>428</sup> Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR; vgl. dazu vorne S. 99 f., S. 101. Zur Kritik an Art. 37 OR vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 360 ff.

<sup>429</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 348 m.w.H.; vgl. zur Haftung i.S.v. Art. 39 OR hinten S. 135 ff.

<sup>430</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 2 OR und Art. 3 Abs. 2 ZGB.

<sup>431</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1415.

<sup>432</sup> Art. 3 Abs. 2 ZGB; BSK OR I-WATTER, Art. 37 N 4.

<sup>433</sup> Vgl. zur Haftung gemäss Art. 39 OR hinten S. 135 ff.

des gutgläubigen Vertreters vor einer derartigen Haftung nicht mehr notwendig<sup>434</sup>.

Von Art. 37 Abs. 1 OR werden primär die Erlöschungsgründe i.S.v. Art. 35 OR erfasst<sup>435</sup>, 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>436</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.

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<sup>437</sup>, denn «Erlöschen» kann nur, was einmal effektiv bestanden hat.

## **G) Haftung des falsus procurator gegenüber dem Vertretenen**

### *a) Das unerwünschte bzw. aufgezwungene Rechtsgeschäft*

Tritt trotz fehlender oder unzureichender Vollmacht<sup>438</sup> Vertretungswirkung ex lege kraft Gutgläubensschutzes ein, stellt sich bald einmal die Frage nach einem Schadenersatzanspruch des *Vertretenen* gegen den falsus procurator; denn das Gesetz zwingt ersterem ein Rechtsgeschäft, das dieser gar nicht (mehr) will, regelrecht auf. Je nachdem, ob ein Grundverhältnis

---

<sup>434</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 350 a.E.

<sup>435</sup> Vgl. dazu vorne S. 75.

<sup>436</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 37 N 2 m.w.H.; BK-ZÄCH, OR 37 N 5; vgl. zum Widerruf bzw. zur Beschränkung der Vollmacht i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR vorne S. 73 f.

<sup>437</sup> Vgl. die Ausführungen betreffend das Zusammenspiel von Art. 39 Abs. 1 und Art. 37 OR hinten S. 143 f.

<sup>438</sup> Vgl. zur Problematik der Vollmachtsüberschreitung hinten S. 116 ff.

besteht<sup>439</sup>, wird der erwähnte Schadenersatzanspruch vertraglicher oder deliktischer Natur sein.

Ein sog. «unerwünschtes Rechtsgeschäft» oder – gleichbedeutend – ein «aufgezwungenes Rechtsgeschäft» kann insbesondere in den von Art. 33 Abs. 3 bzw. Art. 34 Abs. 3 OR erfassten Konstellationen entstehen. Dazu folgendes Fallbeispiel 6, in dem es um einen unerwünschten *Vertrag* aufgrund von Art. 33 Abs. 3 OR geht:

**Fallbeispiel 6 – «Halbschuhe»:**

R beauftragt T, der genau seine Schuhgrösse trägt, für ihn schwarze Halbschuhe zu kaufen. Zu diesem Zweck übergibt er T ein von ihm unterschriebenes Schriftstück, worauf geschrieben steht, dass T von R ermächtigt worden sei, Halbschuhe zu erwerben. Weil T die schwarzen Halbschuhe nicht gefallen, beschliesst er, für R braune zum Preis von Fr. 200.– zu kaufen. Er legt das erwähnte Schriftstück der Verkäuferin im Schuhgeschäft vor und bittet sie, dem R eine Rechnung zu schicken. Als T die Halbschuhe R zeigt, erklärt dieser, er wolle keine braunen.

Gemäss Sachverhalt wird T von R zum Schuh-Kauf lediglich *beauftragt*. Eine Bevollmächtigung, das fragliche Geschäft als direkter Stellvertreter abzuschliessen, ergibt sich für T indes gemäss Vertrauensprinzip resp. aufgrund der Vermutung von Art. 396 Abs. 2 OR<sup>440</sup>. Wiederum in Anwendung des Vertrauensprinzips darf und muss T die von R abgegebene Willenserklärung in dem Sinn verstehen, dass letzterer einzig an schwarzen Halbschuhen interessiert sein kann und er ihn auch nur dazu bevollmächtigt hat. Ungeachtet der diesbezüglich unpräzisen Vollmachtsurkunde erfasst die Vertretungsmacht von T somit nur den Kauf von Halbschuhen schwarzer, nicht aber beliebiger Farbe<sup>441</sup>.

T handelt beim Kauf der braunen Halbschuhe somit als *falsus procurator*. Vertretungswirkung tritt aber aufgrund von Art. 33 Abs. 3 OR trotzdem ex lege ein, da die dem R zurechenbare, mittels Vollmachtsurkunde kundge-

---

<sup>439</sup> Vgl. zum Grundverhältnis vorne S. 33 f.

<sup>440</sup> Vgl. dazu vorne S. 41 ff.

<sup>441</sup> Vgl. dazu vorne S. 61 ff. und S. 65 f. (tabellarische Übersicht).

gebene Ermächtigung<sup>442</sup> weiter geht, als die tatsächlich dem Vertreter T erteilt. Mittels Vollmachtsurkunde wird eine Ermächtigung zum Kauf von Halbschuhen beliebiger Farbe kundgegeben, während T tatsächlich nur zum Kauf von solchen schwarzer Farbe ermächtigt ist. Der gute Glaube der Verkäuferin wird gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet; auf den guten Glauben des Vertreters kommt es im Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 (und Art. 34 Abs. 3 OR) nicht an<sup>443</sup>. Es entsteht zwischen R und dem Inhaber des Schuhgeschäftes<sup>444</sup> folglich ein für ersteren unerwünschter, aufgezwungener Kaufvertrag über braune Halbschuhe. R wird nun Schadenersatz von T fordern, und zwar gestützt auf eine Auftragsverletzung<sup>445</sup>. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie sich ein allfälliger Schaden des R bestimmen lässt.

b) *Schadensberechnung mittels Vornahme eines Deckungsgeschäftes*

aa) *Konkrete Berechnungsmethode*

Bei einem unerwünschten resp. aufgezwungenen Rechtsgeschäft lässt sich der Schaden durch Vornahme eines sog. Deckungsgeschäftes bestimmen bzw. berechnen. Bezogen auf das soeben auf Seite 111 behandelte Fallbeispiel 6 ist R mithin gehalten, die braunen Halbschuhe in guten Treuen einer anderen Person zu verkaufen. Sein Schaden liegt alsdann in der Differenz zwischen dem Preis, den er bei diesem Deckungsverkauf löst und jenem, den er dem Schuhgeschäft für die braunen Halbschuhe bezahlen muss. Dies soll anhand der folgenden Grafik verdeutlicht werden:

---

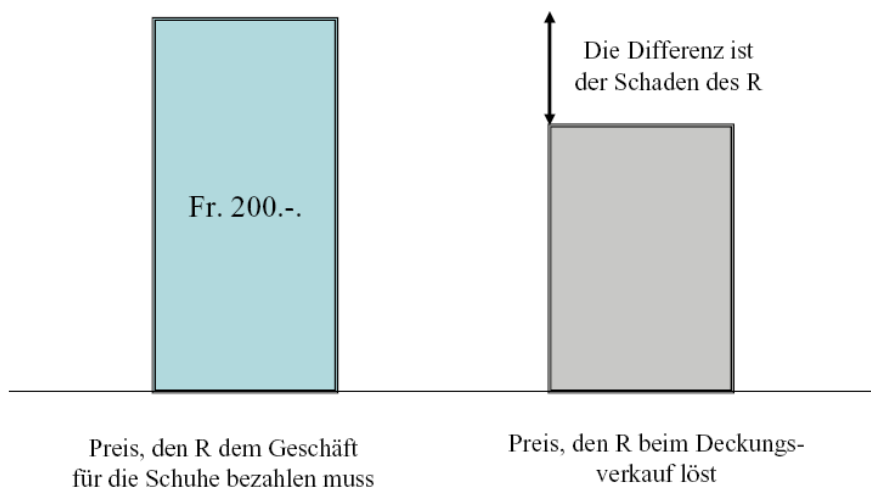
<sup>442</sup> Vgl. dazu vorne S. 94 ff.

<sup>443</sup> Vgl. zu den Bestimmungen von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR vorne S. 99 f. und S. 101.

<sup>444</sup> Die Verkäuferin handelt ebenfalls als direkte Stellvertreterin, und zwar für den Inhaber des Schuhgeschäftes; sie dürfte über eine Handlungsvollmacht i.S.v. Art. 462 OR verfügen.

<sup>445</sup> Haftungsgrundlage bildet dabei Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR.

*Schadensberechnung beim sog. unerwünschten Vertrag*



bb) Abstrakte Berechnungsmethode

Anstelle der soeben dargestellten konkreten Schadensberechnung wird man bei Waren mit Markt- oder Börsenpreisen auch die abstrakte Berechnungsmethode zulassen können<sup>446</sup>. Hierbei wird anstelle eines konkret durchgeführten Deckungsgeschäfts die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Markt- und Börsenpreis zur Erfüllungszeit als Schaden betrachtet. Haben im Fallbeispiel 6 (vorne S. 111) die braunen Halbschuhe beispielsweise einen Marktpreis von Fr. 170.–, so entsteht dem R nach der abstrakten Berechnungsmethode ein Schaden in der Höhe von Fr. 30.–, da der Vertragspreis Fr. 200.– betragen hat.

---

<sup>446</sup> Vgl. Art. 215 Abs. 2 OR und dazu HONSELL, OR-BT, § 8 II. 2.c).

c) *Fazit: Das aufgezwungene Rechtsgeschäft als Schaden oder Gewinn*

Aus dem soeben Dargelegten wird deutlich, dass dem Betroffenen aus einem unerwünschten bzw. aufgezwungenen Rechtsgeschäft gar nicht notwendigerweise ein Schaden entstehen muss. Je nachdem, wie das in guten Treuen durchgeführte Deckungsgeschäft bei der konkreten Berechnungsmethode ausfällt, kann im Einzelfall auch ein Gewinn resultieren. Dasselbe gilt bei der abstrakten Berechnungsmethode, wenn der Markt- oder Börsenpreis höher liegt als der Vertragspreis; wenn mithin aus Sicht des Vertretenen ein «gutes Geschäft» abgeschlossen worden ist.

## 7. Zusammenfassung

*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.

*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 Gutgläubensschutzes 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;
- Art. 34 Abs. 3 OR;
- Art. 37 OR.

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<sup>447</sup>.

## 8. **Rekapitulation: Die Konstellation definitiven Ausbleibens der Vertretungswirkung**

Strafrechtlich ist die Problematik des definitiven Ausbleibens der Vertretungswirkung bei der Frage des Vermögensschadens von Bedeutung. Daher soll an dieser Stelle noch einmal explizit dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Fremdgeschäft definitiv unwirksam ist, die Vertretungswirkung mithin definitiv nicht eintritt. Dies ist stets dann der Fall, wenn *kumulativ*:

- Keine Konstellation des Gutgläubensschutzes i.e.S. vorliegt, also weder Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 OR noch Art. 37 OR zur Anwendung gelangen;
- das sich im Schwebezustand befindliche Fremdgeschäft nicht nachträglich genehmigt wird. Dies kann durch explizite Nichtgenehmigungserklärung geschehen oder durch unbenutztes Verstreichenlassen der vom Dritten angesetzten Frist. Möglich ist schliesslich eine Verwirkung des Genehmigungsrechtes.

---

<sup>447</sup> Vgl. zu den Haftungsvoraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 OR vorne S. 103 ff.

Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, so spricht man vom «definitiven Ausbleiben der Vertretungswirkung» und es stellt sich in der Folge die Frage nach möglichen Schadenersatzansprüchen des Dritten; insbesondere gegen den falsus procurator aus Art. 39 OR, gegebenenfalls auch gegen den Vertretenen aus Art. 36 Abs. 2 OR.

## **VI. Handeln in fremdem Namen in Überschreitung der Vertretungsmacht**

### **1. Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung**

#### **A) Überblick**

Den bisherigen Ausführungen zur direkten bürgerlichen Stellvertretung lag die Annahme zugrunde, dass der Vertreter ein Fremdgeschäft entweder mit oder dann gänzlich ohne Vollmacht abschliesst<sup>448</sup>. Nun gibt es aber noch eine – gerade mit Blick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB besonders interessante – dritte Möglichkeit. Denkbar ist es nämlich, dass ein bürgerlicher Stellvertreter in fremdem Namen handelt und dabei seine Vertretungsmacht *überschreitet*. Bei einer derartigen *Vollmachtsüberschreitung* verfügt der Vertreter zwar über eine rechtsgültig bestehende Ermächtigung, er schliesst aber ein Fremdgeschäft ab, das von deren Umfang nicht bzw. nicht gänzlich gedeckt ist. Zu unterscheiden ist dabei nach vorliegend vertretener Ansicht zwischen *quantitativen* und *qualitativen* Vollmachtsüberschreitungen.

Die nachfolgenden Ausführungen zur Vollmachtsüberschreitung basieren dabei auf dem bereits dargelegten Ansatz, wonach bei der bürgerlichen Stellvertretung Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis stets deckungs-

---

<sup>448</sup> Vgl. dazu etwa die schematische Übersicht II vorne S. 77.

gleich sind und insbesondere Weisungen des Vertretenen direkt den Vollmachtsumfang des Vertreters beschlagen<sup>449</sup>.

## **B) Quantitative Vollmachtsüberschreitung**

Bei einer quantitativen Vollmachtsüberschreitung schliesst der Stellvertreter ein Fremdgeschäft ab, das von der rechtlichen Qualifikation sowie vom qualitativen Inhalt her mit seiner Vollmacht übereinstimmt, allerdings mengenmässig – eben *quantitativ* – vom Vollmachtsumfang nicht erfasst wird. Dies ist etwa der Fall, wenn der zum Abschluss eines Kaufvertrages über fünf Flaschen «Rioja Reserva» bevollmächtigte Vertreter mit dem Dritten im Namen des Vertretenen tatsächlich einen Vertrag über den Kauf von «Rioja Reserva» abschliesst, allerdings sieben Flaschen erwirbt. Hier stimmt die rechtliche Qualifikation des in fremdem Namen abgeschlossenen Geschäftes (Kauf i.S.v. Art. 184 ff. OR) und der qualitative Inhalt desselben («Rioja Reserva») mit der Vollmacht überein bzw. ist von deren Umfang gedeckt. Allerdings liegt in mengenmässiger, eben quantitativer Hinsicht eine Vollmachtsüberschreitung vor, da der Vertreter sieben statt fünf Flaschen erwirbt. Von einer quantitativen Vollmachtsüberschreitung wäre beispielsweise auch dann auszugehen, wenn ein zur Verpachtung von 1000 m<sup>2</sup> Weideland bevollmächtigter Vertreter dem Dritten im Namen des Vertretenen 1500 m<sup>2</sup> Weideland verpachtet. Wiederum stimmt die rechtliche Qualifikation des Fremdgeschäftes (Pacht i.S.v. Art. 275 ff. OR) mit der Vollmacht überein, und auch in qualitativer Hinsicht – Verpachtung von Weideland – ist das in fremdem Namen abgeschlossene Geschäft vom Umfang der Vollmacht gedeckt. Allerdings liegt in quantitativer Hinsicht eine Vollmachtsüberschreitung vor, da der Vertreter 500 m<sup>2</sup> zu viel Weideland verpachtet.

---

<sup>449</sup> Vgl. dazu vorne S. 61 ff. und S. 69 f.

### **C) Qualitative Vollmachtsüberschreitung**

#### *a) Durch Abschluss eines rechtlich unzutreffenden Geschäftes*

Von einer qualitativen Vollmachtsüberschreitung ist zum einen dann auszugehen, wenn der Stellvertreter ein in rechtlicher Hinsicht unzutreffendes Geschäft abschliesst. Zu denken wäre hier an die Konstellation, in der ein zur Vermietung<sup>450</sup> eines Autos der Marke Opel Omega bevollmächtigter Vertreter mit dem Dritten im Namen des Vertretenen einen Leihvertrag<sup>451</sup> über besagten Opel Omega abschliesst. Hier ist die rechtliche Qualifikation des vom Stellvertreter abgeschlossenen Fremdgeschäftes (Leihe i.S.v. Art. 305 ff. OR) von der Vollmacht (Miete i.S.v. Art. 253 ff. OR) nicht gedeckt.

#### *b) Durch Abschluss eines inhaltlich unzutreffenden Geschäftes*

Eine qualitative Vollmachtsüberschreitung liegt indes auch dann vor, wenn ein Stellvertreter zwar das in rechtlicher Hinsicht zutreffende Geschäft abschliesst, allerdings mit einem in qualitativer Hinsicht von der Vollmacht nicht gedeckten Inhalt. Erwähnt sei der Fall, in dem ein zum Abschluss eines Mietvertrages über eine 4-Zimmer-Wohnung bevollmächtigter Vertreter im Namen des Vertretenen einen Mietvertrag über eine Garage abschliesst. Hier stimmt zwar die rechtliche Qualifikation des Geschäftes (Miete i.S.v. Art. 253 ff. OR) mit der Vollmacht überein, allerdings liegt in inhaltlicher, eben qualitativer Hinsicht eine Vollmachtsüberschreitung vor (Garage statt 4-Zimmer-Wohnung).

---

<sup>450</sup> Die Miete ist per definitionem entgeltlich; vgl. Art. 253 OR.

<sup>451</sup> Die Leihe ist per definitionem unentgeltlich; vgl. Art. 305 OR.

c) *Durch Abschluss eines personell unzutreffenden Geschäftes*

Von einer qualitativen Vollmachtsüberschreitung ist schliesslich auch dann auszugehen, wenn der Vertreter mit dem unzutreffenden Dritten ein Fremdgeschäft abschliesst. Ist beispielsweise R von G bevollmächtigt, ihre alte Vespa zu verkaufen – allerdings keinesfalls dem A – so überschreitet R seine Vollmacht in qualitativer Hinsicht, wenn er die Vespa im Namen der G an besagten A veräussert, das Fremdgeschäft mithin mit dem «falschen» Dritten abschliesst.

## 2. Rechtsfolgen der Vollmachtsüberschreitung

### A) Bei quantitativer Überschreitung

a) *Analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR*

Ist eine rein quantitative Vollmachtsüberschreitung zu beurteilen, so gilt es zunächst Art. 20 Abs. 2 OR zu beachten. Diese Bestimmung kommt bei Vollmachtsüberschreitungen *analog* zur Anwendung<sup>452</sup>, was allerdings voraussetzt, dass sich das fragliche Fremdgeschäft praktisch überhaupt teilen lässt. Eine Teilbarkeit ist grundsätzlich einzig bei quantitativen Vollmachtsüberschreitungen möglich, denn nur hier betrifft der Mangel der unzureichenden Vollmacht «*bloss einzelne Teile des Vertrages*»<sup>453</sup>. In derartigen Konstellationen handelt der Vertreter *teilweise* als *falsus procurator* und *teilweise* als *bevollmächtigter Stellvertreter*. Als *falsus procurator* handelt er insoweit, als das von ihm abgeschlossene Fremdgeschäft vom Umfang seiner Vertretungsmacht *nicht gedeckt* ist. Als *bevollmächtigter Stellvertreter* handelt er insoweit, als das von ihm abgeschlossene Fremdgeschäft vom Umfang seiner Vertretungsmacht *gedeckt*

---

<sup>452</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1442; SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 109; BK-ZÄCH, OR 38 N 13.

<sup>453</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 2 OR.

ist<sup>454</sup>. In dem von der Vollmacht gedeckten Bereich tritt Vertretungswirkung durch ein Handeln *mit Vertretungsmacht* ein, allerdings nach zutreffender Ansicht nur dann, wenn überdies anzunehmen ist, dass das Geschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre<sup>455</sup>.

Als Zwischenfazit lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass bei einer rein quantitativen Vollmächtsüberschreitung Art. 20 Abs. 2 OR analog angewendet wird, und demnach – sofern das fragliche Fremdgeschäft mutmasslich auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre – bezüglich des von der Vollmacht gedeckten Teilgeschäftes Vertretungswirkung unmittelbar eintritt, und zwar, weil der Vertreter diesbezüglich *mit Vertretungsmacht* handelt<sup>456</sup>. Das von der Vollmacht nicht gedeckte Teilgeschäft unterliegt demgegenüber den bereits dargelegten Regeln des «Handelns in fremdem Namen ohne Vollmacht»<sup>457</sup>. Kurz gesagt sind bezüglich dieses Teilgeschäftes folgende Konstellationen möglich:

- Vertretungswirkung tritt unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes ein<sup>458</sup>. Dies bedeutet, dass im Ergebnis Vertretungswirkung im Umfang des gesamten Fremdgeschäftes eintritt. Teilweise kraft Gutgläubensschutzes (im von der Vollmacht nicht gedeckten Bereich), teilweise kraft tatsächlicher Vertretungsmacht des Vertreters (im von der Vollmacht gedeckten Bereich);
- sofern Vertretungswirkung nicht unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes eintritt, gerät das von der Vollmacht nicht abgedeckte Teilgeschäft in den Schwebezustand<sup>459</sup>. Dies bedeutet, dass

---

<sup>454</sup> Vgl. für das deutsche Recht STAUDINGER/SCHILKEN (2004) § 167 N 89.

<sup>455</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 2 OR und SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 109. Diese zusätzliche Voraussetzung wird allerdings weder bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, a.a.O., noch bei BK-ZÄCH, a.a.O. explizit erwähnt.

<sup>456</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen für den Eintritt von Vertretungswirkung vorne S. 19.

<sup>457</sup> Vgl. dazu vorne S. 76 ff.

<sup>458</sup> Mithin gemäss Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 oder Art. 37 OR. Vgl. dazu vorne S. 92 ff. und S. 109 f.

<sup>459</sup> Vgl. zum Schwebezustand vorne S. 80 ff.

bei nachträglicher Genehmigung<sup>460</sup> des fraglichen Teilgeschäfts Vertretungswirkung bezüglich des ganzen Fremdgeschäftes eintritt, teilweise kraft nachträglicher Genehmigung (im von der Vollmacht nicht gedeckten Bereich), teilweise kraft tatsächlicher Vertretungsmacht des Vertreters (im von der Vollmacht gedeckten Bereich). Bei Nichtgenehmigung ist das sich im Schwebezustand befindende Teilgeschäft als definitiv unwirksam zu qualifizieren<sup>461</sup>, was die Gültigkeit des vom Vollmachtsumfang gedeckten Teilgeschäfts allerdings nicht tangiert.

Das soeben Dargelegte soll noch anhand eines Fallbeispiels verdeutlicht werden:

**Fallbeispiel 7 – «Zement – Zement»:**

V bevollmächtigt S zum Kauf von drei Tonnen Zement; dieser erwirbt bei D im Namen des V vier Tonnen Zement.

Im Fallbeispiel 7 ist eine rein *quantitative* Vollmachtsüberschreitung zu beurteilen. Das fragliche Geschäft lässt sich in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR teilen, womit über *drei Tonnen* Zement ein Kaufvertrag zwischen V und D zustande kommt, während sich der Kaufvertrag über jene eine Tonne Zement, welche S in Überschreitung seiner Vertretungsmacht für V erwerben möchte, im *Schwebezustand* befindet. Gemäss Sachverhalt liegt nämlich *kein* Tatbestand des Gutgläubensschutzes vor<sup>462</sup>, der die Vertretungswirkung bezüglich des von der Vollmacht nicht gedeckten Vertragsteils unabhängig von einer Genehmigung des Vertretenen ex lege eintreten lassen würde. Im Übrigen ist für den geschilderten Fall lebensnah anzunehmen, dass der Vertrag auch über *drei* Tonnen Zement abgeschlossen worden wäre<sup>463</sup>. Zu betonen bleibt noch, dass im Fallbeispiel 7 für V die *Möglichkeit*<sup>464</sup> besteht, den sich im Schwebezustand befindenden Vertragsteil über jene eine Tonne Zement nachträglich zu ge-

---

<sup>460</sup> Vgl. zur nachträglichen Genehmigung vorne S. 86 ff.

<sup>461</sup> Vgl. zur Beendigung des Schwebezustandes im Allgemeinen vorne S. 82 ff., S. 85.

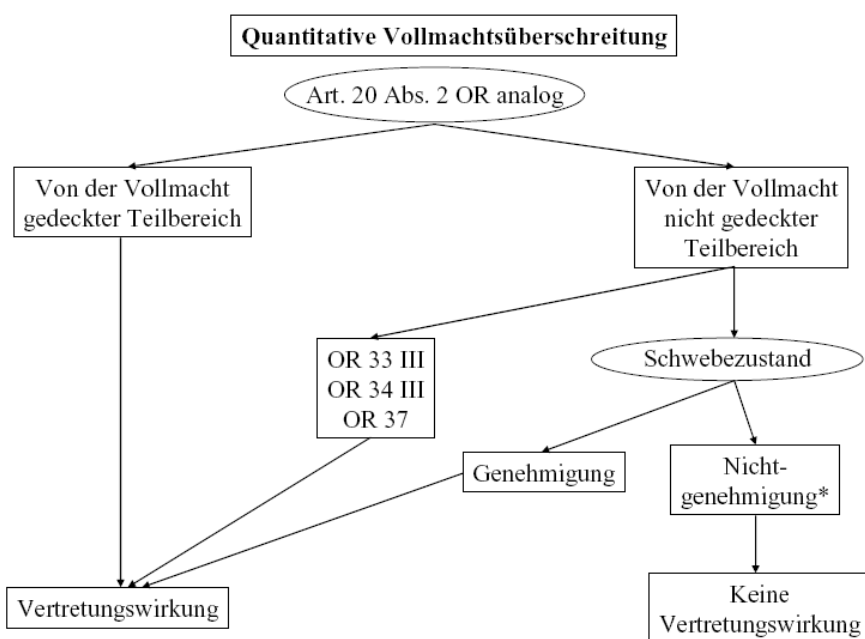
<sup>462</sup> Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 oder Art. 37 OR; vgl. dazu vorne S. 90 ff.

<sup>463</sup> Was gemäss Art. 20 Abs. 2 OR (analog) ebenfalls vorausgesetzt werden muss; vgl. SCHÄRER, Vertretung der AG, S. 109.

<sup>464</sup> Vgl. dazu vorne S. 80 ff.

nehmigen. Ohne Genehmigung des V bleibt es beim Vertrag über drei Tonnen und einem allfälligen Schadenersatzanspruch des Dritten D gegen den teilweise als falsus procurator handelnden Vertreter S<sup>465</sup>. Dabei erfasst dieser Anspruch selbstverständlich nur Schäden, die durch den nicht zustande gekommenen Vertrag über jene eine Tonne Zement verursacht worden sind.

b) *Schematische Übersicht IV: quantitative Vollmachtsüberschreitung*



\* Dieselbe Rechtsfolge<sup>466</sup> wie eine Nichtgenehmigungserklärung des Vertretenen zieht auch der unbenutzte Ablauf der vom Dritten gemäss Art. 38 Abs. 2 OR angesetzten Frist bzw. die Verwirkung des Genehmigungsrechts nach sich<sup>467</sup>.

<sup>465</sup> Haftungsgrundlage ist Art. 39 OR; vgl. dazu hinten S. 135 ff.

<sup>466</sup> Nämlich das definitive Ausbleiben der Vertretungswirkung.



Zu betonen ist an dieser Stelle noch einmal, dass bezüglich des von der Vollmacht des Vertreters gedeckten Teilgeschäftes die Vertretungswirkung durch ein Handeln in fremdem Namen *mit Vertretungsmacht* eintritt.

## **B) Bei qualitativer Überschreitung**

### *a) Keine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR*

Bei qualitativen Vollmachtsüberschreitungen kommt eine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR nicht in Betracht, da eine Teilbarkeit bei derart abgeschlossenen Fremdgeschäften praktisch gar nicht möglich ist. Erwirbt beispielsweise ein zum Kauf eines *grünen* Traktors der Marke «John Deere» bevollmächtigter Vertreter namens des Vertretenen einen *roten* Traktor der nämlichen Marke, so kommt eine Teilbarkeit des fraglichen Fremdgeschäftes zweifelsohne nicht in Frage. Hier kann man sich – aus *zivilrechtlicher* Sicht – durchaus auch auf den Standpunkt stellen, der Vertreter handle gänzlich ohne Vollmacht. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass bei einer rein quantitativen Vollmachtsüberschreitung eine Teilbarkeit zwar möglich ist, aber im Einzelfall nicht angenommen werden kann, dass das Geschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre<sup>468</sup>.

Liegt eine derartige qualitative Vollmachtsüberschreitung vor, oder ist der Fall zu beurteilen, dass bei einer quantitativen Vollmachtsüberschreitung nicht angenommen werden kann, dass das Geschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre, so ist das ganze Fremdgeschäft gemäss den bereits bekannten Regeln des «Handelns in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht» zu beurteilen<sup>469</sup> und es sind – kurz gesagt – folgende beiden Konstellationen möglich:

- Vertretungswirkung tritt bezüglich des ganzen Fremdgeschäftes unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes ein<sup>470</sup>;

---

<sup>467</sup> Vgl. dazu vorne S. 82 ff. und S. 85.

<sup>468</sup> Vgl. dazu vorne S. 119 f.

<sup>469</sup> Vgl. dazu vorne S. 76 ff.

<sup>470</sup> Vgl. dazu vorne S. 90 ff.

- sofern Vertretungswirkung nicht kraft Gutgläubensschutzes eintritt, gerät das ganze Fremdgeschäft in den Schwebezustand und Vertretungswirkung tritt nur bei nachträglicher Genehmigung durch den Vertretenen ein<sup>471</sup>.

Das soeben Dargelegte soll wiederum anhand eines Fallbeispiels verdeutlicht werden:

**Fallbeispiel 8 – «Zement – Kies»:**

V bevollmächtigt S zum Kauf von drei Tonnen Zement; dieser erwirbt bei D im Namen des V drei Tonnen Kies.

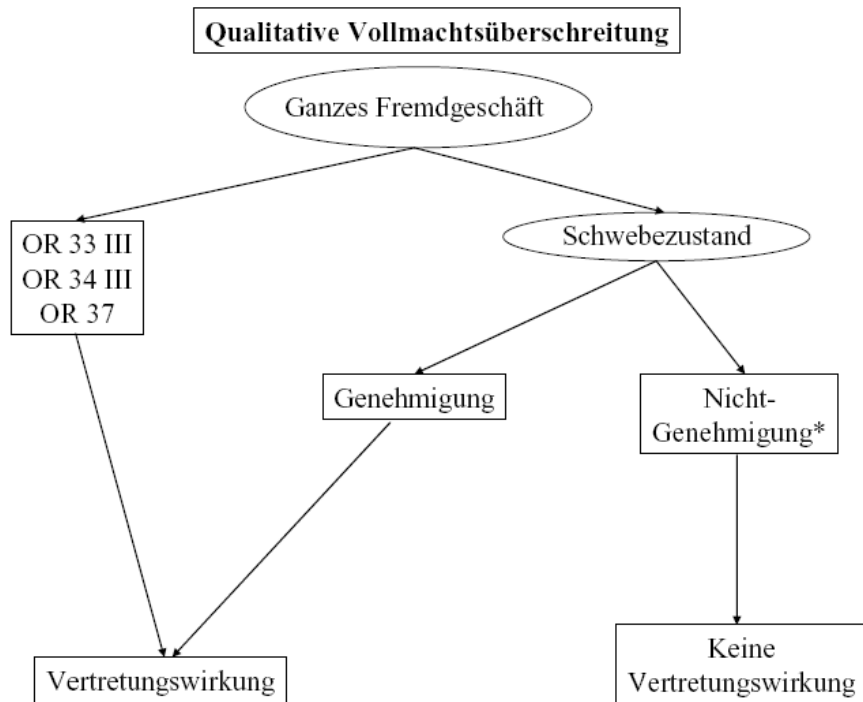
Im Fallbeispiel 8 ist eine *qualitative* Vollmachtsüberschreitung zu beurteilen. Das fragliche Geschäft lässt sich in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR *nicht* teilen, womit – im Unterschied zum Fallbeispiel 7 – keine Teilgültigkeit vorliegt. Das Fremdgeschäft befindet sich vielmehr *gänzlich* im Schwebezustand, da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte enthält, wonach Vertretungswirkung unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes eintreten würde. V hat nun die Möglichkeit, das Geschäft über drei Tonnen Kies nachträglich zu genehmigen, was den Eintritt von Vertretungswirkung nach sich ziehen würde. Lehnt er die Genehmigung ab, so ist das ganze Geschäft definitiv ungültig und der Dritte D ist auf Schadenersatzansprüche gegen den falsus procurator S verwiesen<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> Vgl. dazu vorne S. 80 ff.

<sup>472</sup> Anspruchsgrundlage wäre Art. 39 OR; vgl. dazu hinten S. 134 und S. 135 ff.

b) *Schematische Übersicht V: qualitative Vollmachtsüberschreitung*



\* Dieselbe Rechtsfolge<sup>473</sup> wie eine Nichtgenehmigungserklärung des Vertretenen zieht auch der unbenutzte Ablauf der vom Dritten gemäss Art. 38 Abs. 2 OR angesetzten Frist bzw. die Verwirkung des Genehmigungsrechts nach sich<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> Nämlich das definitive Ausbleiben der Vertretungswirkung.

<sup>474</sup> Vgl. dazu vorne S. 82 ff. und S. 85.

## **VII. Spezialfälle vollmachtlosen Handelns**

### **1. Ausgangslage**

Im Folgenden sollen einige praktisch relevante Spezialfälle von Vollmachtsüberschreitungen bzw. von vollmachtlosem Handeln dargelegt werden: Die Kollusion, das In-sich-Geschäft sowie das Fremdgeschäft in eigenem Interesse.

### **2. Kollusion**

#### **A) Definition im Allgemeinen und im Stellvertretungsrecht**

Im OR sucht man vergebens nach einer Definition des Begriffs «Kollusion»<sup>475</sup>. Allgemein ist darunter das bewusste, einverständliche Zusammenwirken zweier Personen zum Nachteil einer dritten zu verstehen<sup>476</sup>. Ein derartiges Verhalten ist in verschiedenen Konstellationen denkbar, so etwa bei einer Versteigerung, wenn ein Bieter und der Verkäufer bewusst zum Schaden anderer Mitbieter zusammenwirken. Auch im Stellvertretungsrecht kann es zu einer derart verstandenen Kollusion kommen, sind doch an einem Stellvertretungsgeschäft per definitionem drei Personen beteiligt. Möglich ist beispielsweise, dass der zum Kauf eines Gegenstandes bevollmächtigte Vertreter diesen in Absprache mit dem Dritten, also dem Verkäufer, zu einem übersetzten Preis im Namen des Vertretenen erwirbt, wobei die beiden bereits vorgängig vereinbaren, sich den «Gewinn» – bestehend aus der Differenz zwischen wertgemäßem und übersetztem Preis – zu teilen.

---

<sup>475</sup> Der Begriff «Kollusion» stammt vom lateinischen «colludere» oder «concludere», was «zusammenwirken» bedeutet.

<sup>476</sup> Vgl. BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 89; BK-ZÄCH, OR 38 N 18.

## **B) Der Tatbestand der Kollusion im Stellvertretungsrecht**

### *a) Einverständliches Zusammenwirken zwischen Vertreter und Drittem*

Wie bereits erwähnt, setzt sich der Tatbestand der Kollusion im Stellvertretungsrecht aus *zwei Elementen* zusammen: Einem einverständlichen Zusammenwirken von Vertreter und Drittem, sowie der Absicht, dies zum Schaden des Vertretenen zu tun.

Zum Teil wird ein *bewusstes Zusammenwirken* zwischen Vertreter und Drittem schon dann bejaht, wenn jener in Schädigungsabsicht ein Fremdgeschäft abschliesst und der Dritte dies erkennt oder bei Anwendung gebotener Sorgfalt hätte erkennen müssen<sup>477</sup>. Dies geht m.E. zu weit. Ist dem Dritten lediglich vorzuwerfen, er hätte erkennen müssen, dass der Vertreter das fragliche Fremdgeschäft zum Schaden des Vertretenen abschliesst, so kann noch nicht von einem *einverständlichen* bzw. *bewussten Zusammenwirken* gesprochen werden.

Nach vorliegend vertretener Ansicht ist für die Annahme einer Kollusion somit vorauszusetzen, dass sowohl Vertreter als auch Dritter *vorsätzlich* zum Schaden des Vertretenen *zusammenwirken*. Ein Indiz für ein Zusammenwirken könnte etwa die Vereinbarung betreffend Aufteilung eines aus der Kollusion resultierenden Gewinns sein.

Konstellationen, in denen kein derart verstandenes Zusammenwirken zwischen Vertreter und Drittem vorliegt, sind gegebenenfalls als *einfache* Vollmachtsüberschreitungen einzustufen, nicht aber als Kollusionen; diese stellen mithin stets *qualifizierte* Vollmachtsüberschreitungen dar.

---

<sup>477</sup> BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 95 (mit Verweis auf BGE 52 II 358, Erw. 1.) sowie S. 103. Nach dieser Autorin genügt es für die Annahme einer Kollusion, dass sowohl dem Vertreter als auch dem Dritten das Zusammenwirken *zum Vorwurf gemacht* werden kann.

b) *Schädigungsabsicht, eventuelle Schädigungsabsicht*

Für die Annahme einer Kollusion ist im Weiteren erforderlich, dass das bewusste Zusammenwirken zwischen Vertreter und Drittem in der *Absicht* erfolgt, den Vertretenen zu schädigen. In vielen Fällen dürfte das *primäre Ziel* des Zusammenwirkens aber nicht die Schädigung des Vertretenen sein, sondern die Erlangung eines eigenen Vorteils. M.E. ist auch in diesem Fall von einer *Kollusion* auszugehen. Der eigene Vorteil kann also durchaus das eigentliche Handlungsziel des bewussten Zusammenwirkens zwischen Vertreter und Drittem sein, wobei die Schädigung des Vertretenen nur als Nebeneffekt in Kauf genommen wird. Der Schädigungsabsicht ist also eine diesbezügliche Eventualabsicht<sup>478</sup> gleichzusetzen.

c) *Definitionsvorschlag*

Aufgrund des eben Dargelegten wird vorliegend unter dem Begriff «Kollusion» Folgendes verstanden:

*Kollusion ist ein vorsätzliches Zusammenwirken von Vertreter und Drittem, in der Absicht, sich oder einem anderen mindestens möglicherweise einen Vermögensvorteil zu verschaffen, wobei eine Schädigung des Vertretenen angestrebt, zumindest aber billigend in Kauf genommen wird.*

**C) Rechtsfolge der Kollusion im Stellvertretungsrecht**

Nach zutreffender Ansicht kann ein den Interessen des Vertretenen derart massiv zuwiderlaufendes Verhalten keinesfalls von der Vertretungsmacht des Vertreters gedeckt sein<sup>479</sup>. Diese Aussage gründet in der einfachen Überlegung, dass der Vollmachtgeber das schädigende Geschäft nicht will und der Vollmachtsumfang dem Willen des Vertretenen entsprechen muss<sup>480</sup>. Überdies könnte auch geltend gemacht werden, dass für rechts- und sittenwidrige Geschäfte eine Ermächtigung gar nicht erteilt werden

---

<sup>478</sup> Vgl. zum Begriff der Eventualabsicht hinten S. 221 ff.

<sup>479</sup> BSK OR I-WATTER, Art. 38 N 19; DERS., Missbrauch, N 58; in diesem Sinne wohl auch BGE 126 III 361, Erw. 3.a), betreffend Interessenkonflikt zwischen juristischer Person und handelndem Organ bei organschaftlicher Vertretung.

<sup>480</sup> Vgl. vorne S. 15 ff. und S. 61 ff.

kann<sup>481</sup>. Es liegt somit bei der Kollusion in jedem Fall ein Handeln ohne Vertretungsmacht bzw. eine Vollmachtsüberschreitung vor.

Ein Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter ist per definitionem ausgeschlossen. Wäre der Dritte nämlich gutgläubig, würde kein vorsätzliches Zusammenwirken und damit auch keine Kollusion vorliegen. Rein theoretisch dürfte schliesslich die Frage bleiben, ob der Vertretene ein derartiges, bewusst zu seinem Schaden abgeschlossenes Kollusions-Geschäft nachträglich genehmigen kann. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass eine Bevollmächtigung für derartige Geschäfte wegen Sittenwidrigkeit nicht möglich ist, so muss dies konsequenterweise auch für die nachträgliche Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR gelten<sup>482</sup>.

Aufgrund des Dargelegten wird ersichtlich, dass ein Rückgriff auf Rechtsmissbrauch oder Sittenwidrigkeit nicht zwingend notwendig ist, um die Nichtigkeit einer Kollusion zu begründen<sup>483</sup>. Kollusionsfälle lassen sich vielmehr als vollmachtloses Handeln bzw. als Vollmachtsüberschreitungen qualifizieren.

### 3. In-sich-Geschäfte

#### A) Überblick

Als In-sich-Geschäfte werden vorliegend jene Konstellationen bezeichnet, in denen der Vertreter beim Abschluss eines zweiseitigen Fremdgeschäftes gleichzeitig beide Parteien vertritt (Doppelvertretung), oder aber *mit sich selber* ein Rechtsgeschäft abschliesst (Selbstkontrahieren). Die Eigenart eines In-sich-Geschäftes liegt folglich darin, dass die bei einer direkten Stellvertretung definitionsgemäss vorhandene *Drittperson* – «der Dritte» – in der üblicherweise bekannten Funktion fehlt. Bei der Doppelvertretung

---

<sup>481</sup> Vgl. dazu Art. 20 Abs. 1 OR.

<sup>482</sup> Eine Genehmigungsmöglichkeit von kollusiven Geschäften verneint ANSGAR SCHOTT, S. 39 m.w.H.

<sup>483</sup> Art. 20 OR muss erst gar nicht bemüht werden; ebenso BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 97.

sind nebst dem Vertreter *zwei Vertretene* vorhanden, wobei diese *gleichzeitig* – gewissermassen in «Personalunion» – auch als «Dritte» fungieren. Beim Selbstkontrahieren ist der Vertreter zugleich auch Drittperson, Vertreter und Dritter stellen mithin *ein und dieselbe* Person dar.

## **B) Doppelvertretung**

Doppelvertretung bedeutet, dass jemand ein zweiseitiges Rechtsgeschäft als Vertreter beider Parteien abschliesst. Der Vertreter ist somit sowohl Vertreter des Vertretenen wie auch des «Dritten», wobei dieser Dritte eben gleichzeitig auch wieder Vertretener ist.

### **Fallbeispiel 9 – «Crown Victoria I»:**

A bevollmächtigt V, für ihn ein Auto der Marke Ford Crown Victoria zu kaufen. Letzterer ist gleichzeitig auch von B bevollmächtigt, dessen Ford Crown Victoria zu *verkaufen*. Von Doppelvertretung spricht man nun, wenn V einen Kaufvertrag über das besagte Auto im Namen des A (Käufer) und im Namen des B (Verkäufer) abschliesst.

Die *Gefahr*, welche in einer derartigen Doppelvertretung liegt, lässt sich anhand des eben geschilderten Beispiels deutlich aufzeigen: Will V die Interessen des A umfassend wahrnehmen, so muss er für ihn einen möglichst preiswerten Crown Victoria erwerben. Dies aber widerspricht den Interessen des B, welcher sein Auto selbstverständlich möglichst teuer verkaufen möchte. Mit anderen Worten ist V bei einer Doppelvertretung grundsätzlich gar nicht in der Lage, sowohl die Interessen des A, wie auch des B, im von diesen gewünschten Sinn wahrzunehmen.



### C) Selbstkontrahieren

Beim Selbstkontrahieren tritt der Vertreter *selber* als Geschäftspartner des Vertretenen auf und stellt somit zugleich den «Dritten» dar.

#### Fallbeispiel 10 – «Crown Victoria II»:

A bevollmächtigt V, für ihn einen Ford Crown Victoria zu kaufen. V möchte seinen eigenen Crown Victoria schon seit längerer Zeit verkaufen und schliesst nun den Kaufvertrag namens des A (Käufer) mit sich selber (Verkäufer) ab.

Auch beim Selbstkontrahieren liegt das Problem auf der Hand. Wie bei der Doppelvertretung gerät der Vertreter in einen *Interessenskonflikt*<sup>484</sup>, wobei dieser hier gar noch evidentere erscheint. Während der Vertreter bei der Doppelvertretung immerhin *zwei fremde* Interessen wahrnimmt, geht es beim Selbstkontrahieren um sein *eigenes* Interesse. Im eben geschilderten Beispiel 10 hat V nämlich das gewichtige Interesse, sein Auto so teuer wie möglich zu verkaufen, während er für A eigentlich so preiswert als möglich kaufen müsste.

### D) Rechtliche Konsequenzen von In-sich-Geschäften

Während *im gemeinen Recht* noch eingehend darüber diskutiert wurde, ob eine Doppelvertretung bzw. ein Selbstkontrahieren *logisch* überhaupt denkbar sei<sup>485</sup>, wird die Durchführbarkeit<sup>486</sup> derartiger Geschäfte heute nicht mehr in Frage gestellt<sup>487</sup>. Es liegen nämlich *zwei* Willenserklärungen vor, die lediglich von der gleichen Person, dem Vertreter, abgegeben werden.

Im deutschen Recht beantwortet § 181 BGB die Frage nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bzw. der Doppelvertretung im Sinne eines grundsätzlichen *Verbot*s.

---

<sup>484</sup> BK-ZÄCH, OR 33 N 80.

<sup>485</sup> Vgl. die Nachweise bei BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, S. 56.

<sup>486</sup> Davon zu unterscheiden ist die *Gültigkeit* von In-sich-Geschäften.

<sup>487</sup> BUTSCHER-SCHWARZ, Vollmacht, a.a.O.

Auch die schweizerische Lehre und Rechtsprechung behandeln Doppelvertretung und Selbstkontrahieren rechtlich gleich<sup>488</sup> und *verneinen* deren Zulässigkeit *grundsätzlich*<sup>489</sup>, wobei aber das OR keine explizite Regelung der Frage kennt.

Nach vorliegend vertretener Ansicht ist auch bei einem In-sich-Geschäft zu fragen, ob es vom Umfang der dem Vertreter erteilten Vollmacht gedeckt ist<sup>490</sup>. Das wird überall dort der Fall sein, wo ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist, etwa wenn es um den Kauf von Waren mit Markt- oder Börsenpreisen geht. Möglich ist natürlich auch, dass der Vollmachtgeber seinen Vertreter zum Abschluss eines In-sich-Geschäftes ausdrücklich oder stillschweigend bevollmächtigt. In den übrigen Fällen wird man von einem vollmachtslosen Vertreterhandeln ausgehen müssen bzw. von einer Vollmachtsüberschreitung<sup>491</sup>, da den Interessen des Vertretenen zuwiderlaufende Geschäfte von der Vertretungsmacht des Vertreters nicht gedeckt sein können.

## 4. Fremdgeschäft im eigenen Interesse

Im Unterschied zu den In-sich-Geschäften ist bei einem sog. «Fremdgeschäft im eigenen Interesse»<sup>492</sup> stets ein *Dritter* als *unabhängige* Person vorhanden. Der Vertreter kontrahiert also nicht mit sich selber. Das Problem bei einem Fremdgeschäft im eigenen Interesse liegt – wie die Bezeichnung schon besagt – darin, dass der Vertreter nicht im Interesse des Vertretenen, sondern eben *ausschliesslich* im eigenen Interesse tätig

---

<sup>488</sup> BK-ZÄCH, OR 33 N 90; ebenso implizit auch BGE 126 III 361, Erw. 3.a).

<sup>489</sup> Vgl. BGE 126 III 361, Erw. 3.a) m.w.H. auf Rechtsprechung und Literatur.

<sup>490</sup> WATTER, Missbrauch, N 59; BK-ZÄCH, OR 33 N 80, 82 und 87; vgl. auch BGE 126 III 361, Erw. 3.a).

<sup>491</sup> KOLLER, OR-AT I, § 21 N 31; BGE 126 III 361, Erw. 3.a). Vgl. zu den rechtlichen Konsequenzen vollmachtslosen Handelns vorne S. 76 ff., insbesondere S. 80 ff. und S. 90 ff.

<sup>492</sup> In der Literatur findet sich die Bezeichnung «Fremdgeschäft im eigenen Interesse» nicht. Derartige Konstellationen werden vielmehr als «*Eigengeschäfte*» bezeichnet – vgl. z.B. BSK OR II-WATTER, Art. 718 N 32. Diese Benennung wird vorliegend indes für Geschäfte verwendet, die jemand im eigenen Namen abschliesst, mithin als Gegenstück zum Fremdgeschäft.

wird<sup>493</sup>. Als Beispiel<sup>494</sup> sei der Fall genannt, in dem ein Vertreter im Namen des Vertretenen eine eigene Schuld gegenüber dem Dritten verbürgt. Ebenfalls ein Fremdgeschäft im eigenen Interesse liegt vor, wenn A's Vertreter V die Bank D anweist, Fr. 20'000.– vom Konto des A auf sein Privatkonto zu überweisen. Ein ganz ähnlicher Sachverhalt liegt dem nicht publizierten Entscheid des BGer vom 12. Mai 2003, 6S.25/2003 zu Grunde. Hier hat Liegenschaftenverwalter X für das Ehepaar B von deren Konto mit Einzelunterschrift einen Betrag von Fr. 9'174.– an sich ausbezahlt. Die von X geltend gemachte Forderung gegen das Ehepaar war dabei nicht gerechtfertigt gewesen, jedenfalls hat X nicht in guten Treuen davon ausgehen können, dass er sich für seine Forderung eigenmächtig bezahlt machen darf<sup>495</sup>.

Bei derart gegen die Interessen des Vertretenen gerichteten Geschäften liegt aufgrund der vorliegend vertretenen Ansicht, wonach Vertretungs*befugnis* und *-macht* umfangmässig stets deckungsgleich sind<sup>496</sup>, ein vollmachtloses Handeln bzw. eine Vollmachtsüberschreitung vor<sup>497</sup>. Vertretungswirkung kann somit lediglich durch nachträgliche Genehmigung<sup>498</sup> des Vertretenen oder allenfalls aufgrund Gutglaubensschutzes<sup>499</sup> eintreten, wobei vor allem ersteres praktisch kaum vorkommen dürfte.

---

<sup>493</sup> WATTER, Missbrauch, N 59 d).

<sup>494</sup> Weitere Beispiele finden sich bei WATTER, Missbrauch, N 106 – betreffend Prokura.

<sup>495</sup> Das BGer bestätigte im nicht publizierten Entscheid vom 12. Mai 2003, 6S.25/2003 die Verurteilung des X wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB; vgl. dazu hinten S. 237 ff.

<sup>496</sup> Vgl. vorne S. 61 ff.

<sup>497</sup> Gegen die Interessen des Vertretenen gerichtete Geschäfte sind von der Vertretungsmacht *nicht* gedeckt; vgl. CR CO I-CHAPPUIS, art. 33 N 15. Abweichend BGE 126 III 361, Erw. 3.a), wo – allerdings betreffend organschaftlicher Vertretung – festgehalten wird, dass der blosser Interessenkonflikt aus Gründen der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht nicht von vornherein ausschliesse.

<sup>498</sup> Vgl. vorne S. 80 ff.

<sup>499</sup> Vgl. vorne S. 90 ff.

## VIII. Konsequenz definitiv ausbleibender Vertretungswirkung

### 1. Ausgangslage

Tritt bei einem vollmachtslos abgeschlossenen Fremdgeschäft die Vertretungswirkung nicht kraft Gutgläubensschutzes i.e.S.<sup>500</sup> ein und beendet der Vertretene den Schwebezustand auch nicht durch nachträgliche Genehmigung<sup>501</sup>, stellt sich die Frage nach allfälligen Schadenersatzansprüchen des Dritten gegen den falsus procurator oder allenfalls gegen den Vertretenen. Dasselbe gilt auch für Vollmachtsüberschreitungen, bei denen *definitiv* gar keine oder aber nur teilweise Vertretungswirkung eintritt<sup>502</sup>.

### 2. Kein Eintritt des falsus procurator in das Fremdgeschäft

Zunächst ist nochmals zu betonen, dass das schweizerische Stellvertretungsrecht *keine* dem § 179 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung kennt, wonach der Dritte bei definitiv ausbleibender Vertretungswirkung die *Wahl* hat, ob er vom falsus procurator Schadenersatz *oder* aber die Vertragserfüllung, also die primäre Leistung, verlangen möchte. Das OR sieht einen *Eintritt* des falsus procurator in das von ihm in fremdem Namen abgeschlossene Rechtsgeschäft *nicht* vor<sup>503</sup>. Der Dritte wird bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung ausschliesslich auf Schadenersatzansprüche verwiesen.

Spezielle Konstellationen, wie z.B. die Vereinbarung einer *Garantie* i.S.v. Art. 111 OR zwischen Drittem und falsus procurator, sollen vorliegend nicht weiter vertieft werden, da sie stets einen diesbezüglichen Konsens

---

<sup>500</sup> Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3, Art. 37 OR.

<sup>501</sup> Art. 38 Abs. 1 OR; vgl. zum Ganzen vorne S. 82 ff., S. 115, sowie die schematische Übersicht II vorne S. 77.

<sup>502</sup> Vgl. zu den Vollmachtsüberschreitungen vorne S. 116 ff.

<sup>503</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 79.

zwischen den beiden genannten Parteien voraussetzen, dessen Vorhandensein im Einzelfall nachgewiesen werden müsste. Erwähnt sei aber, dass eine die Genehmigung des Vertretenen garantierende Erklärung des falsus procurator rechtlich möglich ist, und dass bei Ausbleiben einer derart garantierten Genehmigung der Dritte Ansprüche aus Art. 111 OR gegen den falsus procurator geltend machen kann.

### **3. Die Haftung des falsus procurator gegenüber dem Dritten**

#### **A) Zur Rechtsnatur der Haftung gemäss Art. 39 OR**

Als mögliche Anspruchsgrundlage für die hier interessierenden Schadenersatzansprüche kommt zunächst Art. 39 OR in Betracht. Dabei handelt es sich nach h.L. um eine gesetzlich normierte Haftung aus *culpa in contrahendo* bzw. um eine *Vertrauenshaftung*<sup>504</sup>, beruht doch der Schadenersatzanspruch des Dritten auf erwecktem und enttäuschem Vertrauen. Die Bezeichnung «culpa»<sup>505</sup> ist indes im Hinblick auf Art. 39 Abs. 1 OR insofern unangemessen, als diese Bestimmung eine vom Verschulden gerade unabhängige *Kausalhaftung* statuiert<sup>506</sup>.

Den eingangs erwähnten Vertrauenstatbestand begründet der Vertreter damit, dass er beim Abschluss eines Fremdgeschäfts dem Dritten gegenüber den Anschein erweckt, er handle mit umfangmässig ausreichender Vertretungsmacht. Trifft dies in Tat und Wahrheit nicht zu, wird dieses beim Dritten erweckte Vertrauen *enttäuscht*; der Vertreter verletzt mithin die ihm zukommende Pflicht, den Dritten über die nicht bestehende Vollmacht aufzuklären<sup>507</sup>. Handelt ein falsus procurator demgegenüber unter

---

<sup>504</sup> BSK OR I-UCHER, Art. 1 N 80; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1421; BSK OR I-WATTER, Art. 39 N 5; a.M. VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 156 ff.; vgl. zur *Vertrauenshaftung* BGE 130 III 345, Erw. 2.

<sup>505</sup> Lateinisch für «Schuld», bzw. «Verschulden».

<sup>506</sup> Vgl. KOLLER, OR AT I, § 20 N 7 und N 11. Eine verschuldensunabhängige c.i.c.-Haftung stellt eine gesetzlich vorgesehene, die Interessen des Verkehrsschutzes berücksichtigende Ausnahme dar.

<sup>507</sup> Ähnlich KOLLER, Guter Glaube, N 385.

*Genehmigungsvorbehalt* und erklärt damit, er handle ohne Vollmacht in fremdem Namen, kommt eine Haftung nach Art. 39 OR bereits mangels Vorliegens eines haftungsbegründenden Vertrauenstatbestands *nicht* in Frage<sup>508</sup>. Zu betonen bleibt, dass das vom Vertreter erweckte und enttäuschte Vertrauen, auf dem die Haftung von Art. 39 OR basiert, *nicht* genügt, um eine durch Art. 33 Abs. 3 oder Art. 34 Abs. 3 OR zu schützende Gutgläubigkeit des Dritten zu begründen. Der Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter setzt vielmehr stets voraus, dass die Mitteilung der Vollmacht vom *Vertretenen* selber ausgeht<sup>509</sup>.

Die Frage, ob die culpa in contrahendo und damit die Haftung aus Art. 39 OR eine deliktische, vertragliche oder eine Haftung sui generis darstellt, wird trotz eingehender Diskussion in der Lehre nach wie vor kontrovers beurteilt<sup>510</sup>. Zutreffend erscheint es, die culpa in contrahendo, wie auch die Vertrauenshaftung, als Haftungen *sui generis* zu betrachten, die *zwischen* deliktischer und vertraglicher Haftung auf einer *dritten Spur* liegen<sup>511</sup>.

Nach vorliegend vertretener Ansicht spielt indes die *Rechtsnatur* der Haftung aus Art. 39 OR gar keine entscheidende Rolle, da – gewissermassen ergebnisorientiert – für bestimmte Haftungsvoraussetzungen vertragliche, für andere wieder deliktische Regeln angewendet werden. Dabei untersteht gemäss Rechtsprechung des BGer<sup>512</sup> die Hilfspersonenhaftung der

---

<sup>508</sup> Darüber hinaus mangelt es in der hier geschilderten Situation auch an der in Art. 39 OR vorausgesetzten berechtigten Gutgläubigkeit des Dritten; vgl. dazu hinten S. 138 ff. und S. 141.

<sup>509</sup> Vgl. vorne S. 92 ff. und insbesondere S. 94.

<sup>510</sup> Vgl. BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 89 ff.; GAUCH/SCHUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 975 ff.; SCHWENZER, OR-AT, Rz. 48.01.

<sup>511</sup> Vgl. BGE 121 III 350, Erw. 6.c) = Pr 85 [1996], Nr. 168, sowie insbesondere BGE 130 III 345, Erw. 2.1. Vgl. auch BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 93; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 981.

<sup>512</sup> Vgl. BGE 101 II 266, Erw. 4. = Pr 64 [1975], Nr. 210; BGE 104 II 94, Erw. 3.a) = Pr 67 [1978], Nr. 204; BGE 108 II 419, Erw. 5. Dass die Haftungsansprüche aus c.i.c. gemäss Art. 60 OR verjähren, hat das BGer erst kürzlich im nicht publizierten Entscheid vom 9. November 2005, 4C.354/2004, Erw. 2., bestätigt.

Bestimmung von Art. 101 OR, die Verjährung aber jener von Art. 60 OR<sup>513</sup>.

## **B) Urteils- oder Handlungsfähigkeit als Haftungsvoraussetzung?**

Von Bedeutung ist, ob der falsus procurator für eine Haftung aus Art. 39 OR *urteils-* oder aber *handlungsfähig* sein muss. Falls man zur Beantwortung dieser Frage deliktische Normen heranzieht, so genügt gemäss Art. 19 Abs. 3 ZGB die Urteilsfähigkeit des Vertreters<sup>514</sup>. Falls man vertragliche anwendet, ist gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB dessen Handlungsfähigkeit vorauszusetzen<sup>515</sup>. Letztere Ansicht hat zur Folge, dass eine urteilsfähige, aber handlungsunfähige Person zwar als direkter Stellvertreter auftreten<sup>516</sup>, bei Vollmachtsüberschreitungen oder gänzlich vollmachtslosem Handeln aber *nicht* nach Art. 39 OR zur Verantwortung gezogen werden kann<sup>517</sup>. Im Sinne einer vermittelnden Lösung wird auch vorgeschlagen, dass *Handlungsunfähige* – im vorliegend interessierenden Kontext sind damit urteilsfähige Unmündige gemeint – nur bei Verschulden, also in den Fällen von Art. 39 Abs. 2 OR haftbar werden<sup>518</sup>.

Soweit ersichtlich ist die vorliegend aufgeworfene Frage vom Bundesgericht noch nicht entschieden worden. Obwohl nach zutreffender Ansicht die culpa in contrahendo eine Haftung sui generis darstellt, ist sie m.E. in Anwendungsfällen von Art. 39 OR doch näher bei der vertraglichen als bei der deliktischen Haftung anzusiedeln, von ihrer Struktur her insgesamt eher vertragsähnlich. Aufgrund dieser Überlegung sowie der zutreffenden Ansicht, dass dem Minderjährigenschutz grundsätzlich Vorrang vor dem

---

<sup>513</sup> Die Anwendung der deliktischen Verjährungsfrist wird von der Lehre z.T. kritisiert; vgl. BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 94; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 972 m.w.H. und N 3500; BK-ZÄCH, OR 39 N 48; differenzierend SCHWENZER, OR-AT, Rz. 48.05 m.w.H.

<sup>514</sup> So KOLLER, Guter Glaube, N 392 ff.

<sup>515</sup> So grundsätzlich BK-ZÄCH, OR 39 N 38 und 41.

<sup>516</sup> Vgl. zur Person des bürgerlichen Stellvertreters vorne S. 21 ff.

<sup>517</sup> Für das deutsche Recht sieht § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB im Grundsatz eine entsprechende Regelung vor. Vgl. den Wortlaut der Bestimmung FN 521.

<sup>518</sup> Vgl. VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 170.

Verkehrsschutz zukommt<sup>519</sup>, ist für eine Haftung des Vertreters i.S.v. Art. 39 OR dessen *Handlungsfähigkeit* vorzusetzen<sup>520</sup>; es sei denn, es würde im Einzelfall die in § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB genannte Konstellation vorliegen<sup>521</sup>.

### C) Die Haftung gemäss Art. 39 Abs. 1 OR

Als eigenständige Haftungsnorm statuiert Art. 39 Abs. 1 OR die Haftungsvoraussetzungen selber; ein Rückgriff auf Art. 41 OR oder die allgemeine Vertrauenshaftung ist mithin nicht erforderlich. Aufgrund des Gesetzeswortlauts wird einzig vorausgesetzt, dass der Dritte *gutgläubig* ist und ihm durch das definitive Dahinfallen<sup>522</sup> des wegen Vollmangels nicht zustande gekommenen Fremdgeschäftes auch tatsächlich ein *Schaden* erwächst. Mehr ist in Art. 39 Abs. 1 OR nicht verlangt.

Im Folgenden sollen diese gesetzlich vorgesehenen Haftungsvoraussetzungen aufgeschlüsselt und etwas genauer untersucht werden<sup>523</sup>.

- Erforderlich ist zunächst, dass jemand ohne bzw. mit unzureichender Vollmacht gegenüber einem Dritten ausdrücklich oder stillschweigend in fremdem Namen auftritt, also ein Fremdgeschäft abschliesst. Durfte und musste der Dritte – allenfalls nach Vertrauensprinzip – davon ausgehen, der Vertreter handle in eigenem Namen, so fällt Art. 39 OR von vornherein ausser Betracht, da in dieser Konstellation ein Eigengeschäft zwischen dem Vertreter und dem Dritten vorliegt<sup>524</sup>;

---

<sup>519</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 39 N 37; für das deutsche Recht Erman/PALM, BGB, 11. Aufl., § 179 Rz. 16.

<sup>520</sup> A.M. KOLLER, Guter Glaube, a.a.O., der nur Urteilsfähigkeit voraussetzt.

<sup>521</sup> § 179 Abs. 3 Satz 2 BGB lautet: «Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat».

<sup>522</sup> Vgl. zum definitiven Ausbleiben der Vertretungswirkung vorne S. 115.

<sup>523</sup> Die Ausführungen basieren auf der Darstellung im Berner Kommentar; vgl. BK-ZÄCH, OR 39 N 7 ff.

<sup>524</sup> Vgl. vorne S. 25 ff.



- weiter ist vorausgesetzt, dass das Rechtsgeschäft zwischen dem Vertretenen und dem Dritten ausschliesslich wegen der unzureichenden Vollmacht des Vertreters nicht zustande kommt, die Vertretungswirkung allein aus diesem Grund ausbleibt<sup>525</sup>. Eine Haftung i.S.v. Art. 39 OR scheidet demnach aus, wenn (zusätzlich) andere Gründe das fragliche Rechtsgeschäft dahinfallen lassen. Zu nennen wäre beispielsweise die Nichtigkeit des Geschäfts wegen Sittenwidrigkeit, infolge eines Willensmangels<sup>526</sup> auf Seiten des Dritten oder des Vertreters oder aufgrund fehlender Urteilsfähigkeit des Vertreters<sup>527</sup>;
- im Grunde genommen eine Selbstverständlichkeit ist die Voraussetzung, dass keiner der vorne (auf Seiten 80 ff. und 90 ff.) dargelegten Ausnahmefälle die Vertretungswirkung doch noch eintreten lassen darf. Die Haftung nach Art. 39 Abs. 1 OR setzt nämlich ein definitives Dahinfallen des fraglichen Fremdgeschäftes voraus<sup>528</sup>;
- auf Seiten des Dritten ist gemäss Art. 39 Abs. 1 OR eine berechnete Gutgläubigkeit bezüglich Bestehens genügender Vertretungsmacht erforderlich. Das ergibt sich bereits aus der Wendung «sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen». Dabei ist mit «der andere» der Dritte gemeint<sup>529</sup>. Fraglich erscheint dabei, ob bei einem blossen «Kennenmüssen» des Rechtsmangels – also der unzureichenden Vollmacht – anstelle eines vollständigen Wegfalls des Anspruchs nicht vielmehr eine Haftungsreduktion (analog zu Art. 44 OR) angenommen werden müsste<sup>530</sup>. Im Rahmen der vorlie-

---

<sup>525</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 337; BSK OR I-WATTER, Art. 39 N 3; BK-ZÄCH, OR 39 N 9 und N 25.

<sup>526</sup> Z.B. Grundlagenirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR oder absichtliche Täuschung i.S.v. Art. 28 OR.

<sup>527</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, a.a.O.; eingehend VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 149. Vgl. zur Person des bürgerlichen Stellvertreters S. 21 ff.

<sup>528</sup> Vgl. zum definitiven Ausbleiben der Vertretungswirkung vorne S. 115.

<sup>529</sup> Vgl. zum Ganzen KOLLER, Guter Glaube, N 378 ff.; BK-ZÄCH, OR 39 N 18.

<sup>530</sup> Bejahend: BGE 116 II 689, Erw. 3.c) – betreffend Art. 39 Abs. 2 OR; KOLLER, OR AT I, § 20 N 5; BSK OR I-WATTER, Art. 39 N 4; PIOTET, Culpa in contrahendo, S. 102; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, OR 39 N 15 (mit Verweis auf BGE 27 II 210,

gend interessierenden Kausalhaftung von Art. 39 Abs. 1 OR ist dies – nicht nur wegen des klaren Gesetzeswortlauts<sup>531</sup> – zu verneinen. Der Vertreter hat gemäss Art. 39 Abs. 1 OR nämlich selbst dann einzustehen, wenn er schuldlos als falsus procurator auftritt<sup>532</sup>. In einer derartigen Konstellation wäre es m.E. aber unbillig, ihn gegenüber einem fahrlässig handelnden Dritten haften zu lassen. Die Haftung muss daher in jedem Fall gänzlich entfallen, sobald der Dritte bezüglich fehlender Vollmacht nicht berechtigterweise gutgläubig ist. Anders ausgedrückt: Weiss der Dritte um das Fehlen genügender Vertretungsmacht oder hegt er entsprechende Zweifel, so stehen ihm gegen den falsus procurator keine Ansprüche aus Art. 39 Abs. 1 OR zu. Schliesst er in der eben geschilderten Konstellation Fremdgeschäfte ab, ohne sich beim Vertretenen abzusichern, handelt er gewissermassen auf eigene Gefahr;

- wie bereits mehrfach angedeutet, ist im Anwendungsbereich von Art. 39 Abs. 1 OR kein Verschulden des Vertreters vorausgesetzt<sup>533</sup>. Er haftet somit selbst dann auf Ersatz des negativen Interesses<sup>534</sup>, wenn ihm kein persönlicher Vorwurf bezüglich seines Handelns als falsus procurator gemacht werden kann, er also weder wusste, noch hätte wissen müssen, dass er ohne genügende Vertretungsmacht in fremdem Namen ein Rechtsgeschäft abschliesst.

---

Erw. 8). Ablehnend: KOLLER, Guter Glaube, N 381; BK-ZÄCH, OR 39 N 20 (a.E.) und VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 152.

<sup>531</sup> So BK-ZÄCH, a.a.O. und VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, a.a.O.

<sup>532</sup> Art. 39 Abs. 1 OR ist eine Kausalhaftung; dazu sogleich.

<sup>533</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich, der Art. 39 Abs. 1 OR im Hinblick auf Art. 37 OR überhaupt noch verbleibt hinten S. 143 f.

<sup>534</sup> Vgl. dazu hinten S. 145 f.

## D) Die Haftung gemäss Art. 39 Abs. 2 OR

### a) *Ersatz weiteren Schadens nach Billigkeit bei Verschulden des Vertreters*

Abgesehen davon, dass Art. 39 Abs. 1 eine Kausal-, Art. 39 Abs. 2 OR aber eine Verschuldenshaftung statuiert, sind die Haftungsvoraussetzungen identisch, womit an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen zu Art. 39 Abs. 1 OR verwiesen werden kann. Einzugehen ist vorliegend primär auf die Verschuldensproblematik beim falsus procurator.

Ein Verschulden ist dem Vertreter immer dann vorzuwerfen, wenn er *vorsätzlich* oder *fahrlässig* als falsus procurator ein Fremdgeschäft abschliesst, wenn er also weiss oder hätte wissen müssen, dass er ohne (genügende) Vollmacht in fremdem Namen handelt. In dieser Konstellation kann dem Dritten gemäss Art. 39 Abs. 2 OR ein über das negative Interesse hinausgehender Schadenersatz zuerkannt werden, sofern dies der Billigkeit entspricht, mithin aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles als angezeigt erscheint<sup>535</sup>. Dies wäre etwa dann anzunehmen, wenn der Vertreter finanziell äusserst gut steht, der Dritte demgegenüber in sehr ärmlichen Verhältnissen lebt<sup>536</sup>.

Im besten Fall wird dem berechtigterweise gutgläubigen Dritten somit das *positive Vertragsinteresse*<sup>537</sup> ersetzt, d.h. er wird so gestellt, wie wenn das wegen mangelhafter Vertretungsmacht definitiv dahin gefallene Rechtsgeschäft vom Vertretenen richtig erfüllt worden wäre.

### b) *Bemerkungen zur Möglichkeit einer Haftungsreduktion*

Nochmals einzugehen ist vorliegend auf die vom Gesetz nicht vorgesehene Möglichkeit einer *Haftungsreduktion* für jene Konstellation, in denen der Dritte den Vollmangelmangel lediglich aufgrund seiner (leichten)

---

<sup>535</sup> Vgl. BGE 106 II 131, Erw. 5.c). Das Billigkeitserfordernis ist als *zusätzliche Haftungsvoraussetzung* zu verstehen.

<sup>536</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 402.

<sup>537</sup> Vgl. dazu auch hinten S. 146 f.

Fahrlässigkeit nicht erkennt. Wie bereits im Zusammenhang mit Art. 39 Abs. 1 OR erwähnt, wird in Rechtsprechung<sup>538</sup> und Literatur<sup>539</sup> für derartige Fälle eine Haftungsreduktion (analog zu Art. 44 OR) propagiert<sup>540</sup>. Im Anwendungsbereich von Art. 39 Abs. 2 OR wird als besonders stossend empfunden, dass selbst ein *vorsätzlich* als falsus procurator handelnder Vertreter einer Haftung nach dieser Bestimmung *gänzlich* entgehen kann, wenn der Dritte aufgrund bloss *leichter Fahrlässigkeit* vom Vollmangelsmangel nichts weiss.

Eine Haftungsreduktion lässt sich nach vorliegend vertretener Ansicht mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 39 OR nicht vereinbaren, und eine Auslegung dieser Norm contra legem ist wiederum nicht angezeigt<sup>541</sup>. Vielmehr ist die Wertung des Gesetzgebers zu akzeptieren, wonach ein falsus procurator selbst bei vorsätzlichem Handeln *nicht* gemäss Art. 39 Abs. 2 OR haftbar werden kann, wenn der Dritte den Mangel der Vollmacht hätte erkennen müssen, ihm also bloss ein (leicht) fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen ist.

Gänzlich wird der Vertreter in einer Konstellation wie der soeben geschilderten nicht durch die «Maschen des Gesetzes» schlüpfen, kann er doch immerhin gemäss Art. 41 Abs. 2 OR zur Verantwortung gezogen werden<sup>542</sup>. Sein Verhalten ist nämlich als absichtliche, sittenwidrige Schädigung zu qualifizieren, und bei Art. 41 Abs. 2 OR spielt dann die Frage nach dem guten oder bösen Glauben des geschädigten Dritten keine Rolle mehr. Schliesslich steht auch die Tatsache, dass Art. 39 OR gegenüber Art. 41 Abs. 1 OR als *lex specialis* zu betrachten ist<sup>543</sup>, einer Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR auf den *vorsätzlich* als falsus procurator handelnden Vertreter *nicht* im Wege. Art. 39 OR geht nach zutreffender Ansicht nur

---

<sup>538</sup> BGE 27 II 210, Erw. 8.; BGE 116 II 689, Erw. 3.c), wobei im letztgenannten Entscheid die Frage einer Haftung gemäss Art. 41 Abs. 2 OR nicht geprüft wurde.

<sup>539</sup> Insbesondere BSK OR I-WATTER, Art. 39 N 4.

<sup>540</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 138 ff.

<sup>541</sup> Vgl. dazu bereits die Ausführungen zu Art. 39 Abs. 1 OR vorne S. 138 ff.

<sup>542</sup> Vgl. KOLLER, Guter Glaube, N 381 und BK-ZÄCH, OR 39 N 20 (a.E.).

<sup>543</sup> So KOLLER, Guter Glaube N 387; Unklar BGE 97 II 66, Erw. 4.a) = Pr 60 [1971], Nr. 124, welcher entweder dahingehend interpretiert werden kann, dass Art. 39 und Art. 41 Abs. 1 OR alternativ angewendet werden können, oder aber, dass Art. 41 Abs. 1 OR subsidiär zur Anwendung gelangt.

jener Haftung vor, die eine *widerrechtliche* Handlung voraussetzt, nicht aber jener, die eine absichtlich sittenwidrige Schadenszufügung erfasst<sup>544</sup>.

c) *Zum Wahlrecht des Dritten*

Selbst wenn sämtliche Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 2 OR erfüllt sind, muss es dem Dritten nach zutreffender Ansicht freistehen, ob er tatsächlich das positive oder doch das negative Interesse einfordern möchte<sup>545</sup>, denn letzteres kann im Einzelfall auch grösser sein<sup>546</sup>, und Art. 39 Abs. 2 OR möchte den Dritten im Vergleich zu Art. 39 Abs. 1 OR *stets* besser stellen. Wie es KOLLER<sup>547</sup> treffend formuliert, ist es mithin «*nie billig im Sinne von Art. 39 Abs. 2 OR, das positive Vertragsinteresse zuzusprechen, wenn dieses kleiner ist als das negative.*»

**E) Das Zusammenspiel von  
Art. 37 und Art. 39 Abs. 1 OR**

Zu klären bleibt an dieser Stelle, welcher praktische Anwendungsbereich dem Art. 39 Abs. 1 OR überhaupt verbleibt, sind doch die Voraussetzungen dieser Bestimmung mit jenen von Art. 37 OR praktisch *deckungsgleich*. Art. 37 wie auch Art. 39 Abs. 1 OR bedingen, dass der Vertreter als *falsus procurator* auftritt, *ohne* von seiner unzureichenden Vollmacht zu wissen bzw. bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt davon wissen zu müssen. Ebenfalls bei beiden Normen ist auf Seiten des Dritten eine berechnete Gutgläubigkeit bezüglich Vorliegens genügender Vertretungsmacht erforderlich.

In der Tat wird in vielen Fällen Art. 37 OR die Haftungsbestimmung von Art. 39 Abs. 1 OR *konsumieren*. Sind nämlich im Einzelfall die Voraussetzungen beider Gesetzesbestimmungen erfüllt, so geht erstere als *lex*

---

<sup>544</sup> Diese Begründung vertritt KOLLER, Guter Glaube, N 387.

<sup>545</sup> KOLLER, Guter Glaube, N 403; BK-ZÄCH, OR 39 N 60.

<sup>546</sup> Vgl. dazu hinten S. 145 f.

<sup>547</sup> KOLLER, Guter Glaube, a.a.O.

specialis vor und die *Vertretungswirkung* tritt unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes ein<sup>548</sup>.

Art. 37 OR setzt ein *Erlöschen* der Vertretungsmacht und damit das *einstige Bestehen* einer solchen voraus. Die Bestimmung ist folglich immer dann *nicht* einschlägig, wenn ein falsus procurator zwar berechtigterweise gutgläubig ein Fremdgeschäft abschliesst, dabei aber *gar nie* bevollmächtigt gewesen ist. Ein praktisch relevanter Anwendungsfall von Art. 39 Abs. 1 OR wäre darin zu sehen, dass die Bevollmächtigungserklärung infolge eines Willensmangels des Vertretenen einseitig unverbindlich ist und damit *gar nie* eine Vertretungsmacht bestanden hat<sup>549</sup>. Handelt der Vertreter in dieser Konstellation berechtigterweise gutgläubig in fremdem Namen, kommt gegenüber einem ebenfalls berechtigterweise gutgläubigen Dritten *nicht* Art. 37 OR, sondern Art. 39 Abs. 1 OR zur Anwendung.

### **F) Schadensberechnung beim negativen und positiven Interesse**

#### *a) Zum Schadensbegriff im Zivilrecht*

Im Zusammenhang mit Art. 39 OR sind die Begriffe *negatives Interesse* und *positives Interesse* aufgetaucht. Im Folgenden soll genauer aufgezeigt werden, was darunter zu verstehen ist und in *groben Zügen* dargelegt werden, welche Schadensposten im Einzelfall ersetzt werden können.

Im Sinne einer Kurzdefinition ist unter einem haftungsrechtlich relevanten Schaden jede *unfreiwillige Vermögensverminderung* zu verstehen, welche in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven (damnum emergens), oder aber in einem entgangenen Gewinn (lucrum cessans) bestehen kann. Ob ein ersatzfähiger Schaden vorliegt, und falls ja, in welcher Höhe, bestimmt sich grundsätzlich nach der «Differenztheorie», mit-

---

<sup>548</sup> BK-ZÄCH, OR 37 N 16.

<sup>549</sup> Die Geltendmachung der Unverbindlichkeit der Bevollmächtigungserklärung wegen eines Willensmangels i.S.v. Art. 23 ff. OR hat nämlich unbestrittenermassen *ex-tunc-Wirkung* und wirkt damit auf den Zeitpunkt der Erklärung zurück; vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 928.

hin anhand eines Vergleichs zweier Vermögensstände. Betrachtet wird zunächst der *aktuelle* Vermögensstand des Geschädigten, so wie er sich *nach* dem (potentiell) schädigenden Ereignis präsentiert. Alsdann ist zu prüfen, wie das Vermögen des Geschädigten *ohne* das (potentiell) schädigende Ereignis aussehen *würde*, zu bestimmen ist also der sog. «hypothetische Vermögensstand». Effektiv als Schaden gilt nach dieser «klassischen» Berechnungsmethode die *Differenz* zwischen dem aktuellen und dem hypothetischen Vermögensstand des Geschädigten. Damit wird klar, dass Nachteile, die sich nicht in einer bezifferbaren Vermögensverminderung manifestieren, auch keinen Schaden im Rechtssinn darstellen<sup>550</sup>, wenn gleich sich der davon Betroffene u.U. als «geschädigt» *fühlen* und sich auch entsprechend bezeichnen dürfte. Zu denken ist diesbezüglich etwa an einen entgangenen Genuss oder an seelische Schmerzen.

Die eben dargelegte Differenztheorie ist allerdings nicht unbestritten, insbesondere in Deutschland wird vermehrt auch ein sog. «normativer Schaden» als ersatzfähig betrachtet. Unter dem «normativen Schaden» versteht man jene Nachteile, welche gemäss Differenztheorie nicht erfasst werden können und nach «klassischer Betrachtungsweise» folglich nicht als «Schaden» gelten<sup>551</sup>. Die schweizerische Rechtsprechung ist diesbezüglich wesentlich zurückhaltender und gewährt bei Vorliegen einer *immateriellen Unbill* allenfalls einen Anspruch auf Genugtuung.

Im *vertraglichen* Schadenersatzrecht wird im Zusammenhang mit der ersatzfähigen Schadensgrösse zwischen *positivem* und *negativem* Interesse unterschieden<sup>552</sup>. Im Prinzip geht es dabei um die Frage, *von welchem* hypothetischen Vermögensstand bei einem Vergleich mit dem aktuellen auszugehen ist. Darauf wird im Folgenden nun genauer eingegangen.

#### b) *Negatives Interesse*

Beim Ersatz des negativen Interesses geht es darum, den Geschädigten so zu stellen, wie wenn vom fraglichen Rechtsgeschäft *nie die Rede* gewesen

---

<sup>550</sup> Vgl. aber zum sog. «*normativen*» Schadensbegriff sogleich.

<sup>551</sup> Vgl. zum normativen Schaden etwa SCHWENZER, OR-AT, Rz. 14.05 ff.

<sup>552</sup> Dieses wird zuweilen auch als positives und negatives *Vertragsinteresse* bezeichnet.

wäre. Das negative Interesse lässt sich im Anwendungsbereich von Art. 39 OR folgendermassen bestimmen:

*Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Dritten und dem Stand, der vorläge, wenn von dem wegen Vollmacht mangels unverbindlichen Rechtsgeschäft nie die Rede gewesen wäre*<sup>553</sup>.

Wenn es um den Ersatz des negativen Interesses geht, so können beispielsweise die folgenden *Schadensposten* in Rechnung gestellt werden:

- Aufwendungen und Auslagen im Hinblick auf das nicht zustande gekommene Rechtsgeschäft;
- allfällige Kosten eines Rücktransports bereits gelieferter Ware, insbesondere nach erfolgreicher Kondiktions- oder Vindikationsklage.

Auch ein *entgangener Gewinn* (*lucrum cessans*) kann unter das negative Interesse fallen und damit ersatzfähig sein. Dies ist immer dann denkbar, wenn der Geschädigte im Vertrauen auf das schliesslich nicht zustande gekommene Rechtsgeschäft auf den Abschluss eines *anderen* Geschäftes unwiederbringlich verzichtet und in der Folge einen aus diesem *anderen* Geschäft resultierenden Gewinn definitiv nicht erzielen kann.

Aufgrund des zuletzt Ausgeführten wird klar, dass das negative Interesse ausnahmsweise auch grösser sein kann als das positive<sup>554</sup>. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn im Vertrauen auf das dahingefallene Rechtsgeschäft auf den Abschluss eines anderen, *äusserst lukrativen* Geschäftes unwiederbringlich verzichtet wurde.

### c) *Positives Interesse*

Beim Ersatz des positiven Interesses geht es darum, den Geschädigten so zu stellen, wie wenn das fragliche Rechtsgeschäft *korrekt* und *vollständig* erfüllt worden wäre. Das positive Interesse lässt sich im Anwendungsbereich von Art. 39 OR folgendermassen bestimmen:

---

<sup>553</sup> Ganz ähnlich KELLER/SCHÖBI, OR-AT, S. 90.

<sup>554</sup> Dazu sogleich.



*Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Dritten und dem Stand, der vorläge, wenn das wegen Vollmangels unverbindliche Rechtsgeschäft korrekt erfüllt worden wäre*<sup>555</sup>.

Ersatzfähig ist somit insbesondere auch ein Gewinn, der infolge Dahinfallens des *fraglichen* Geschäfts nicht realisiert werden kann. Summenmässig lässt sich dieser in analoger Anwendung von Art. 215 OR konkret *oder* abstrakt berechnen. Bei der konkreten Methode tätigt der potentiell Geschädigte ein *Deckungsgeschäft*, wobei immer dann auch tatsächlich ein entgangener Gewinn geltend gemacht werden kann, wenn er dabei weniger erhält, als er beim dahin gefallenen Geschäft erhalten hätte. Bei der abstrakten Berechnungsmethode kann demgegenüber auf ein konkretes Deckungsgeschäft verzichtet werden; allerdings kommt diese Variante zum vornherein nur bei Waren mit *Markt- oder Börsenpreisen* in Betracht<sup>556</sup>.

#### **4. Die Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten**

##### **A) Überblick**

Das *Gesetz* sieht für die vollmangelslose direkte Stellvertretung *einzig* in Art. 36 Abs. 2 OR eine Haftung des *Vertretenen* gegenüber dem gutgläubigen Dritten vor<sup>557</sup>. Eine solche kann sich u.U. aber auch aus den allgemeinen Regeln der Vertrauenshaftung ergeben, allerdings nur bei Verschulden des Schädigers. Versichert beispielsweise der Vertretene einem Dritten, er werde ein bestimmtes Rechtsgeschäft, das ein falsus procurator in seinem Namen abschliesst, nachträglich genehmigen, dies dann aber entgegen besagter Ankündigung unterlässt, so enttäuscht er ein von ihm erwecktes Vertrauen und haftet bei gegebenen Voraussetzungen auf das negative Interesse, und zwar aus eigenem Verschulden. Abzuklären wäre in der eben geschilderten Konstellation allerdings, ob sich der Vertretene dem

---

<sup>555</sup> Ganz ähnlich KELLER/SCHÖBI, a.a.O.

<sup>556</sup> Vgl. zur abstrakten Berechnungsmethode HONSELL, OR-BT, § 8 I. 1. b).

<sup>557</sup> Vgl. zu Art. 36 Abs. 2 OR vorne S. 103 ff.

Dritten gegenüber nicht gar vertraglich zur nachträglichen Genehmigung verpflichtet. Dies falls würde sich dann der Anspruch des Dritten auf eine vertragliche Grundlage stützen und die Vertrauenshaftung müsste gar nicht bemüht werden.

### **B) Vertrauens-Haftung aus eigenem Verschulden?**

Allgemein lässt sich festhalten, dass der *Vertretene* stets dann aufgrund einer Vertrauenshaftung zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er das vollmachtslose Handeln des Vertreters *selber* verschuldet oder zumindest mitverschuldet hat. Abgesehen vom soeben geschilderten Beispiel ist dabei an unklare Weisungen oder an eine unpräzise, missverständlich formulierte Bevollmächtigung zu denken. In diesem Zusammenhang ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit dies beim Dritten überhaupt ein haftungsbegründendes Vertrauen bewirken kann.

Aus dem eben Dargelegten wird ersichtlich, dass die Haftung des *Vertretenen* aufgrund einer Vertrauenshaftung hauptsächlich bei *Vollmachtsüberschreitungen* relevant sein dürfte<sup>558</sup>. Wie bei der Haftung des *falsus procurator* gemäss Art. 39 OR kommt eine Haftung des Vertretenen aus eigenem Verschulden aber in jedem Fall nur dann in Betracht, wenn das fragliche Vertretergeschäft *definitiv* nicht zustande kommt<sup>559</sup>, da dem Dritten bei Zustandekommen des Geschäfts gar kein Schaden erwächst.

### **C) Hilfspersonenhaftung aus culpa in contrahendo?**

Die herrschende deutsche<sup>560</sup>, aber auch ein Teil der schweizerischen Lehre<sup>561</sup> bejahen eine auf culpa in contrahendo beruhende *Hilfspersonenhaftung* des Vertretenen, und zwar für Schäden, welche ein *falsus procurator* beim Dritten verursacht. Der Vertreter wird mithin als

---

<sup>558</sup> Vgl. BK-ZÄCH, OR 39 N 70 und 71; für das deutsche Recht Staudinger/SCHILKEN (2004) § 177 Rn 23.

<sup>559</sup> Vgl. dazu vorne S. 115.

<sup>560</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise bei Staudinger/SCHILKEN (2004) § 177 Rn 24.

<sup>561</sup> VIOLAND, Stellvertretung ohne Ermächtigung, S. 172 ff.; VON TUHR/PETER, AT, S. 404; BSK OR I-WATTER, Art. 39 N 12; DERS., Missbrauch, N 48 ff.

Hilfsperson des Vertretenen betrachtet und dessen Haftung im Ergebnis auf Art. 101 OR abgestützt<sup>562</sup>.

In der Literatur finden sich folgende Argumente, welche *gegen* diese Ansicht sprechen<sup>563</sup>:

- Ein direkter Stellvertreter ist gerade keine Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR, da er für den Vertretenen rechtliche Handlungen vornimmt, nicht aber – wie typischerweise die Hilfsperson – tatsächliche<sup>564</sup>;
- das Gesetz statuiert mit der in Art. 39 OR getroffenen Regelung eine alleinige Haftung des falsus procurator. Diese Risikoverteilung wird durch die Bejahung einer auf culpa in contrahendo beruhenden Hilfspersonenhaftung des Vertretenen auf den Kopf gestellt; aufgrund der hypothetischen Vorwerfbarkeit<sup>565</sup> vermag dieser einem Haftungsanspruch des Dritten kaum jemals zu entrichten;
- der Vertretene kann bei Bejahung einer derartigen Hilfspersonenhaftung nicht mehr frei über eine allfällige Genehmigung entscheiden, da er bei Nichtgenehmigung einen Schadenersatzanspruch gegen sich selber gewärtigen muss.

Aufgrund der soeben dargelegten Argumente ist eine auf culpa in contrahendo beruhende Hilfspersonenhaftung des Vertretenen *abzulehnen*. Entscheidend ist dabei nicht einmal so sehr die Frage, ob ein Stellvertreter bezüglich seiner in fremdem Namen ausgeführten Rechtshandlung zugleich auch als Hilfsperson des Vertretenen<sup>566</sup> betrachtet werden kann<sup>567</sup>, sondern vielmehr die Tatsache, dass der Gesetzgeber in Art. 39 OR eine eindeutige und *abschliessende* Haftungsordnung aufgestellt hat, welche einer Hilfspersonenhaftung des Vertretenen keinen Raum belässt.

---

<sup>562</sup> Vgl. zur Hilfspersonenhaftung aus culpa in contrahendo vorne S. 135 ff.

<sup>563</sup> HUGUENIN, OR-AT, N 1131; BK-ZÄCH, OR 39 N 73.

<sup>564</sup> Vgl. dazu vorne S. 24.

<sup>565</sup> Vgl. dazu statt vieler SCHWENZER, OR-AT, Rz. 23.10.

<sup>566</sup> I.S.v. Art. 101 OR.

<sup>567</sup> Bzw. ob der Stellvertreter eine bestimmte Art von Hilfsperson darstellt.

## 2. Direkte bürgerliche Stellvertretung

---

Es bleibt somit dabei, dass für vollmachtsloses Vertreterhandeln grundsätzlich *allein* der falsus procurator aufgrund von Art. 39 OR einzustehen hat. Darüberhinaus haftet in einigen wenigen Ausnahmefällen auch der Vertretene, allerdings nur aus *eigenem* Verschulden<sup>568</sup>, gestützt auf die *allgemeinen* Regeln der Vertrauenshaftung, oder aber gemäss Art. 36 Abs. 2 OR.

---

<sup>568</sup> Vgl. dazu S. 148.

# **Strafrechtlicher Teil**



## **1. Einführung in den strafrechtlichen Teil**

### **I. Die Tathandlung als Schlüssel – Element**

Im strafrechtlichen Teil dieser Arbeit soll aufgezeigt werden, unter welchen Voraussetzungen sich ein bürgerlicher Stellvertreter gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB strafbar macht. Ungeachtet der Einschränkung des Täterkreises auf den bürgerlichen Stellvertreter wird der Missbrauchstatbestand nachfolgend in «klassischer» Art und Weise ausgelegt, mithin zunächst der objektive und alsdann der subjektive Tatbestand betrachtet, wobei ersterer in die tatbestandsmässige Handlung (Tathandlung) und den tatbestandsmässigen Erfolg aufzugliedern ist. Dabei gilt es allerdings stets zu beachten, dass sich die Ausführungen – soweit nicht anders vermerkt – allein auf die Täterschaft des bürgerlichen Stellvertreters beziehen.

Eine ganz besondere Bedeutung wird in der nachfolgenden Darstellung der Frage zukommen, welche Verhaltensweisen die *Tathandlung* von Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllen und damit, was unter dem *Missbrauch einer Ermächtigung* zu verstehen ist. Bei der Behandlung dieser Problematik ist immer wieder auf die im privatrechtlichen Teil gewonnenen Erkenntnisse zurückzugreifen.

### **II. Drei Thesen im Überblick**

Bereits an dieser Stelle sei erwähnt, dass vorliegend eine von der h.L. zum Teil abweichende Auslegung des Missbrauchstatbestandes i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB hergeleitet wird. Dies ergibt sich m.E. zwangsläufig aus der im privatrechtlichen Teil als zutreffend angesehenen Stellvertretungslehre,

welche im Anwendungsbereich der bürgerlichen Stellvertretung auf eine Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und -macht verzichtet<sup>569</sup>.

Die Ausführungen im nun folgenden strafrechtlichen Teil orientieren sich im Wesentlichen an drei Thesen:

- *These 1:* Die an den deutschen Missbrauchstatbestand der Untreue i.S.v. § 266 D-StGB angelehnte Auslegung von Art. 158 Ziff. 2 StGB erscheint – was die vorliegend allein interessierende bürgerliche Stellvertretung anbelangt – *nicht* mit dem schweizerischen Stellvertretungsrecht gemäss Art. 32 ff. OR kompatibel;
- *These 2:* De lege lata kann die *einzig* mögliche Tathandlung eines bürgerlichen Stellvertreters beim Missbrauchstatbestand i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB in der *Überschreitung* einer bewusst erteilten, rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht gesehen werden;
- *These 3:* Von einem derart verstandenen *Missbrauch* ist auch dann auszugehen, wenn der Vertretene im Ergebnis nicht sogleich rechtlich gebunden ist, weil sich das Fremdgeschäft im Schwebezustand befindet. Ob – und falls ja, auf welche Weise – der Vertretene durch das Handeln des Vertreters rechtlich gebunden wird, spielt für die Bejahung einer tauglichen *Tathandlung* mithin keine Rolle.

### III. Von Art. 159 alt StGB zu Art. 158 StGB

Seit dem 1. Januar 1995, dem Datum des Inkrafttretens des revidierten Vermögensstrafrechts<sup>570</sup>, setzt sich die ungetreue Geschäftsbesorgung aus zwei Tatbestandsvarianten zusammen, nämlich dem Treubruchs- und dem Missbrauchstatbestand<sup>571,572</sup>, wobei letzterer erst mit besagter Revision

---

<sup>569</sup> Vgl. dazu vorne S. 61 ff., insbesondere S. 63.

<sup>570</sup> Das revidierte Vermögensstrafrecht wurde durch das BG vom 17. Juni 1994 (AS 1994 2290 2307; BBl 1991 II 969) ins StGB eingeführt.

<sup>571</sup> Art. 158 Ziff. 1 bzw. Ziff. 2 StGB.



neu ins schweizerische StGB eingefügt wurde<sup>573</sup>. Von ihrem Aufbau her entspricht die Strafnorm von Art. 158 StGB damit der deutschen Untreue-Bestimmung gemäss § 266 D-StGB.

Zu betonen ist allerdings, dass Verhaltensweisen, welche heute die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllen<sup>574</sup>, z.T. bereits unter Geltung des alten Rechts strafrechtlich erfasst werden konnten. Unter Umständen begründeten sie nämlich eine Strafbarkeit gemäss Art. 159 Abs. 1 alt StGB<sup>575</sup>, der einen relativ weiten Anwendungsbereich und folgenden Wortlaut hatte:

<sup>1</sup> Wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll, wird mit Gefängnis bestraft.

Voraussetzung für eine Bestrafung gemäss Art. 159 alt StGB war allerdings, dass dem Täter die Stellung eines Geschäftsführers zukam, er also über jene Eigenschaften verfügte, welche auch heute noch für den Vermögensverwalter i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB vorausgesetzt werden<sup>576</sup>. Damit bestand bis zur Einführung des Art. 158 Ziff. 2 StGB insofern eine Strafbarkeitslücke, als all jene Personen, die zwar für fremde Vermögenswerte sorgen mussten, aber nicht als Geschäftsführer bzw. Vermögensverwalter im strafrechtlichen Sinne erschienen, für vermögensschädigende Pflichtverletzungen auch nicht gemäss Art. 159 alt StGB zur Verantwortung gezogen werden konnten. Dies galt ganz besonders für bürgerliche Stellvertreter ohne Geschäftsführereigenschaften, deren Pflichtverletzung in einem «Missbrauch» der Vertretungsmacht bestand<sup>577</sup>.

---

<sup>572</sup> So die Terminologie der Botschaft (BBl 1991 II 1047), welche jener zu § 266 D-StGB entspricht.

<sup>573</sup> Vgl. BBl 1991 II 1047.

<sup>574</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB hinten S. 237 ff.

<sup>575</sup> In Art. 159 alt StGB war bis zum 1. Januar 1995 die ungetreue Geschäftsführung kodifiziert; vgl. HAFTER I, S. 318 ff.

<sup>576</sup> Vgl. dazu S. 159 ff.

<sup>577</sup> Dass Art. 159 alt StGB auch Verhaltensweisen erfasste, welche nach heutigem Recht die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllen, ergibt sich implizit aus dem nicht publizierten Entscheid des BGer vom 2. März 2000, 6S.605/1999, Erw. 4.c) – betreffend Art. 159 alt StGB.

Das deutsche Strafrecht kennt einen explizit kodifizierten Missbrauchstatbestand als Erscheinungsform der Untreue seit 1933, als die altrechtliche Untreue-Bestimmung von 1871 ausgeweitet wurde. Abgesehen von kleineren Änderungen besteht der § 266 D-StGB in der Fassung von 1933 noch heute<sup>578</sup>. Auf dessen Auslegung wird im Folgenden zurückzukommen sein.

Einige Gedanken sind an dieser Stelle noch zur Benennung bzw. zum Marginale des hier interessierenden Tatbestandes von Art. 158 StGB anzubringen, ist doch die Bezeichnung «ungetreue Geschäftsbesorgung» erst mit der eingangs erwähnten Revision des Vermögensstrafrechts per 1. Januar 1995 eingeführt worden. Unter Geltung des alten Rechts trug der Art. 159 alt StGB das Marginale «Ungetreue Geschäftsführung». Bereits diese Benennung war insofern singulär bzw. stellte eine schweizerische Besonderheit dar, als das deutsche Pendant von § 266 D-StGB bis zum heutigen Tag als *Untreue* bezeichnet wird. Jene Rechtsordnungen der an die Schweiz angrenzenden Länder, die einen vergleichbaren Tatbestand kennen – es sind dies Deutschland (§ 266 D-StGB), Österreich (§ 153 A-StGB) und das Fürstentum Liechtenstein (§ 153 L-StGB) – bezeichnen diesen denn auch durchwegs als *Untreue*. Aus welchen Gründen der Gesetzgeber des StGB von 1942 den nach deutschem Vorbild konzipierten Untreuetatbestand als «ungetreue Geschäftsführung» bezeichnete, ist nicht geklärt<sup>579</sup>, kann aber – da letztlich irrelevant – offen bleiben.

---

<sup>578</sup> MITSCH, Vermögensdelikte, § 8 N 4.

<sup>579</sup> Vgl. VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 17 und S. 31 – zu Art. 159 alt StGB.

## IV. Dogmatische Einordnung des Art. 158 StGB

### 1. Das Vermögen als geschütztes Rechtsgut

Art. 158 StGB schützt – aus Sicht des Täters – *fremdes* Vermögen, und zwar sowohl privates wie auch öffentliches<sup>580</sup>. Ein Vermögensgegenstand gilt dabei immer dann als fremd, wenn der Täter nicht *alleiniger* Eigentümer oder Inhaber desselben ist<sup>581</sup>. Bereits die systematische Stellung innerhalb des StGB verdeutlicht, dass es sich bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 StGB um ein *Vermögensdelikt* handelt, ist doch die Bestimmung im «Zweiten Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen (Art. 137-172<sup>ter</sup>)» eingereiht.

Unzutreffend wäre es, das strafrechtlich geschützte Rechtsgut in der *Treue*, in *Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*<sup>582</sup> oder ganz generell im *Vertrauen* zu sehen, obwohl dies aufgrund der Benennung des Tatbestandes durchaus naheliegend wäre. Zwar wird das Vertrauen, welches der Geschädigte dem Täter in vermögensrechtlicher Hinsicht entgegenbringt, in beiden Varianten der ungetreuen Geschäftsbesorgung enttäuscht, eben «missbraucht»<sup>583</sup>. Dies darf indes nicht dazu verleiten, das geschützte Rechtsgut auch, oder gar allein, in einem so verstandenen Vertrauen zu sehen<sup>584</sup>. Die Tathandlung – bei Art. 158 Ziff. 2 StGB also der «Missbrauch der Ermächtigung» – wirkt sich nämlich nur dann in einem strafrechtlich relevanten Sinn aus, wenn dadurch fremde Vermögenswerte *geschädigt* werden, also durch ungetreues Verhalten auch tatsächlich in das strafrechtlich geschützte Rechtsgut des fremden Vermögens eingegriffen

---

<sup>580</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 7; VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 21 – zu Art. 159 alt StGB; für das deutsche Recht: HAAS, Untreue nach § 266 StGB, S. 18; HEFENDEHL, Vermögensgefährdung, S. 82; Schönke/Schröder – LENCKNER/PERRON § 266 N 1.

<sup>581</sup> Vgl. Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N 30.

<sup>582</sup> Vgl. dazu VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 20 ff. – zu Art. 159 alt StGB.

<sup>583</sup> Vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 7 2.412 a): «Auch bei diesem Delikt [gemeint ist Art. 158 StGB] begründet der Vertrauensbruch das strafrechtliche Unrecht».

<sup>584</sup> Vgl. für das deutsche Recht Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N 1.

wird. Prägnante Formulierungen zur eben dargelegten Problematik finden sich in der deutschen Strafrechtslehre. So etwa jene von LENCKNER/PERRON: «Die [...] geforderte Treuwidrigkeit kennzeichnet die der Untreue eigenen Angriffsmodalitäten auf das Vermögen, nicht eine zusätzliche Rechtsgutsverletzung»<sup>585</sup>, oder jene von SCHÜNEMANN, der die Untreue als «vorsätzliche Schädigung fremden Vermögens von innen heraus»<sup>586</sup> beschreibt.

## 2. Art. 158 StGB als Verletzungs- und Erfolgsdelikt

Art. 158 StGB lässt sich vorweg als *Verletzungs- und Erfolgsdelikt*<sup>587</sup> qualifizieren. Das bedeutet zum einen, dass das geschützte Rechtsgut durch die Tathandlung tatsächlich verletzt sein muss und zum andern, dass der Tatbestand sowohl gemäss Ziff. 1 als auch gemäss Ziff. 2 erst mit Eintritt eines Vermögensschadens vollendet ist<sup>588</sup>. Gemäss Rechtsprechung und h.L. gilt die schadensgleiche Vermögensgefährdung ebenfalls als strafrechtlich relevanter Vermögensschaden<sup>589</sup>. Dies vermag allerdings an der Qualifikation der ungetreuen Geschäftsbesorgung als Verletzungsdelikt nichts zu ändern. Art 158 StGB wird mithin nicht zu einem gegen das Ver-

---

<sup>585</sup> Schönke/Schröder – LENCKNER/PERRON § 266 N 1 m.w.H.; vgl. auch HEFENDEHL, Vermögensgefährdung, S. 82 und LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 28.

<sup>586</sup> LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 1; vgl. dazu auch MITSCH, Vermögensdelikte, § 8 N 9.

<sup>587</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 8; VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 89/91 – zu Art. 159 alt StGB. Für das deutsche Recht: ARZT, FS Bruns, S. 377 sowie MITSCH, Vermögensdelikte, § 8 N 34; vgl. zum «Erfolgsdelikt» DONATSCH/TAG, I § 8 2.22.

<sup>588</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 15. März 2001, 6S.587/2000, Erw. 2. – zu Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB; HAFTER I, S. 321 und VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 91 – jeweils zu Art. 159 alt StGB. Für das deutsche Recht: MITSCH, Vermögensdelikte, § 8 N 34.

<sup>589</sup> BGE 129 IV 124, Erw. 3.1.; BGE 122 IV 279, Erw. 2.a) – beide Entscheide betreffend Art. 159 alt StGB; vgl. ferner den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 28. Februar 2005, 6S.414/2004, Erw. 2.2 – betreffend Betrug, sowie die Literaturangaben hinten S. 187. A.M. HURTADO POZO, Partie spéciale I, N 1254: «*La gestion déloyale est un délit matériel qui suppose une atteinte effective aux intérêts pécuniaires de la victime ; une simple mise en danger ne suffit pas*».

mögen gerichteten Gefährdungsdelikt, nur weil bei einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ein Vermögensschaden angenommen wird<sup>590</sup>.

### 3. Art. 158 StGB als echtes Sonderdelikt

#### A) Überblick

Beide Tatvarianten der ungetreuen Geschäftsbesorgung – der Treubruchs- wie der Missbrauchstatbestand – gehören in die Kategorie der *echten Sonderdelikte*<sup>591</sup>. Als Täter kommt nur in Frage, wer über die vom Gesetz geforderten Sondereigenschaften, welche im Folgenden darzulegen sind, verfügt<sup>592</sup>.

Auch wenn die vorliegende Arbeit ausschliesslich die Strafbarkeit des bürgerlichen Stellvertreters gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB beleuchtet, soll im Folgenden kurz dargelegt werden, wer grundsätzlich als Täter des Treubruchs-, wie auch des Missbrauchstatbestandes in Frage kommen kann.

#### B) Sondereigenschaften des Treubruch-Täters

Täter des Treubruchstatbestandes kann nur sein, wer die Stellung eines *Vermögensverwalters* bzw. nach der Terminologie des alten Rechts, jene eines *Geschäftsführers* einnimmt. Schon kurz nach Inkrafttreten der ungetreuen Geschäftsführung i.S.v Art. 159 alt StGB wurde nämlich erkannt, dass der Wortlaut des Tatbestandes die Strafbarkeit (allzu) weit ausdehnt<sup>593</sup>. Eine Einschränkung konnte und musste durch die Begrenzung der als Täter in Frage kommenden Personen erreicht werden. Die unter

---

<sup>590</sup> BGE 122 IV 279, Erw. 2.a) – betreffend Art. 159 alt StGB; VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 89 – zu Art. 159 alt StGB.

<sup>591</sup> Vgl. BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 8; für das deutsche Recht: MITSCH, Vermögensdelikte, § 8 N 16.

<sup>592</sup> Vgl. zum *echten Sonderdelikt* DONATSCH/TAG, I § 8 2.12, sowie STRATENWERTH, AT I § 9 N 5.

<sup>593</sup> Vgl. HAFTER I, S. 319 – zu Art. 159 alt StGB.

dem alten Recht von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Annahme der Geschäftsführereigenschaft sind auch nach neuem Recht für die Annahme der Vermögensverwaltereigenschaft massgebend<sup>594</sup>. Als Vermögensverwalter, und damit als Täter gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB, kommt einzig in Betracht, wer *kumulativ* über bestimmte, nachfolgend darzulegende Eigenschaften verfügt<sup>595</sup>.

- Der Täter nimmt fremde Vermögensinteressen von einiger Wichtigkeit wahr. Das BGer hat in BGE 86 IV 14 f.<sup>596</sup> die geforderte Erheblichkeit des zu verwaltenden Vermögens bei einem Zeitungskiosk mit einem Umsatz von ca. Fr. 3000.– pro Monat bejaht;
- er führt die Vermögensverwaltung mit einem hohen Mass an Selbständigkeit und in fremdem Interesse und ist dazu durch Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft – gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auch aufgrund einer Geschäftsführung ohne Auftrag – bestimmt;
- die Vermögensverwaltung stellt schliesslich typischer und wesentlicher Inhalt des zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer bestehenden Rechtsverhältnisses dar.

Möglicher Täter i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB ist überdies, wer eine Vermögensverwaltung im eben dargelegten Sinn zu beaufsichtigen hat; sei es von Gesetzes wegen, aufgrund eines behördlichen Auftrages, eines Rechtsgeschäfts oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag.

Fehlt bei einem Täter auch nur eine der eben aufgelisteten Voraussetzungen, so kommt eine Bestrafung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB nicht in

---

<sup>594</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 11; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 32.  
<sup>595</sup> Vgl. DONATSCH, Aspekte 1996, S. 202 ff.; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 11 ff.; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 32 ff.; VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 38 ff. – zu Art. 159 alt StGB; vgl. auch den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 12. Mai 2003, 6S.25/2003, Erw. 2.2; vgl. zum «Geschäftsführerbegriff» gemäss Art. 159 alt StGB die beiden nicht publizierten Entscheide des BGer vom 2. März 2000, 6S.605/1999, Erw. 4.c) und vom 8. Januar 2003, 6S.711/2000, Erw. 4.3 – jeweils m.w.H.

<sup>596</sup> Vgl. Pr 49 [1960], Nr. 83.

Frage. Möglich bleibt in derartigen Konstellationen immerhin die Anwendung von Art. 158 Ziff. 2 StGB, da der Missbrauchstatbestand grundsätzlich auch von Personen erfüllt werden kann, die *nicht* die Eigenschaften eines Vermögensverwalters aufweisen<sup>597</sup>.

### C) **Sondereigenschaften des Missbrauch-Täters**

Als Täter von Art. 158 Ziff. 2 StGB kommt nur in Betracht, wer tatsächlich *ermächtigt* ist, eine andere Person in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten zu vertreten; mithin in der Lage ist, durch ein Handeln in fremdem Namen unmittelbar Rechtswirkungen zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zu erzeugen, ohne dass seine eigene Rechtssphäre von diesem Rechtsgeschäft tangiert wäre<sup>598</sup>. Täter des Missbrauchstatbestandes kann m.a.W. nur sein, wer die Voraussetzungen eines Stellvertreters bzw. Vertreters erfüllt, wobei entscheidend ist, dass im Zeitpunkt der tatbestandsmässigen Handlung eine rechtsgültig bestehende Ermächtigung vorliegt. E contrario bedeutet dies, dass als Täter von Art. 158 Ziff. 2 StGB *nicht* in Frage kommt, wer als blosser *Bote*<sup>599</sup> in Erscheinung tritt, oder wer ein Rechtsgeschäft für einen anderen lediglich vorbereitet, z.B. als Nachweis- oder Vermittlungsmakler i.S.v. Art. 412 ff. OR<sup>600</sup>.

Die zur Bejahung der Sondereigenschaft des Missbrauchstäters unabdingbare Ermächtigung kann gemäss Art. 158 Ziff. 2 durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt werden.

Aufgrund des Dargelegten kommen als Täter i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB namentlich in Betracht:

- Direkte bürgerliche Stellvertreter i.S.v. Art. 32 ff. OR;
- Prokuristen i.S.v. Art. 458 ff. OR;

---

<sup>597</sup> Vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB hinten S. 237 ff.

<sup>598</sup> Vgl. dazu vorne S. 14 f.

<sup>599</sup> Vgl. dazu vorne S. 22 f.

<sup>600</sup> Vgl. zum Ganzen DONATSCH, Aspekte 1996, S. 208; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 127.

- Handlungsbevollmächtigte i.e.S. gemäss Art. 462 OR; insbesondere auch Versicherungsagenten;
- Personen, denen die Stellung eines Vertretungsorgans zukommt<sup>601</sup>;
- zur Vertretung von Personengesellschaften befugte Gesellschafter<sup>602</sup>;
- Ehegatten gemäss Art. 166 ZGB;
- Eltern gemäss Art. 304 ZGB;
- Personen, welche das Amt eines Vormundes gemäss Art. 407 ZGB ausüben;
- Willensvollstrecker gemäss Art. 518 ZGB;
- Erbenvertreter i.S.v. Art. 602 Abs. 3 ZGB;
- Agenten i.S.v. Art. 418e OR;
- Handelsreisende i.S.v. Art. 348b OR.

Im Folgenden konzentrieren sich die Ausführungen indes auf die Strafbarkeit des direkten bürgerlichen Stellvertreters i.S.v. Art. 32 ff. OR.

#### **4. Die Strafandrohung von Art. 158 StGB**

Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB bedroht den Treubruchstäter, der ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung handelt<sup>603</sup>, mit Freiheitsstrafe bis zu

---

<sup>601</sup> Vgl. etwa Art. 718 OR (Vertretung der AG). Ein «Missbrauch der Ermächtigung» bei der Organvertretung wird indes kaum je unter Art. 158 Ziff. 2 StGB, sondern vielmehr unter den Treubruchstatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB zu subsumieren sein, da ein Organ in aller Regel die Eigenschaften eines «Vermögensverwalters» erfüllt; vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 17. März 2005, 1P.152/2005, Erw. 2.5; vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB hinten S. 237 ff.

<sup>602</sup> Vgl. Art. 543, Art. 563 ff., Art. 603 OR.

<sup>603</sup> Vgl. zur Absicht unrechtmässiger Bereicherung hinten S. 221 ff.



drei Jahren oder Geldstrafe. Gemäss Art. 10 Abs. 3 StGB handelt es sich damit beim Grundtatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB um ein *Vergehen*.

Handelt der Treubruchstäter demgegenüber mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung, so lautet die Strafe gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis fünf Jahren, womit der qualifizierte Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB als *Verbrechen* zu qualifizieren ist. Dasselbe gilt für Art. 158 Ziff. 2 StGB, lautet doch die Sanktionsandrohung des Missbrauchstatbestandes auf *Freiheitsstrafe* bis zu *fünf Jahren* oder *Geldstrafe*.

Die Qualifikation der ungetreuen Geschäftsbesorgung als Vergehen bzw. Verbrechen hat zur Folge, dass eine versuchte Tatbegehung, wie auch Beihilfe und Anstiftung zu Art. 158 StGB möglich sind<sup>604</sup>.

Kommt im Einzelfall Art. 172<sup>ter</sup> StGB zur Anwendung<sup>605</sup>, so stellt Art. 158 StGB lediglich noch eine mit Busse zu bestrafende *Übertretung* dar, womit gemäss Art. 105 Abs. 2 StGB die *versuchte* ungetreue Geschäftsbesorgung, sowie die *Beihilfe* dazu *straflos* bleiben. Strafbar bleibt demgegenüber die Anstiftung<sup>606</sup>.

---

<sup>604</sup> Vgl. Art. 22, Art. 24 und Art. 25 StGB. Vgl. zur Versuchsproblematik im Allgemeinen hinten S. 229 ff.

<sup>605</sup> Vgl. dazu hinten S. 212 und S. 225.

<sup>606</sup> Umkehrschluss aus Art. 105 Abs. 2 StGB.; vgl. dazu BSK StGB I-HONEGGER, Art. 104 N 1.



## 2. Objektiver Tatbestand

### I. Der objektive Tatbestand im Überblick

*Objektiv* setzt Art. 158 Ziff. 2 StGB voraus, dass das tatbestandsmässige Verhalten des Vertreters, der «Missbrauch der Ermächtigung», natürlich kausal zu einem Vermögensschaden beim Vertretenen führt. Darin liegt der tatbestandsmässige Erfolg des Delikts.

### II. Die tatbestandsmässige Handlung

#### 1. Ausgangslage

In der tatbestandsmässigen Handlung liegt nach vorliegend vertretener Ansicht der Schlüssel zum Verständnis des Art. 158 Ziff. 2 StGB. Von entscheidender Bedeutung ist demnach, was unter dem Missbrauch einer Ermächtigung verstanden bzw. wie dieses Tatbestandselement ausgelegt werden muss. Dies ist aus folgenden Gründen mit einigen Schwierigkeiten verbunden:

- Zunächst ist das tatbestandsmässige Verhalten bei Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht ohne weiteres ersichtlich, kann man sich doch unter einem Missbrauch der Ermächtigung nichts Bildliches vorstellen, was etwa bei einer Sachbeschädigung, einer Körperverletzung, aber auch bei einem Diebstahl, einem Raub oder allenfalls einer Erpressung möglich ist. Allein dadurch wird der Zugang zu diesem Tatbestand erschwert;
- im Weiteren ist das Stellvertretungsrecht, an welches die Strafnorm anknüpft, ein innerhalb der Privatrechtslehre nach wie vor kontrovers diskutiertes Gebiet; die Unterschiede zwischen den

verschiedenen Lehrmeinungen erscheinen hier besonders ausgeprägt<sup>607</sup>;

- schliesslich, und dieser Aspekt dürfte von besonderer Bedeutung sein, lehnt sich Art. 158 Ziff. 2 StGB von seinem Wortlaut her eng an den Missbrauchstatbestand der Untreue i.S.v. § 266 D-StGB an. Der Gesetzgeber hat den Tatbestand aus dem deutschen Strafrecht mehr oder weniger «eins zu eins» übernommen, wobei die privatrechtlichen Grundlagen, auf denen dieser beruht, in Deutschland und in der Schweiz in entscheidenden Punkten voneinander abweichen. Im privatrechtlichen Teil der vorliegenden Arbeit wurden die *Unterschiede* zwischen dem schweizerischen bürgerlichen Stellvertretungsrecht nach OR und dem deutschen bürgerlichen Stellvertretungsrecht nach BGB aufgezeigt<sup>608</sup>. Die entscheidende Differenz liegt darin, dass in der schweizerischen privatrechtlichen Lehre die Konstruktion des Missbrauchs einer Vertretungsmacht im Bereich der direkten gewillkürten Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR heute mehrheitlich kritisch beurteilt, ja von einer starken Lehrmeinung gar abgelehnt wird<sup>609</sup>. Von seinem Wortlaut her knüpft Art. 158 Ziff. 2 StGB folglich – zumindest was die bürgerliche Stellvertretung anbelangt – an eine umstrittene bzw. gar überholte privatrechtliche Konstruktion an.

Im Folgenden ist nun zunächst darzulegen, in welchem Sinn die nach wie vor herrschende strafrechtliche Lehre in der Schweiz die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB, den Missbrauch der Ermächtigung, auslegt. Als dann ist zu untersuchen, wie sie nach der hier vertretenen Ansicht ausgelegt werden kann und muss bzw. welche Verhaltensweisen eines bürgerlichen Stellvertreters darunter zu subsumieren sind. Dabei versteht es sich von selbst, dass diese Ausführungen an die im privatrechtlichen Teil erarbeiteten Ansätze anknüpfen, und damit insbesondere auf die Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis verzichtet wird<sup>610</sup>.

---

<sup>607</sup> Vgl. dazu die Ausführungen im privatrechtlichen Teil.

<sup>608</sup> Vgl. dazu vorne S. 44 ff., S. 55 ff., S. 61 ff., S. 65 (tabellarische Übersicht), S. 67 ff.

<sup>609</sup> Zur Begründung vgl. vorne S. 61 ff.

<sup>610</sup> Vgl. dazu vorne a.a.O

## 2. Die tatbestandsmässige Handlung gemäss herrschender Lehre

### A) Überblick

Gemeinsam ist sämtlichen Lehrmeinungen, dass nur der – wie auch immer zu verstehende – Missbrauch einer *bestehenden* Vertretungsmacht als Tathandlung in Frage kommen kann. Die Vollmacht des Vertreters muss mithin zum Tatzeitpunkt schon bzw. noch rechtlichen Bestand haben<sup>611</sup>.

Im Weiteren legt der überwiegende Teil der strafrechtlichen Lehre das Tatbestandsmerkmal des «Missbrauchs der Ermächtigung» in Anlehnung an die privatrechtliche Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht aus<sup>612</sup>, wie sie vor allem in Deutschland herrschend ist. Die Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB basiert folglich ganz entscheidend auf der vorliegend kritisch beurteilten Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis.

Überblickt man die strafrechtliche Literatur zu Art. 158 Ziff. 2 StGB, so lässt sich eine enge und eine etwas weitere Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung unterscheiden.

### B) Enge Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung

#### a) Ausgangspunkt: Die Auslegung von § 266 D-StGB

Die herrschende deutsche Strafrechtslehre und -praxis anerkennt nur eine einzige mögliche Konstellation, in welcher der Missbrauchstatbestand i.S.v. § 266 D-StGB erfüllt sein kann<sup>613</sup>. Es geht um Fälle, in denen ein Vertreter seine *Vertretungsmacht* – also sein rechtliches Können – zu einer im Ergebnis *wirksamen* rechtsgeschäftlichen Handlung einsetzt, welche

---

<sup>611</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 125; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 2.1; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 119 ff.

<sup>612</sup> Vgl. dazu vorne S. 55 ff.

<sup>613</sup> DONATSCH, Aspekte 1996, S. 208.

allerdings mit seiner Vertretungsbefugnis – also mit seinem rechtlichen Dürfen – nicht zu vereinbaren ist<sup>614</sup>. Mithin geht es um Handlungen, welche im Aussenverhältnis zwar *rechtswirksam* sind<sup>615</sup>, aber gegen das Innenverhältnis verstossen. Bestraft wird somit der Vertreter, welcher die *Diskrepanz* zwischen rechtlichem Können (Vertretungsmacht) und rechtlichem Dürfen (Vertretungsbefugnis) zum Schaden des Vertretenen ausnutzt<sup>616</sup>. Eine derartige Auslegung ist mit dem deutschen Stellvertretungsrecht ohne weiteres zu vereinbaren, da das BGB insbesondere eine eigentliche Aussenvollmacht, verstanden als tatsächliche *Macht* des Vertreters, anerkennt; dies im Unterschied zum OR<sup>617</sup>.

### b) *Die enge Auslegung gemäss Stratenwerth/Jenny*

STRATENWERTH/JENNY legen die tatbestandsmässige Handlung des Missbrauchstatbestandes im gleichen Sinn aus, wie die eben dargelegte herrschende Lehre in Deutschland. Die *einzig* mögliche Konstellation, in der Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllt sein kann, besteht nach Ansicht dieser Autoren folglich darin, dass «*der Täter eine im Aussenverhältnis wirksame rechtsgeschäftliche Handlung vornimmt, dabei aber die im Innenverhältnis bestehenden Bindungen missachtet.*»<sup>618</sup> Vollmachtsüberschreitungen werden damit vom Missbrauchstatbestand in keinem Fall erfasst. Eine i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB taugliche Tathandlung liegt folglich nur dann vor, wenn der Stellvertreter ein rechtswirksames Fremdgeschäft abschliesst, welches zwar vom Umfang seiner Vertretungsmacht gedeckt ist, aber gegen die (interne) Vertretungsbefugnis verstösst; ein Geschäft also,

---

<sup>614</sup> HAAS, Untreue nach § 266 StGB, S. 55; Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N 82 und N 86; Schönke/Schröder – LENCKNER/PERRON § 266 N 17 m.w.H.; SEIER/MARTIN, JuS 2001, S. 876. A.M. LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 34 und N 50, der nebst der eben erwähnten auch noch weitere Konstellationen unter den Begriff des «Missbrauchs» subsumiert, insbesondere auch Vollmachtsüberschreitungen; ebenso ARZT, FS Bruns, S. 375; vgl. dazu hinten S. 172 ff.

<sup>615</sup> Vgl. etwa HAAS, a.a.O., m.w.H.; MITSCH, § 8 N 24.

<sup>616</sup> Vgl. für das schweizerische Recht URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 123/124.

<sup>617</sup> Vgl. dazu vorne S. 44 ff. und ferner S. 55 ff.

<sup>618</sup> STRATENWERTH/JENNY, BT I § 19 N 23.

das zwar abgeschlossen werden kann, nicht aber abgeschlossen werden darf.

Soweit ersichtlich setzen sich STRATENWERTH/JENNY dabei nicht mit der Tatsache auseinander, dass im schweizerischen Stellvertretungsrecht die umfangmässige Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis, und damit verbunden die Konstruktion des Missbrauchs der Vertretungsmacht, nicht nur umstritten ist, sondern im Anwendungsbereich von Art. 32 ff. OR von einem grossen Teil der Lehre abgelehnt wird<sup>619</sup>.

Zu betonen ist an dieser Stelle, dass STRATENWERTH/JENNY mit ihrer Interpretation der Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB keineswegs alleine dastehen. In der schweizerischen Lehre besteht vielmehr Einigkeit darüber, dass ein Missbrauch der Ermächtigung immer dann vorliegt, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht in einer der Vertretungsbefugnis widersprechenden Art und Weise zum Abschluss eines rechtswirksamen Fremdgeschäftes einsetzt<sup>620</sup>. Zum Teil finden sich zwar Hinweise, wonach die Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis im Anwendungsbereich der bürgerlichen Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR nicht unbestritten sei<sup>621</sup>. Welche Konsequenzen diese privatrechtliche Sichtweise auf die Auslegung von Art. 158 Ziff. 2 StGB haben könnte, wird dann allerdings – soweit ersichtlich – nicht weiter thematisiert.

## **C) Weitere Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung**

### *a) Auslegung gemäss Donatsch*

DONATSCH geht bei der Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB insofern weiter als STRATENWERTH/JENNY, als er

---

<sup>619</sup> Vgl. die Literaturhinweise vorne S. 61, FN 225.

<sup>620</sup> CORBOZ, art. 158 N 15 f.; DONATSCH, Aspekte 1996, S. 208; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 125; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 2.12 (S. 260); URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 123.

<sup>621</sup> Vgl. etwa DONATSCH, Aspekte 1996, S. 208, FN 50; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 100, FN 681.

einen «Missbrauch der Ermächtigung» auch dann bejaht, wenn eine «Überschreitung der dem Täter erteilten Vollmacht» vorliegt<sup>622</sup> und der Vertretene im Ergebnis *nicht* rechtlich gebunden ist, also keine Vertretungswirkung eintritt<sup>623</sup>. Folgt man dieser Ansicht, so können von Art. 158 Ziff. 2 StGB auch Konstellationen erfasst werden, welche im Anwendungsbereich von § 266 D-StGB nach herrschender deutschen Lehre straflos bleiben<sup>624</sup>.

### b) *Auslegung gemäss Niggli*

Nochmals einen etwas anderen Ansatz verfolgt NIGGLI. Vom Missbrauchstatbestand sollen all jene Konstellationen erfasst sein, «*in welchen der Täter aufgrund einer Ermächtigung den Vertretenen rechtlich verpflichten kann [...]»*<sup>625</sup>. Nach dieser Ansicht wird der Begriff der Ermächtigung i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB als Fähigkeit, Vertretungswirkung auszulösen<sup>626</sup> verstanden, womit sich auch jene Sachverhalte unter besagte Strafnorm subsumieren lassen, in denen Vertretungswirkung aufgrund Gutgläubensschutzes<sup>627</sup> eintritt.

Gemäss NIGGLI liegt aber in jedem Fall nur dann ein Missbrauch der Ermächtigung vor, wenn der Vertretene im Ergebnis auch tatsächlich rechtlich gebunden ist, mithin Vertretungswirkung eintritt<sup>628</sup>.

---

<sup>622</sup> DONATSCH, Aspekte 1996, S. 209/210; ebenso REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 2.12 und URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 139; vgl. für das deutsche Recht: LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 32 und N 34; a.M. STRATENWERTH/JENNY, BT I § 19 N 23.

<sup>623</sup> Vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 2.12; LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 34; im Ergebnis ebenso ARZT, FS Bruns, S. 378.

<sup>624</sup> Vgl. etwa Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N 90.

<sup>625</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 138.

<sup>626</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 136.

<sup>627</sup> Vgl. dazu vorne S. 90 ff.

<sup>628</sup> Vgl. BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 144; vgl. zur Vertretungswirkung vorne S. 14 f.



## D) Kritik an der herrschenden Lehre

Die eben dargelegten Auslegungsansätze zu Art. 158 Ziff. 2 StGB vermögen m.E. – zumindest im Bereich der bürgerlichen Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR – *nicht* restlos zu überzeugen, weil sie ganz zentral von der Unterscheidung zwischen *Vertretungsmacht* und *-befugnis* ausgehen. Wie im privatrechtlichen Teil dargelegt<sup>629</sup>, ist diese Unterscheidung bei der bürgerlichen Stellvertretung gemäss OR abzulehnen, da es im schweizerischen Stellvertretungsrecht aufgrund der *allein* relevanten Innenvollmacht eine auch umfangmässig verstandene Abstraktheit der Vollmacht vom Grundverhältnis nicht geben kann. Diesbezüglich besteht ein ganz entscheidender Unterschied zum deutschen Stellvertretungsrecht, in welchem aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des BGB eine «Aussenvollmacht» im Sinne einer *tatsächlichen Macht* des Vertreters möglich ist.

Letztendlich sind nach vorliegend vertretener Ansicht sämtliche Konstellationen, welche in Deutschland einen Missbrauch der Vertretungsmacht darstellen, im schweizerischen Recht als Vollmachtsüberschreitungen zu betrachten.

Vor diesem Hintergrund soll die Auslegung des Tatbestandselements «Missbrauch der Ermächtigung» i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB – bezogen auf die bürgerliche Stellvertretung – nachfolgend von Grund auf neu aufgerollt werden, wobei der Begriff des *Missbrauchs* an sich genügend Spielraum lässt, um eine dem schweizerischen bürgerlichen Stellvertretungsrecht entsprechende Lösung zu finden.

---

<sup>629</sup> Vgl. vorne S. 61 ff.

### **3. Die tatbestandsmässige Handlung nach vorliegend vertretener Ansicht**

#### **A) Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden Vollmacht**

##### *a) Rekapitulation: Der privatrechtliche Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung*

Im Sinne einer kurzen Rekapitulation soll an dieser Stelle der privatrechtliche Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung in Erinnerung gerufen werden; für eine ausführlichere Darstellung dieser Problematik sei auf die entsprechenden Ausführungen im privatrechtlichen Teil (vorne S. 116 ff.) verwiesen.

Bei einer *Vollmachtsüberschreitung* verfügt der Vertreter zwar über eine rechtsgültig bestehende Ermächtigung, er schliesst aber ein Fremdgeschäft ab, das von deren Umfang nicht bzw. nicht gänzlich gedeckt ist. Zu unterscheiden ist dabei nach vorliegend vertretener Ansicht zwischen *quantitativen* und *qualitativen* Vollmachtsüberschreitungen.

Bei einer *quantitativen* Vollmachtsüberschreitung schliesst der Stellvertreter ein Fremdgeschäft ab, das von der rechtlichen Qualifikation, sowie vom qualitativen Inhalt her mit seiner Vollmacht übereinstimmt, allerdings mengenmässig – eben *quantitativ* – vom Vollmachtsumfang nicht gedeckt ist. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein zur Verpachtung von 1000 m<sup>2</sup> Weideland bevollmächtigter Vertreter dem Dritten im Namen des Vertretenen 1500 m<sup>2</sup> Weideland verpachtet. Hier stimmt die rechtliche Qualifikation des Fremdgeschäftes (Pacht i.S.v. Art. 275 ff. OR) mit der Vollmacht überein, und auch in qualitativer Hinsicht – Verpachtung von Weideland – ist das in fremdem Namen abgeschlossene Geschäft vom Umfang der Vollmacht gedeckt. Allerdings liegt in quantitativer Hinsicht

eine Vollmachtsüberschreitung vor, da der Vertreter 500 m<sup>2</sup> zuviel Weideland verpachtet<sup>630</sup>.

Von einer *qualitativen* Vollmachtsüberschreitung ist einmal dann auszugehen, wenn der Stellvertreter ein in rechtlicher Hinsicht unzutreffendes Geschäft abschliesst. Zu denken wäre hier an die Konstellation, in der ein zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages bevollmächtigter Vertreter mit dem Dritten im Namen des Vertretenen einen Garantievertrag abschliesst<sup>631</sup>.

Eine *qualitative* Vollmachtsüberschreitung liegt indes auch dann vor, wenn ein Stellvertreter zwar das in rechtlicher Hinsicht zutreffende Geschäft abschliesst, allerdings mit einem in qualitativer Hinsicht von der Vollmacht nicht gedeckten Inhalt. Erwähnt sei der Fall, in dem ein zum Abschluss eines Werkvertrages über die Errichtung eines Hühnerstalls bevollmächtigter Vertreter im Namen des Vertretenen einen Werkvertrag über die Herstellung eines Hundezwingers abschliesst. Hier stimmt zwar die rechtliche Qualifikation des Geschäftes (Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR) mit der Vollmacht überein, allerdings liegt in qualitativer Hinsicht eine Vollmachtsüberschreitung vor (Hundezwinger statt Hühnerstall).

Schliesslich ist auch dann von einer *qualitativen* Vollmachtsüberschreitung auszugehen, wenn der Vertreter mit einem unzutreffenden Dritten ein Fremdgeschäft abschliesst. Zu denken wäre hier an die Konstellation, in welcher der Vertretene V seinem Stellvertreter S untersagt, ein Fremdgeschäft mit einem bestimmten Dritten D zu tätigen, und der Vertreter in der Folge gerade mit diesem Dritten D im Namen des V kontrahiert<sup>632</sup>.

---

<sup>630</sup> Zu den Rechtsfolgen einer derartigen quantitativen Vollmachtsüberschreitung vgl. vorne S. 119 ff.

<sup>631</sup> Dies spielt insofern eine bedeutende Rolle, als der Garantievertrag i.S.v. Art. 111 OR im Gegensatz zur Bürgschaft i.S.v. Art. 492 ff. OR grundsätzlich nicht akzessorisch ist zur Hauptschuld.

<sup>632</sup> Zu den Rechtsfolgen von qualitativen Vollmachtsüberschreitungen vgl. vorne S. 123 ff.

b) *Die Vollmachtsüberschreitung als einzige mögliche Tathandlung*

Nach vorliegend vertretener Ansicht kann ein bürgerlicher Stellvertreter die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB *einzig* dadurch erfüllen, dass er eine ihm vom Vertretenen bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende Vollmacht in quantitativer oder qualitativer Hinsicht überschreitet<sup>633</sup>. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Dadurch, dass jemand einen Stellvertreter bestellt und dazu ermächtigt, für ihn mit unmittelbarer Wirkung Rechtsgeschäfte abzuschliessen, bringt er ihm *Vertrauen* entgegen. Er vertraut ihm, dass er sich beim Abschluss von Fremdgeschäften an den Umfang der erteilten Vollmacht hält. Mit jeder Bevollmächtigungserklärung wird somit zwischen Vertretenem und Vertreter ein Vertrauensverhältnis begründet. Hält sich der Bevollmächtigte beim Abschluss eines Fremdgeschäfts aber nicht an den Umfang der ihm erteilten Vollmacht, so wird dieses Vertrauensverhältnis tangiert. In einer derartigen *Vollmachtsüberschreitung* liegt nun m.E. die von Art. 158 Ziff. 2 StGB pönalisierte *Untreue*, die *Verletzung bzw. Enttäuschung* jenes *Vertrauens*, welches der Vertretene dem Vertreter mit der Ermächtigung entgegenbringt. Entscheidend ist dabei:

- Dass der Vertreter über eine Vollmacht zum Abschluss *irgendeines* Rechtsgeschäfts für den Vertretenen verfügt, also tatsächlich ermächtigt ist;
- dass diese vom Vertretenen bewusst erteilte Vollmacht im Zeitpunkt des Abschlusses des vom Umfang der Vertretungsmacht nicht gedeckten Fremdgeschäfts auch tatsächlich schon bzw. noch rechtsgültig besteht.

Der eben dargelegte Ansatz lässt sich im Übrigen auch mit der Botschaft zur Revision des Vermögensstrafrechts von 1991 vereinbaren, heisst es doch in BBl 1991 II 1049 zur Tathandlung des Art. 158 Ziff. 2 StGB lediglich: «*Missbrauchen bedeutet, dass der Täter die Ermächtigung verwendet, um ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, welches nicht den zu wahr-*

---

<sup>633</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne S. 116 ff. sowie S. 172 f.

*renden Interessen des Vertretenen entspricht.»* Zu beachten gilt es diesbezüglich auch, dass es in der eben zitierten Passage der Botschaft *nicht* heisst, dass das fragliche Fremdgeschäft *rechtsgültig* abgeschlossen sein müsse, was ja bei einer Vollmachtsüberschreitung je nach Konstellation gerade nicht der Fall ist<sup>634</sup>. Wie noch aufzuzeigen sein wird, kann ein tatbestandsmässiger Missbrauch der Ermächtigung auch dann vorliegen, wenn eine Vollmachtsüberschreitung den Vertretenen im Ergebnis *nicht* rechtlich bindet, im Ergebnis also *keine* Vertretungswirkung eintritt<sup>635</sup>. Ein die *tatbestandsmässige Handlung* von Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllender «Missbrauch der Ermächtigung» liegt m.E. mithin unabhängig von der zivilrechtlichen Gültigkeit des fraglichen Rechtsgeschäftes vor.

In der Lehre wird zum Teil eingewendet, dass bei Vollmachtsüberschreitungen zivilrechtlich gesehen (zumindest teilweise) gar *keine* Vertretungsmacht besteht, die i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB missbraucht werden könnte. NIGGLI etwa führt diesbezüglich aus: «*Im Kern unterscheidet sich diese Sachverhaltsvariante mithin nicht von derjenigen, in welcher überhaupt keine Vollmacht besteht oder bestand, denn in beiden Fällen besteht für die konkrete Handlung keine gültige Vollmacht.*»<sup>636</sup>

M.E. ist diese Aussage unter privatrechtlichen Gesichtspunkten insofern zu präzisieren, als es bei *teilbaren* Rechtsgeschäften durchaus eine Rolle spielt, ob jemand gänzlich ohne, oder aber in Überschreitung einer bestehenden Vollmacht in fremdem Namen rechtsgeschäftlich handelt. Ist letzteres der Fall, handelt der Vertreter nämlich *teilweise* als *falsus procurator* und *teilweise* als *bevollmächtigter Stellvertreter*. Als *falsus procurator* handelt er insoweit, als dass das von ihm abgeschlossene Fremdgeschäft vom Umfang seiner Vertretungsmacht *nicht gedeckt* ist. Als *bevollmächtigter Stellvertreter* handelt er insoweit, als dass das von ihm abgeschlossene Fremdgeschäft vom Umfang seiner Vertretungsmacht *gedeckt* ist. Bei einer rein quantitativen Vollmachtsüberschreitung<sup>637</sup> kann Vertretungswirkung folglich durchaus in dem von der Vollmacht umfang-

<sup>634</sup> Vgl. dazu vorne S. 116 ff. und insbesondere S. 119 ff.

<sup>635</sup> Vgl. dazu hinten S. 177 ff; a.M. BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 139 und N 144.

<sup>636</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 134 mit Verweis auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1443.

<sup>637</sup> Vgl. zum Tatbestand der quantitativen Vollmachtsüberschreitung vorne S. 172.

mässig gedeckten Bereich eintreten, und zwar deshalb, weil der Vertreter diesbezüglich *mit Vertretungsmacht* handelt. Der Eintritt von Vertretungswirkung erfolgt hier somit unabhängig von einer nachträglichen Genehmigung des Geschäftes, und auch unabhängig vom Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes<sup>638</sup>. Dies aber wäre bei einem Handeln ganz ohne Vollmacht nicht möglich.

Auch im Hinblick auf den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht m.E. ein durchaus massgebender Unterschied, ob jemand über gar keine Vollmacht verfügt, oder ob jemand eine bestehende Vollmacht überschreitet. Im ersten Fall liegt *kein* Vertrauensverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter vor, im zweiten aber sehr wohl. Art. 158 Ziff. 2 StGB pönalisiert nun aber nach vorliegend vertretener Ansicht den beim Vertretenen zu einem Vermögensschaden führenden Verstoss gegen ein bestehendes Vertrauensverhältnis. Darin ist die ungetreue Geschäftsbesorgung bzw. die Untreue zu sehen.

### **B) Die rechtsgültig bestehende Vollmacht**

Zu untersuchen ist im Folgenden, *welcher Art* die Ermächtigung sein muss, in deren Überschreitung die Tathandlung des Missbrauchstatbestandes zu sehen ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob auch die Überschreitung einer *Duldungs-* oder einer *Anscheinsvollmacht*<sup>639</sup> tatbestandsmässig i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB sein kann.

Damit durch die Bevollmächtigung zwischen Vertretenem und Vertreter das für Art. 158 Ziff. 2 StGB unabdingbare Vertrauensverhältnis entsteht, muss die Bevollmächtigung seitens des Vertretenen mit Wissen und Willen erfolgen. Er muss mithin seinen Vertreter bewusst bevollmächtigen und ihm damit bewusst Vertrauen entgegenbringen.

Die Duldungsvollmacht stellt gemäss vorliegend vertretener Ansicht zwar eine stillschweigende Bevollmächtigung dar und erscheint damit im Ergebnis als eine *tatsächliche* Macht des Vertreters<sup>640</sup>. Da dem Vertretenen

---

<sup>638</sup> Vgl. dazu vorne S. 116 ff., insbesondere S. 119 ff.

<sup>639</sup> Vgl. zur Duldungsvollmacht und zur Anscheinsvollmacht vorne S. 50 f. und S. 99 f.

<sup>640</sup> Vgl. dazu vorne S. 50 f.

bei einer Duldungsvollmacht aber per definitionem der Bevollmächtigungswille fehlt, stellt sie keine Ermächtigung dar, welche im Sinne der Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB überschritten werden könnte. Dies gilt erst recht für die *Anscheinsvollmacht*, welche m.E. gar keine tatsächliche Macht des Vertreters, sondern lediglich den Ansatzpunkt für den Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter darstellt<sup>641</sup>.

Da der Vertretene den Vertreter weder bei der Duldungs-, noch bei der Anscheinsvollmacht bewusst bevollmächtigt, und ihm damit auch kein Vertrauen entgegenbringt, sind diese im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB irrelevant. Es fehlt am Vertrauensverhältnis, welches durch die Vollmachtsüberschreitung verletzt werden könnte, oder anders gesagt: Wo kein durch eine bewusste Vollmachtserteilung begründetes Vertrauensverhältnis besteht, kann es auch keine Untreue bzw. ungetreue Geschäftsbesorgung geben.

## C) Die Überschreitungshandlung

### a) Überblick

Während ein Handeln in fremdem Namen ohne Vertretungsmacht stets bedeutet, dass der betreffende Vertreter über gar keine Ermächtigung zum Abschluss (irgend)eines Fremdgeschäftes verfügt<sup>642</sup>, setzt ein Handeln in fremdem Namen in Überschreitung einer bestehenden Ermächtigung voraus, dass der Vertreter zwar bevollmächtigt ist, diese Vertretungsmacht aber für das betreffende Fremdgeschäft von ihrem Umfang her nicht ausreicht. In jenem Bereich, in dem das fragliche Rechtsgeschäft von der Vertretungsmacht nicht gedeckt ist, liegt zwar ein Handeln ohne Ermächtigung vor, immerhin ist es aber möglich, dass zumindest teilweise Vertre-

---

<sup>641</sup> Vgl. S. 99 f. und dort insbesondere die grundsätzliche Kritik an der Konstruktion der Anscheinsvollmacht.

<sup>642</sup> Bei einem Handeln *ohne Vollmacht* besteht die Vertretungsmacht weder für das fragliche, noch für irgendein anderes Rechtsgeschäft.

tungswirkung eintritt, und zwar unabhängig von Gutgläubensschutz oder einer nachträglichen Genehmigung<sup>643</sup>.

Die Abgrenzung zwischen einem Handeln *ohne* und einem solchen *in Überschreitung* einer bestehenden Ermächtigung ist im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB von *entscheidender* Bedeutung, da der Missbrauchstatbestand nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn eine *bestehende* Ermächtigung «missbraucht» wird, der Vertreter also von einer ihm durch den Vertretenen bewusst verliehenen Vertretungsmacht einen pflichtwidrigen Gebrauch macht. In all jenen Fällen aber, in denen ein Vertreter gänzlich ohne Vollmacht handelt, kann der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB *de lege lata* nicht erfüllt sein<sup>644</sup>, da in derartigen Konstellationen keine Untreue begangen werden kann<sup>645</sup>, fehlt es doch am unabdingbaren Vertrauensverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter.

Um zu beurteilen, ob im Einzelfall eine Vollmachtsüberschreitung vorliegt, ist es unumgänglich, den genauen *Umfang* der betreffenden Vertretungsmacht zu kennen. Dies ist praktisch nicht immer einfach. Ausgangspunkt bildet auf jeden Fall die bei Unklarheiten nach dem Vertrauensprinzip auszulegende Bevollmächtigungserklärung<sup>646</sup>. Der Umfang der Vertretungsmacht wird dabei unter Berücksichtigung *sämtlicher* an den Vertreter gerichteten Willenserklärungen des Vertretenen bestimmt<sup>647</sup>. Insbesondere tangieren auch das Grundverhältnis und allfällige Weisungen unmittelbar den Vollmachtsumfang, sie «schlagen» m.a.W. direkt auf die Grösse bzw. den Umfang der Vertretungsmacht «durch». Zur Bestimmung des Vollmachtsumfanges von Bedeutung ist ferner, ob eine *Spezial-*, eine *Gattungs-*, oder eine *Generalvollmacht* besteht bzw. ob es sich um eine *Kollektiv-* oder um eine *Einzelvollmacht* handelt<sup>648</sup>. Eine Vollmachtsüberschreitung – und damit die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB – ist nämlich insbesondere auch dann gegeben, wenn der

---

<sup>643</sup> Vgl. vorne S. 119 ff.

<sup>644</sup> Vgl. zur Möglichkeit eines untauglichen Versuches hinten S. 180 ff.

<sup>645</sup> Vgl. dazu hinten S. 182 f.; überdies *fehlt* es dem (potentiellen) Täter an der *Sonder-eigenschaft*; dazu vorne S. 161 f.

<sup>646</sup> Vgl. dazu vorne S. 69 f.

<sup>647</sup> Vgl. dazu vorne S. 69 ff, sowie S. 61 f.

<sup>648</sup> Vgl. dazu vorne S. 69 ff.



über eine *Kollektivvollmacht* verfügende Vertreter *alleine*, gewissermassen «in eigener Regie» bzw. «auf eigene Faust» Fremdgeschäfte abschliesst<sup>649</sup>.

b) *Das Ausmass der Überschreitung, insbesondere Kollusion*

Für die Annahme einer tatbestandsmässigen Vollmächtsüberschreitung muss es m.E. *unerheblich* sein, ob ein Vertreter massiv oder nur minim von der bestehenden Ermächtigung abweicht, ob die Vollmächtsüberschreitung mithin gross oder geringfügig ist. Ebenso unerheblich ist es für die Erfüllung der tatbestandsmässigen Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB, ob eine quantitative oder qualitative Vollmächtsüberschreitung vorliegt<sup>650</sup>. Objektiv liegt in jedem Fall ein «Missbrauch» derselben vor. Würde man demgegenüber bei einer *massiven*, insbesondere qualitativen Abweichung von der erteilten Ermächtigung<sup>651</sup> ein Handeln *ohne Vollmacht* annehmen, käme eine Bestrafung gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht in Frage, wohl aber dann, wenn nur eine geringfügige, insbesondere quantitative Vollmächtsüberschreitung<sup>652</sup> vorläge. Damit stünde man allerdings vor der unbefriedigenden Situation, dass derjenige, der das ihm entgegengebrachte Vertrauen massiv missbraucht – beispielsweise durch kolludierendes Verhalten<sup>653</sup> – straffrei ausginge, derjenige aber, der die Vollmacht nur geringfügig überschreitet, mit einer Sanktion gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB rechnen müsste.

Aufgrund des Dargelegten ist es *unumgänglich*, im Anwendungsbereich des Missbrauchstatbestandes gerade auch massive, qualitative Abweichungen von einer rechtsgültig bestehenden Ermächtigung unter den Begriff der *Vollmächtsüberschreitung* zu subsumieren.

---

<sup>649</sup> Vgl. dazu hinten S. 211.

<sup>650</sup> Vgl. zur Unterscheidung zwischen qualitativer und quantitativer Vollmächtsüberschreitung vorne S. 116 ff.

<sup>651</sup> Vgl. dazu das Fallbeispiel 8 («Zement – Kies») vorne S. 124.

<sup>652</sup> Vgl. dazu das Fallbeispiel 7 («Zement – Zement») vorne S. 121.

<sup>653</sup> Vgl. zur Kollusion vorne S. 126 ff.

c) *In-sich-Geschäft als tatbestandsmässige Handlung*

In Erinnerung gerufen sei an dieser Stelle, dass die *Doppelvertretung* und das *Selbstkontrahieren* nicht zwangsläufig den Interessen des Vertretenen widersprechen müssen. Derartige Rechtsgeschäfte sind damit je nach Fallkonstellation vom Umfang der erteilten Vertretungsmacht gedeckt<sup>654</sup>. Ein *gegen* die Interessen des Vertretenen gerichtetes, und damit von der Vollmacht nicht gedecktes In-sich-Geschäft stellt im Übrigen nur dann eine strafrechtlich relevante *Vollmachtsüberschreitung* dar, wenn der Vertreter tatsächlich zur Vornahme *irgendeines* Rechtsgeschäftes ermächtigt ist. Nur dann liegt das für die Erfüllung der tatbestandsmässigen Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB unabdingbare Vertrauensverhältnis zwischen diesem und dem Vertretenen vor<sup>655</sup>.

**D) Strafrechtliche Relevanz eines Handelns ohne jegliche Vollmacht?**

a) *Die Möglichkeit eines untauglichen Versuches?*

Gänzlich ohne Vollmacht handelt, wer gar nie bevollmächtigt worden ist, oder wer trotz Erlöschens bzw. Dahinfallens der Vertretungsmacht weiterhin Fremdgeschäfte abschliesst. Im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB ist einzig die zweite Konstellation von Interesse, da hierbei die Möglichkeit eines untauglichen Versuches zu diskutieren ist. Dieser Thematik sind die nachfolgenden Ausführungen gewidmet.

Hat ein Vertreter vom definitiven Erlöschen seiner Vollmacht berechtigterweise (noch) keine Kenntnis erlangt<sup>656</sup>, so liegt aus privatrechtlichem Blickwinkel eine grundsätzlich nach Art. 37 Abs. 1 OR zu beurteilende Rechtslage vor<sup>657</sup>. Strafrechtlich gesehen macht sich der Vertreter hier eine falsche Vorstellung über das Fortbestehen der Vollmacht und damit über den Bestand des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und dem Vertrete-

---

<sup>654</sup> Vgl. dazu vorne S. 131 ff.

<sup>655</sup> Vgl. zum Vertrauensverhältnis vorne S. 176 f.

<sup>656</sup> Vgl. dazu vorne S. 73 ff.

<sup>657</sup> Vgl. zu diesen Konstellationen vorne S. 109 f.

nen. Es liegt folglich ein sog. «Sachverhalts-» oder gleichbedeutend, ein «Tatbestandsirrtum» vor, geht doch der Vertreter irrtümlich davon aus, die in Tat und Wahrheit nicht mehr vorliegende Bevollmächtigung habe nach wie vor Bestand.

Zu unterscheiden sind in der Folge zwei Konstellationen:

- Hält sich der Vertreter an den Umfang der ihm einst erteilten, aber inzwischen ohne seine tatsächliche Kenntnisnahme rechtsgültig erloschenen Vollmacht, so ist dieser Sachverhaltsirrtum strafrechtlich in jedem Fall irrelevant. Der Vertreter begeht weder objektiv noch in seiner Vorstellung eine tatbestandsmässige Vollmachts-*überschreitung*;
- hält sich der Täter indes beim Abschluss eines Fremdgeschäftes umfangmässig<sup>658</sup> *nicht* an die unterdessen erloschene, in seiner *Vorstellung* aber nach wie vor bestehende Vollmacht, so wirkt sich sein Sachverhaltsirrtum zu seinen *Ungunsten* aus, und es muss das Vorliegen eines *untauglichen Versuchs* zu Art. 158 Ziff. 2 StGB geprüft werden<sup>659</sup>. In der Vorstellung des Vertreters überschreitet dieser nämlich eine seines Erachtens nach wie vor bestehende Vollmacht, welche in Wirklichkeit aber nicht mehr vorliegt<sup>660</sup>. Voraussetzung für die Bestrafung eines untauglichen Versuches ist allerdings, dass *sämtliche subjektiven* Tatbestandselemente, insbesondere auch die Absicht unrechtmässiger Bereicherung<sup>661</sup>, gegeben sind.

Im Hinblick auf die Möglichkeit eines untauglichen Versuchs ist nun aber zu beachten, dass es sich bei Art. 158 Ziff. 2 StGB um ein *echtes Sonderdelikt*<sup>662</sup>, und mit dem Erlöschen der Vertretungsmacht auch der Verlust der Sondereigenschaft des Missbrauchstäters verbunden ist. Es stellt sich damit die Frage, ob in der eben dargelegten, zweiten Kons-

---

<sup>658</sup> Massgebend ist der Umfang der Vollmacht, wie er vor dem Erlöschen Bestand hatte.

<sup>659</sup> Art. 22 StGB i.V.m. Art. 158 Ziff. 2 StGB.

<sup>660</sup> Vgl. zum untauglichen Versuch TRECHSEL, Art. 23 N 1; BSK StGB I-JENNY, Art. 23 N 2 und ferner ALBRECHT, Untauglicher Versuch, S. 5 ff.

<sup>661</sup> Vgl. dazu hinten S. 221 ff.

<sup>662</sup> Vgl. dazu vorne S. 159 ff. und insbesondere S. 161 f.

tellation ein Versuch durch ein *untaugliches Subjekt* anzunehmen ist, welcher nach herrschender Auffassung in der Schweiz – da dem straflosen Wahndelikt nahe stehend – *straflos* bleibt<sup>663</sup>. Der Täter handelt dabei nämlich sowohl in der irrigen Annahme, eine bestehende Vollmacht zu überschreiten, als auch in der irrigen Vorstellung, nach wie vor über die Sondereigenschaft zur Erfüllung des Art. 158 Ziff. 2 StGB zu verfügen.

Aufgrund der in der Schweiz vorherrschenden Lehre ist folglich von einem *straflosen* Versuch durch ein *untaugliches Subjekt* auszugehen, wenn jemand irrtümlich ohne Vertretungsmacht handelt und diese nur in seiner Vorstellung bestehende Ermächtigung überschreitet. Objektiv fehlt dem Täter hier die erforderliche Sondereigenschaft, welche nach h.L. *nicht* durch seine Vorstellung ersetzt werden kann oder anders, allgemein ausgedrückt: Die den Täter bezeichnenden und damit den Kreis der Normadressaten eingrenzenden Tatbestandsmerkmale vermag der Ausführende nicht durch seinen Irrtum zu erweitern<sup>664</sup>.

### b) *Fazit: Fehlende strafrechtliche Relevanz*

Bei einem Handeln in fremdem Namen gänzlich ohne Vollmacht ist der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 ganz grundsätzlich nicht erfüllt. Das gilt zunächst für jene Fälle, in denen gar nie eine Vollmacht bestanden hat, denn hierbei fehlt es von Anfang an am Vertrauensverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter, in dessen Verletzung die ungetreue Geschäftsbesorgung bzw. die Untreue zu sehen ist.

Im Ergebnis gleich sieht es dann aus, wenn zwar dereinst eine bewusst erteilte Vollmacht, und damit ein Vertrauensverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter bestanden hat, diese aber inzwischen rechtsgültig und vollständig erloschen ist; mithin zum Zeitpunkt des Abschlusses des fraglichen Fremdgeschäftes nicht mehr besteht. Handelt jemand trotzdem im Namen des (einstigen) Vertretenen, so bleibt dieses Verhalten *de lege lata* straflos, da es keine taugliche Tathandlung i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB

---

<sup>663</sup> DONATSCH/TAG, I § 12 2.3 a.E.; STRATENWERTH, AT I § 12 N 47 ff.

<sup>664</sup> Vgl. dazu LK-HILLENKAMP § 22 N 231.

darstellt. Die Möglichkeit eines *untauglichen Versuches*<sup>665</sup> scheidet selbst dann aus, wenn der Vertreter vom Erlöschen der Vollmacht noch keine Kenntnis erlangt hat und die lediglich in seiner Vorstellung noch bestehende Ermächtigung überschreitet. Zwar liegt hier grundsätzlich ein Sachverhaltsirrtum zu seinen Ungunsten vor, allerdings ist gleichzeitig – da mit dem Erlöschen der Vollmacht auch die Sondereigenschaft des Täters wegfällt – von einem in der Schweiz straflosen Versuch durch ein untaugliches Subjekt auszugehen.

### III. Der tatbestandsmässige Erfolg

#### 1. Überblick

Nur wenn das tatbestandsmässige Verhalten des Vertreters – der Missbrauch einer Ermächtigung – beim Vertretenen natürlich kausal<sup>666</sup> zu einem *Vermögensschaden* führt, ist der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllt, das Delikt vollendet.

Tritt im Einzelfall der tatbestandsmässige Erfolg nicht ein, so bleibt immerhin das Vorliegen eines strafbaren (vollendeten) Versuches zu prüfen<sup>667</sup>.

Die nachfolgenden Ausführungen zum Vermögensschaden beim Vertretenen nehmen Bezug auf die vorliegend vertretene Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB. Es wird mithin untersucht, inwiefern der Vertreter durch die Überschreitung einer ihm vom Vertretenen bewusst erteilten, rechtsgültig bestehenden Vollmacht beim Vertretenen einen Vermögensschaden verursachen kann.

---

<sup>665</sup> Vgl. dazu vorne S. 180 ff.

<sup>666</sup> Vgl. dazu hinten S. 213.

<sup>667</sup> Vgl. dazu hinten S. 229 ff.

## 2. **Rekapitulation: Privatrechtliche Folgen einer Vollmachtsüberschreitung**

Im Sinne einer kurzen Rekapitulation sollen an dieser Stelle die privatrechtlichen Folgen einer Vollmachtsüberschreitung in Erinnerung gerufen werden; für eine ausführlichere Darstellung dieser Problematik sei auf die entsprechenden Ausführungen im privatrechtlichen Teil (vorne S. 116 ff., insbesondere S. 119 ff.) verwiesen.

Überschreitet ein bürgerlicher Stellvertreter seine ihm vom Vertretenen verliehene Vollmacht, so ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob sich das fragliche Fremdgeschäft in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR teilen lässt. Ist dies der Fall, so handelt der Vertreter *teilweise* als *falsus procurator* und *teilweise* als *bevollmächtigter Stellvertreter*. Als *falsus procurator* handelt er insoweit, als das von ihm abgeschlossene Fremdgeschäft vom Umfang seiner Vertretungsmacht *nicht gedeckt* ist. Als *bevollmächtigter Stellvertreter* handelt er insoweit, als das von ihm abgeschlossene Fremdgeschäft vom Umfang seiner Vertretungsmacht gedeckt ist. In dem von der Vollmacht gedeckten Bereich tritt Vertretungswirkung durch ein Handeln *mit Vertretungsmacht* ein, allerdings nach zutreffender Ansicht nur dann, wenn überdies anzunehmen ist, dass das Geschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre. Bezüglich des von der Vollmacht nicht gedeckten Bereichs liegt eine nach den Grundsätzen des «Handelns ohne Vertretungsmacht» zu beurteilende Konstellation vor, wobei – kurz gesagt – folgende Szenarien denkbar sind:

- Vertretungswirkung tritt unmittelbar ex lege kraft Gutgläubenschutzes ein. Dies bedeutet, dass im Ergebnis Vertretungswirkung bezüglich des gesamten, in Überschreitung der Vollmacht abgeschlossenen Fremdgeschäftes eintritt, teilweise kraft Gutgläubenschutzes, teilweise kraft tatsächlicher Vertretungsmacht des Vertreters;
- sofern Vertretungswirkung nicht kraft Gutgläubenschutzes eintritt, gerät das von der Vollmacht nicht abgedeckte Teilgeschäft in den Schwebezustand. Dies bedeutet, dass im Ergebnis Vertretungswirkung mit Sicherheit bezüglich des von der Vollmacht

abgedeckten Teilgeschäftes eintritt, bezüglich des anderen Teiles je nachdem, wie der Vertretene den Schwebezustand beendet. Bei nachträglicher Genehmigung tritt Vertretungswirkung bezüglich des ganzen in Überschreitung der Vollmacht abgeschlossenen Fremdgeschäftes ein, teilweise kraft nachträglicher Genehmigung, teilweise kraft tatsächlicher Vertretungsmacht des Vertreters. Bei Nichtgenehmigung ist das sich im Schwebezustand befindende Teilgeschäft als definitiv unwirksam zu qualifizieren, was aber die Gültigkeit des von der Vollmacht gedeckten Teilgeschäftes nicht tangiert.

Lässt sich das in Überschreitung der Vertretungsmacht abgeschlossene Fremdgeschäft im Einzelfall nicht teilen, so ist das Verhalten des Vertreters *zivilrechtlich* wie ein Handeln gänzlich ohne Vollmacht abzuwickeln. Dasselbe gilt für den Fall, dass eine Teilbarkeit zwar möglich, aber nicht anzunehmen ist, dass das fragliche Geschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre. Dabei sind wiederum zwei Konstellationen möglich:

- Vertretungswirkung tritt bezüglich des ganzen Fremdgeschäftes unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes ein;
- sofern Vertretungswirkung nicht kraft Gutgläubensschutzes eintritt, gerät das ganze Fremdgeschäft in den Schwebezustand und Vertretungswirkung tritt nur bei nachträglicher Genehmigung durch den Vertretenen ein.

Grundsätzlich gilt es zu beachten, dass die Teilbarkeit eines Fremdgeschäftes nur bei quantitativen Vollmachtsüberschreitungen möglich ist, während bei qualitativen Vollmachtsüberschreitungen eine Teilbarkeit praktisch ausser Betracht fällt.

### 3. Zum Vermögensschaden im Allgemeinen

#### A) Definition des strafrechtlichen Schadensbegriffes

##### a) Grundsatz: Unfreiwillige, tatsächliche Vermögensverminderung

Unter einem Vermögensschaden i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB ist eine *tatsächliche* Vermögensverminderung zu verstehen, wobei zum Vermögen – gemäss dem wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff – nur Güter zählen, welche über einen Verkehrswert verfügen und einer Person ohne Missbilligung durch die Rechtsordnung bzw. im Einklang mit der Rechtsordnung zustehen<sup>668</sup>. Besagte Vermögensverminderung kann dabei in einer Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven bestehen, aber auch – darauf wird noch zurückzukommen sein<sup>669</sup> – in einem entgangenen Gewinn, mithin einer Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven<sup>670</sup>. Das eben Dargelegte ist allerdings noch in dem Sinne zu präzisieren, als dass auch im Vermögensstrafrecht nur eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung als Schaden gelten kann<sup>671</sup>.

Von Bedeutung ist im Weiteren, dass auch eine nur *vorübergehende* Beeinträchtigung des Vermögens zur Bejahung eines strafrechtlich relevanten Schadens genügt<sup>672</sup>. Dieser Grundsatz ist namentlich dann relevant, wenn dem Geschädigten die erlittene Vermögenseinbusse haftpflicht- bzw.

---

<sup>668</sup> Vgl. dazu REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 5 1.

<sup>669</sup> Vgl. hinten S. 188 f.

<sup>670</sup> BECK, Untreue, S. 135; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 110; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 29 1.13; vgl. auch BGE 121 IV 104, Erw. 2.c) = Pr 85 [1996], Nr. 25 – betreffend Art. 159 alt StGB; sowie den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 15. März 2001, 6S.587/2000, Erw. 2. – betreffend Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB.

<sup>671</sup> Vgl. diesbezüglich bereits die Ausführungen zum privatrechtlichen Schadensbegriff vorne S. 144 ff.

<sup>672</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 113; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 18 1.41 b) – zu Art. 146 StGB; TRECHSEL, Art. 158 N 12.



versicherungsrechtlich ersetzt wird oder ein entsprechender zivilrechtlicher Ersatzanspruch besteht<sup>673</sup>.

b) *Ausnahme: Die schadensgleiche Vermögensgefährdung als Schaden*

Wie soeben dargelegt, ist für die Bejahung eines strafrechtlich relevanten Vermögensschadens eine *tatsächliche* Vermögensverminderung erforderlich, welche aus Sicht des Geschädigten überdies *unfreiwillig* erfolgt sein muss. Eine blossе Gefährdung des Vermögens gilt grundsätzlich nicht als Vermögensschaden<sup>674</sup>. Allerdings darf dies nicht generell bzw. in jedem Fall so gelten, muss doch ein Vermögenswert ab einem bestimmten Grad der Gefährdung aus buchhalterischer Sicht abgeschrieben werden<sup>675</sup>, womit dieser in der Folge bilanztechnisch bereits als Verlust erscheint, obwohl das betreffende Gut noch nicht *definitiv* «verloren» bzw. «zerstört» und darüber hinaus auch gar nicht sicher ist, ob die Gefährdung im Ergebnis tatsächlich zu einem definitiven Verlust führt.

Sobald besagter Grad der Gefährdung erreicht ist, liegt eine qualifizierte oder eben schadensgleiche Vermögensgefährdung vor<sup>676</sup>, wobei auch hier zu fordern ist, dass diese *unfreiwillig* erfolgt sein muss<sup>677</sup>.

<sup>673</sup> Vgl. für das deutsche Recht Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N 107.

<sup>674</sup> Vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, a.a.O.; VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 89 – zu Art. 159 alt StGB.

<sup>675</sup> Vgl. BGE 122 IV 279, Erw. 2.a) – betreffend Art. 159 Abs. 1 alt StGB: «*Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vermindert ist das Vermögen, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss.*» Vgl. ferner den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 28. Februar 2005, 6S.414/2004, Erw. 2.2 – betreffend Betrug i.S.v. Art. 146 Abs. 1 StGB.

<sup>676</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH, a.a.O.; TRECHSEL, Art. 146 N 21; vgl. auch den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 15. März 2001, 6S.587/2000, Erw. 2. – betreffend Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB; sowie BGE 123 IV 17, Erw. 3.d) – betreffend Art. 159 alt StGB. Vgl. für das deutsche Recht MITSCH, Vermögensdelikte, § 8 N 35.

<sup>677</sup> Vgl. dazu auch SCHUBARTH, FS Gauthier, S. 72, der betont, dass kein strafrechtlicher Schaden vorliege, wenn das Risiko [eines vermögensmässigen Minderwerts] vom Vermögensberechtigten oder seinem Vertreter akzeptiert werde.

Wie bei der tatsächlichen Beeinträchtigung des Vermögens<sup>678</sup> *genügt* eine bloss vorübergehende Gefährdung zur Annahme eines strafrechtlich relevanten Vermögensschadens<sup>679</sup>.

Schwierig zu beantworten ist im Einzelfall die zentrale Frage, wann von einer schadensgleichen, mithin qualifizierten Vermögensgefährdung ausgegangen werden kann und muss. Es stellt sich das Problem, *wie stark* ein bestimmter Vermögenswert *gefährdet* sein muss, um strafrechtlich bereits als geschädigt zu gelten. Dabei können einzig wirtschaftliche bzw. buchhalterische Kriterien von Bedeutung sein, darauf wurde eingangs bereits hingewiesen. In BGE 122 IV 279 hat das BGer jedenfalls eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bejaht, als der Vorsitzende einer Personalvorsorgestiftung Arbeitgeberfirmen erheblich gefährdete Darlehen gewährte. Das Gericht erwog dabei, dass bei einer klar ungenügend gesicherten Kreditgewährung zwar nicht feststehe, ob daraus tatsächlich ein Schaden resultieren werde. Gleichwohl werde das betreffende Darlehen in der Bilanz aber nicht mehr zum Nennwert eingesetzt, sondern der Betrag werde teilweise abgeschrieben. In diesem Sinne bedeute die erhebliche Unsicherheit betreffend die Einbringlichkeit des gewährten Darlehens nicht nur eine Gefährdung des Vermögens in der Höhe des Darlehensbetrages, sondern gleichzeitig auch einen Schaden in der Höhe eines Teilbetrages desselben (Erw. 2.a).

### c) *Entgangener Gewinn als Schadenselement*

*Entgangener Gewinn* gilt nach einem Teil der Lehre nur dann als strafrechtlich relevanter Schaden, wenn vor dem schädigenden Ereignis ein Rechtsanspruch auf einen entsprechenden Vermögenszuwachs bestanden hat<sup>680</sup>. Nach anderer, m.E. zutreffender Ansicht soll es demgegenüber genügen, dass *«die Gewinnaussichten hinreichend konkretisiert sind und*

---

<sup>678</sup> Vgl. vorne S. 186.

<sup>679</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 15. März 2001, 6S.587/2000, Erw. 2. – betreffend Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB.

<sup>680</sup> Vgl. BSK StGB II-ARZT, Art. 146 N 87; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 18 1.41 a).

*entsprechend Vermögenswert aufweisen.»<sup>681</sup> Der zuletzt genannten Meinung zufolge ist somit *kein* eigentlicher Rechtsanspruch auf die unterbliebene Vermögensvermehrung verlangt, wohl aber – analog zum privatrechtlichen Verständnis des entgangenen Gewinns – eine *hinreichende Wahrscheinlichkeit*, dass diese ohne das schädigende Ereignis auch tatsächlich erzielt worden wäre<sup>682</sup>.*

## **B) Die verschiedenen Berechnungsmöglichkeiten des Vermögensschadens**

### *a) Grundsatz: Berechnung gemäss Differenztheorie*

#### *aa) Der Vermögensvergleich*

Die Bestimmung des Schadens und der Schadensgrösse beruht auch im Strafrecht auf einem Vergleich zweier Vermögensstände<sup>683</sup>. Es wird der tatsächliche, aktuelle Vermögensstand – d.h. der Vermögensstand, wie er sich *nach* dem schädigenden Ereignis präsentiert – mit jenem hypothetischen verglichen, der ohne das schädigende Verhalten bestehen würde<sup>684</sup>. Grundlage der Schadensberechnung bildet somit nach vorliegend vertretener Ansicht die aus dem Haftpflichtrecht bekannte Differenztheorie bzw. Differenzhypothese<sup>685</sup>.

Durch den Vergleich des aktuellen Vermögensstandes mit dem hypothetischen lässt sich im Weiteren auch ein allfällig entgangener Gewinn als Schadensposten erfassen, sofern er mit hinreichender Sicherheit erzielt

---

<sup>681</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 112 m.w.H.; vgl. auch STRATENWERTH/JENNY, BT I § 19 N 16 sowie TRECHSEL, Art. 146 N 19 mit Hinweis auf BGE 87 IV 9, Erw. 1.b).

<sup>682</sup> Im Ergebnis wohl ebenso BECK, Untreue, S. 132.

<sup>683</sup> So explizit SCHWANDER, Nr. 563; vgl. ferner für das deutsche Recht LK-SCHÜNEMANN, § 266 N 136.

<sup>684</sup> TRECHSEL, Art. 146 N 21; SCHUBARTH, Art. 159 N 33 – zu Art. 159 alt StGB; ebenso BECK, Untreue, S. 135 und URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 71.

<sup>685</sup> Vgl. dazu vorne S. 144 ff.

worden wäre und damit zum hypothetischen Vermögen gezählt werden kann und darf<sup>686</sup>.

Ein wesentlicher Vorteil der wie eben dargelegt interpretierten Differenztheorie ist im Übrigen darin zu sehen, dass auch Gegenleistungen, die der potentiell Geschädigte von dritter Seite erhält, ohne weiteres berücksichtigt werden können. Gerade im Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB geht es praktisch in vielen Fällen um den Abschluss schuldrechtlicher, insbesondere synallagmatischer Verträge. Der durch das Verhalten des Vertreters potentiell geschädigte Vertretene wird folglich oft eine Gegenleistung des Dritten erhalten, welche aber unter Umständen (objektiv) weniger Wert ist, als die eigene Leistung. Berechnet man den Schaden nach der Differenzhypothese, ergibt sich grundsätzlich dann keine strafrechtlich relevante Vermögenseinbusse, wenn der hypothetische Vermögensstand geringer oder exakt gleich gross ist, wie der aktuelle, so wie er sich nach dem (potentiell) schädigenden Ereignis präsentiert<sup>687</sup>.

Schliesslich lässt sich mittels der vorliegend vertretenen Differenztheorie auch ein Schaden in Form der schadensgleichen Vermögensgefährdung erfassen<sup>688</sup>. Vergegenwärtigt man sich nämlich noch einmal, dass es bei der Differenztheorie um einen Vergleich zwischen dem aktuellen und dem hypothetischen Vermögensstand geht, wird ohne weiteres klar, dass die Bejahung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung diese Methode der Schadensberechnung in keiner Weise tangiert. Der aktuelle Vermögensstand wird lediglich wertmässig kleiner sein, wenn das Vermögen als qualifiziert, also schadensgleich gefährdet betrachtet werden muss.

### bb) Schadensberechnung bei unerwünschten Rechtsgeschäften über ein Deckungsgeschäft

Gerade im Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB kann es – aus Sicht des Vertretenen – zu unerwünschten bzw. aufgezwungenen Rechtsgeschäften kommen. Dies ist dann der Fall, wenn der Vertreter eine be-

---

<sup>686</sup> Vgl. zum Schadenselement des entgangenen Gewinns vorne S. 188 f.

<sup>687</sup> Vgl. aber zum *objektiv-individuellen Vermögensbegriff*, bzw. zum *normativen Schaden* hinten S. 194 ff.

<sup>688</sup> Zur schadensgleichen Vermögensgefährdung vgl. vorne S. 187 f.

stehende Vollmacht überschreitet und Vertretungswirkung ganz<sup>689</sup> oder teilweise<sup>690</sup> ex lege kraft Gutgläubensschutzes, insbesondere kraft Gutgläubensschutzes Dritter, eintritt<sup>691</sup>. Hierbei ist der Vertretene gegenüber dem Dritten an ein Rechtsgeschäft gebunden, das ihm aus Verkehrsschutzüberlegungen regelrecht «aufgezwungen» wird<sup>692</sup>. Nach der Differenzhypothese kann in einer derartigen Konstellation beim Vertretenen durchaus ein Schaden vorliegen, wobei sich die Schadensberechnung über ein konkretes oder abstraktes Deckungsgeschäft durchführen lässt<sup>693</sup>. Resultiert aus diesem Deckungsgeschäft im Einzelfall *kein* Schaden, weil der Vertretene – um das Beispiel eines Deckungsverkaufs zu nennen – nicht nur den Preis löst, den er einst selber bezahlt hat, sondern überdies seine sonstigen kausal verursachten Unkosten abzugelten vermag, ist das Vorliegen eines Schadens zu verneinen. Dies gilt erst recht, wenn im Einzelfall aus dem Deckungsgeschäft ein Gewinn resultiert, was durchaus im Bereich des Möglichen liegt<sup>694</sup>. Dies soll das nachfolgende Fallbeispiel verdeutlichen:

**Fallbeispiel 11 – «Die Ente»:**

Hobby-Entenzüchter Fredi hat sich beim Holzfällen am Bein verletzt und ist daher nur noch beschränkt mobil. Daher bevollmächtigt er seinen ehemaligen WG-Mitbewohner Carl, in seinem Namen beim Bauern Umberto einen jungen, schwarz-weiss gefleckten Enterich für maximal Fr. 50.– zu erwerben. Um Schwierigkeiten beim angestrebten Geschäft zu vermeiden, teilt Fredi Umberto vorgängig mit, sein Kumpel Carl werde in den nächsten Tagen vorbeikommen, um als sein Stellvertreter eine Ente zu kaufen. Carl erwirbt in der Folge bei Umberto im Namen des Fredi eine weibliche Ente zum Preis Fr. 25.–.

---

<sup>689</sup> Bei einer qualitativen Vollmachtsüberschreitung; vgl. dazu auch vorne S. 123 ff.

<sup>690</sup> Bei einer quantitativen Vollmachtsüberschreitung (vgl. dazu vorne S. 119 ff.), wobei hier im von der Vollmacht gedeckten Bereich die Vertretungswirkung ebenfalls eintritt, allerdings nicht kraft Gutgläubensschutzes, sondern infolge eines *Handelns mit Vertretungsmacht*; vgl. dazu auch vorne S. 119 ff.

<sup>691</sup> Vgl. zu den möglichen Rechtsfolgen einer Vollmachtsüberschreitung vorne a.a.O.

<sup>692</sup> Vgl. dazu vorne S. 110 ff.

<sup>693</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 112 ff. und ferner S. 144 ff.

<sup>694</sup> Vgl. dazu auch vorne S. 114.

Im Fallbeispiel 11 kommt der Kaufvertrag über die weibliche Ente zwischen Fredi und Umberto gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR zustande, da Fredi Umberto gegenüber eine Vollmacht kundgegeben hat, die umfangmässig grösser ist (Kauf einer Ente), als die seinem Stellvertreter tatsächlich erteilte (Kauf einer jungen, schwarz-weiss gefleckten männlichen Ente). Aus strafrechtlicher Sicht erfüllt Carl die tatbestandsmässige Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB in objektiver Sicht<sup>695</sup>, da er beim Kauf der Ente eine ihm bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende Vollmacht in qualitativer Hinsicht überschreitet<sup>696</sup>. Nun stellt sich die Frage, ob beim Vertretenen Fredi nach der Differenztheorie ein Schaden vorliegt. Auf den ersten Blick ist dies zu verneinen, da das Vermögen des Fredi an sich ja nicht vermindert wurde – immerhin erhält er für den Kaufpreis von Fr. 25.– einen Gegenwert in Form einer weiblichen Ente. Diese Sichtweise greift indes zu kurz und verkennt, dass Fredi einen Enterich, nicht aber eine weibliche Ente erwerben wollte, der Kauf der weiblichen Ente mithin gegen seinen (ursprünglichen) Willen erfolgte. Hier ist nun die Vornahme eines konkreten Deckungsverkaufes angezeigt, d.h., Fredi veräussert die Ente in guten Treuen einer anderen Person. Dabei sind drei Varianten denkbar:

- Fredi löst bei diesem Deckungsverkauf exakt soviel, dass er nicht nur den Umberto bezahlten bzw. zu bezahlenden Kaufpreis von Fr. 25.– erhält, sondern gerade auch die Kosten für die Durchführung des Deckungsgeschäftes begleichen kann. Belaufen sich diese Kosten beispielsweise auf Fr. 10.–, so muss Fredi die Ente für Fr. 35.– verkaufen können.
- Fredi löst bei diesem Deckungsverkauf mehr als Fr. 25.– und die Kosten für die Durchführung des Deckungsgeschäftes, beispielsweise – wenn sich diese Kosten wiederum auf Fr. 10.– belaufen – Fr. 40.–.

---

<sup>695</sup> Vgl. dazu vorne S. 172 ff.

<sup>696</sup> Die Vollmacht des Carl umfasste den Kauf einer männlichen Ente, er erwarb im Namen des Fredi aber eine weibliche. Vgl. zur qualitativen Vollmächtsüberschreitung im Allgemeinen vorne S. 118 ff.

- Fredi löst bei diesem Deckungsverkauf weniger als Fr. 25.– und die Kosten für die Durchführung des Deckungsgeschäftes, beispielsweise – wenn sich diese Kosten wiederum auf Fr. 10.– belaufen – Fr. 20.–.

Einzig in der zuletzt genannten Konstellation liegt beim Vertretenen Fredi nach der Differenztheorie ein Vermögensschaden vor. Sein aktueller Vermögensstand ist hier um Fr. 15.– geringer, als er es ohne das schädigende Ereignis (Kauf der weiblichen Ente durch Carl) wäre. Für die Ente muss er dem Umberto nämlich Fr. 25.– bezahlen, und aus der Durchführung des Deckungsgeschäftes entstehen im Kosten in der Höhe von Fr. 10.–. Aus besagtem Deckungsverkauf erhält er allerdings nur Fr. 20.–.

Gegen die vorliegend favorisierte Schadensberechnung bei aufgezwungenen Rechtsgeschäften mittels eines Deckungsgeschäfts kann allerdings eingewendet werden, dass für die Frage des Vorliegens eines Vermögensschadens grundsätzlich der Zeitpunkt der tatbestandsmässigen Handlung massgebend sein muss, das Deckungsgeschäft aber erst später erfolgt, und das Vorliegen eines Schadens mithin erst einige Zeit nach Abschluss der tatbestandsmässigen Handlung beurteilt wird. Dieser Einwand lässt sich problemlos entkräften, wenn ein abstraktes Deckungsgeschäft möglich ist, bei dem der Markt- oder Börsenpreis im Zeitpunkt der tatbestandsmässigen Handlung berücksichtigt werden kann<sup>697</sup>. Ist ein abstraktes Deckungsgeschäft demgegenüber nicht möglich, so entsteht in der Tat die Problematik, dass das Vorliegen eines Schadens erst eine gewisse Zeit nach Abschluss der tatbestandsmässigen Handlung beurteilt wird, mithin erst mit Vornahme des konkreten Deckungsgeschäftes. Bei aufgezwungenen Rechtsgeschäften, wie sie gerade im Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB vorkommen können<sup>698</sup>, ist diese Konsequenz m.E. allerdings hinzunehmen. Ein aufgezwungenes Rechtsgeschäft kann beim Betroffenen nämlich einerseits eine Vermögenseinbusse, andererseits aber auch einen – u.U. nicht unerheblichen – Vermögenszuwachs bewirken<sup>699</sup>. Ob

---

<sup>697</sup> Vgl. dazu vorne S. 113.

<sup>698</sup> Vgl. hinten S. 196 ff.

<sup>699</sup> Vgl. dazu vorne S. 114.

das eine oder das andere vorliegt, lässt sich relativ einfach über ein Deckungsgeschäft beurteilen<sup>700</sup>, welches – sofern kein abstraktes möglich ist – gezwungenermassen eine gewisse Zeit *nach* der Tathandlung erfolgt. Vorauszusetzen ist allerdings stets, dass zwischen der tatbestandsmässigen Handlung des Vertreters und dem mittels konkretem Deckungsgeschäft zu bestimmenden Vermögensschaden beim Vertretenen auch tatsächlich ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht<sup>701</sup>; der aus dem konkreten Deckungsgeschäft gegebenenfalls resultierende Vermögensschaden muss mithin auch wirklich durch die tatbestandsmässige Vollmachtsüberschreitung verursacht worden sein.

b) *Ausnahme: Berechnung mittels objektiv-individuellen Vermögensbegriffs*

aa) *Der objektiv-individuelle Vermögensbegriff*

Die Rechtsprechung sowie ein Teil der Lehre anerkennen einen strafrechtlich relevanten Vermögensschaden allerdings auch dann, wenn die Leistung des «Geschädigten» und die diesem zustehende Gegenleistung wertmässig gleich gross sind, nach der *Differenzhypothese* also gar kein Schaden gegeben wäre<sup>702</sup>. Dieser Theorie, und damit dem sog. objektiv-individuellen Vermögensbegriff, sind die nachfolgenden Ausführungen gewidmet.

Von einer strikt der Differenztheorie folgenden Schadensberechnung ist nach der eben dargelegten Ansicht immer dann abzuweichen, wenn die Gegenleistung für den Geschädigten wohl nicht objektiv, dafür aber subjektiv wesentlich weniger wert ist als die eigene Leistung, oder aber

---

<sup>700</sup> Unter Vorbehalt, dass ein solches praktisch überhaupt möglich ist; vgl. dazu hinten S. 195 f.

<sup>701</sup> Vgl. zum natürlichen Kausalzusammenhang zwischen tatbestandsmässiger Handlung und Vermögensschaden hinten S. 213.

<sup>702</sup> BGE 100 IV 273, Erw. 3.; BGE 111 IV 55, Erw. 3.; BGE 113 Ib 170, Erw. 3.c)bb); BGE 117 IV 139, Erw. 3.e) – sämtliche Entscheide betreffend Betrug gemäss Art. 148 alt StGB; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 18 1.42 b). Kritisch: SCHULTZ, ZBJV 1975, S. 498 f.



erstere unter subjektiven Gesichtspunkten gar gänzlich wertlos erscheint. Diese Theorie wird dabei unter dem Begriff des objektiv-individuellen Vermögensbegriffs abgehandelt, berücksichtigt sie doch *subjektive*, oder eben *individuelle* Gesichtspunkte<sup>703</sup>.

Im Ergebnis geht es um eine auch im Haftpflichtrecht zu beobachtende Tendenz, den Schaden je nach Fallkonstellation nicht mehr allein aufgrund der Differenzhypothese zu bestimmen, sondern vielmehr *normative* Gesichtspunkte beizuziehen. Es besteht ganz offensichtlich sowohl im Straf- wie auch im Privatrecht ein Bedürfnis, fallweise auch dort einen Vermögensschaden bejahen zu können, wo ein solcher gemäss Differenzhypothese nicht erkennbar ist.

Im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand i.S.v. Art. 146 StGB wird der objektiv-individuelle Vermögensbegriff etwa dann angewandt, wenn der Täter jemanden durch arglistige Täuschung dazu verleitet, ein qualitativ schlecht(er)es Produkt zu kaufen. Dabei kann unter Beizug subjektiver Gesichtspunkte das Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Schadens selbst dann angenommen werden, wenn der Kaufpreis dem *tatsächlichen Wert* der gelieferten, qualitativ minderen Ware entspricht. Demgegenüber läge nach der Differenzhypothese in der eben geschilderten Situation grundsätzlich kein Schaden vor; zu denken wäre theoretisch wohl einzig an einen *entgangenen Gewinn*, welcher darin bestehen könnte, dass der Getäuschte die nicht gelieferte hochwertig(er)e Ware nicht gewinnbringend weiterverkaufen kann.

bb) Anwendungsbereich des objektiv-individuellen Vermögensbegriffs

Bei der Anerkennung derartiger normativer Schäden ist m.E. Zurückhaltung geboten. Der objektiv-individuelle Vermögensbegriff sollte nach vorliegend vertretener Ansicht – zumindest im Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB – nur dort herangezogen werden, wo ein Deckungs-

---

<sup>703</sup> Vgl. TRECHSEL, Art. 146 N 26 m.w.H.

geschäft zur Schadensbestimmung bzw. -berechnung gar nicht in Frage kommt, wie etwa im folgenden Fallbeispiel<sup>704</sup>:

### **Fallbeispiel 12 – «Werbeagentur»:**

Stellvertreter S schliesst im Namen des V – und in Überschreitung seiner rechtsgültig bestehenden Vollmacht – einen Vertrag mit der Werbeagentur W ab, damit diese für das Produkt X werben soll. Vertretungswirkung tritt bezüglich des ganzen Fremdgeschäftes aufgrund Gutgläubensschutzes Dritter ein. W macht nun einwandfreie Werbung für das Produkt X und verlangt dafür von V auch einen angemessenen Preis, wobei aber dieses Produkt in Kürze nicht mehr auf dem Markt sein wird, die Werbekosten für V also praktisch keinen Gegenwert aufweisen.

Vorliegend liegt aus Sicht des V ein aufgezwungenes Rechtsgeschäft vor. Da ein Deckungsgeschäft nicht durchführbar ist, helfen zur Ermittlung des Schadens bei V hier einzig normative Gesichtspunkte weiter. Heranzuziehen ist der objektiv-individuelle Vermögensbegriff, da die Gegenleistung in Form der Werbung objektiv dem dafür bezahlten Preis entspricht, für V aber praktisch wertlos ist.

## **4. Schaden beim Vertretenen kraft Gutgläubensschutzes Dritter**

### **A) Rekapitulation: Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter**

Im Sinne einer kurzen Rekapitulation soll an dieser Stelle die privatrechtliche Konstellation des Eintritts von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter in Erinnerung gerufen werden; für eine ausführlichere Darstellung dieser Problematik sei auf die entsprechenden Ausführungen im privatrechtlichen Teil (vorne S. 92 ff. sowie S. 119 ff.) verwiesen.

---

<sup>704</sup> Das Beispiel ist sinngemäss der Dissertation von VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 90 entnommen.

Liegt eine rein quantitative Vollmachtsüberschreitung vor, und ist eine Teilbarkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR analog zu bejahen<sup>705</sup>, so tritt in dem von der Vollmacht gedeckten Bereich die Vertretungswirkung unmittelbar ein, und zwar, weil der Vertreter diesbezüglich *mit Vertretungsmacht* handelt. Das von der Vollmacht nicht gedeckte Teilgeschäft ist demgegenüber nach den Regeln des «Handelns ohne Vollmacht»<sup>706</sup> zu beurteilen. Bezüglich dieses Teilgeschäftes kann nun – bei gegebenen Voraussetzungen – Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter eintreten. Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter kann aber auch bei einer qualitativen Vollmachtsüberschreitung eintreten, wobei hier – mangels Teilungsmöglichkeit – bezüglich des ganzen Fremdgeschäftes.

Der Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter basiert dabei stets auf einer Kundgabe bzw. Mitteilung der Vollmacht durch den Vertretenen, sowie auf dem berechtigten guten Glauben des Dritten. Der Dritte muss mithin berechtigterweise auf den vom Vertretenen durch die Vollmachtskundgabe geschaffenen Rechtsschein vertrauen.

Das bürgerliche Stellvertretungsrecht kennt dabei zwei Konstellationen, in denen Vertretungswirkung trotz unzureichender Vollmacht des Vertreters unmittelbar ex lege kraft Gutgläubensschutzes Dritter eintritt, nämlich jene von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR<sup>707</sup>. Weitere Konstellationen, in denen Vertretungswirkung unmittelbar ex lege Kraft Gutgläubensschutzes *Dritter* eintritt, sind dem bürgerlichen Stellvertretungsrecht unbekannt<sup>708</sup>; insbesondere gehört Art. 36 Abs. 2 OR nicht zu den Gutgläubensschutzbestimmungen i.e.S.<sup>709</sup>.

---

<sup>705</sup> Es muss mithin angenommen werden können, dass das fragliche Geschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre; vgl. dazu vorne S. 119 ff.

<sup>706</sup> Vgl. dazu vorne S. 76 ff.

<sup>707</sup> Vgl. dazu vorne S. 99 f. und S. 101 f.

<sup>708</sup> Art. 37 OR zählt zum Gutgläubensschutz des Vertreters; vgl. dazu vorne S. 109 f.

<sup>709</sup> Vgl. dazu vorne S. 90 ff.

## **B) Ausgangslage: Vorliegen eines «aufgezwungenen» Rechtsgeschäftes**

Tritt bei einer Vollmachtsüberschreitung die Vertretungswirkung bezüglich des von der Vollmacht nicht gedeckten Teilgeschäftes oder bezüglich des ganzen Fremdgeschäftes kraft Gutgläubensschutzes Dritter ein<sup>710</sup>, so ist aus privatrechtlicher Sicht das Vorliegen eines Schadens, welchen der Vertretene vom Vertreter geltend machen kann, durchaus denkbar; es geht dabei um unerwünschte bzw. aufgezwungene Rechtsgeschäfte<sup>711</sup>. Auch im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB ist es möglich, dass der Vertretene im strafrechtlichen Sinn am Vermögen geschädigt wird, wobei sich Schaden und Schadenshöhe sowohl privat- wie auch strafrechtlich in der Regel über ein abstraktes oder konkretes Deckungsgeschäft ermitteln lassen<sup>712</sup>. Dabei sind auch die Kosten für die Durchführung desselben als relevante Schadensposten zu berücksichtigen<sup>713</sup>. Nur falls im Einzelfall ein Deckungsgeschäft praktisch gar nicht durchführbar ist<sup>714</sup>, erscheint es angezeigt, den Schaden unter Zuhilfenahme normativer Kriterien zu ermitteln, insbesondere unter Einbezug des objektiv-individuellen Vermögensbegriffs<sup>715</sup>.

In Erinnerung gerufen sei an dieser Stelle, dass der Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter einzig dann möglich ist,

---

<sup>710</sup> Bei einer *quantitativen Vollmachtsüberschreitung* (vorne S.117) tritt bezüglich des von der Vollmacht gedeckten Teilgeschäftes die Vertretungswirkung durch ein *Handeln mit Vertretungsmacht* ein, sofern anzunehmen ist, dass das fragliche Fremdgeschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre (vorne S. 119 ff.); das von der Vollmacht nicht abgedeckte Teilgeschäft ist alsdann nach den Regeln über das «Handeln ohne Vollmacht» zu beurteilen, wobei ein Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter denkbar ist (S. 119 ff. und ferner S. 92 ff.). Bei einer *qualitativen Vollmachtsüberschreitung* (vorne S. 118 f.) ist das gesamte Fremdgeschäft nach den Regeln über das «Handeln ohne Vollmacht» zu beurteilen, wobei wiederum ein Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter möglich ist (vorne S. 123 ff. und ferner S. 92 ff.).

<sup>711</sup> Vgl. dazu vorne S. 110 ff.

<sup>712</sup> Vgl. dazu vorne S. 110 ff. – privatrechtlich; und S. 190 ff. – strafrechtlich.

<sup>713</sup> Vgl. dazu das Fallbeispiel 11 (Die Ente) vorne S. 191.

<sup>714</sup> Vgl. dazu das Fallbeispiel 12 (Werbeagentur) vorne S. 196.

<sup>715</sup> Vgl. zum sog. «objektiv-individuellen Vermögensbegriff» sowie zur Kritik daran vorne S. 194 ff.

wenn der Vertretene selber – *und nur er* – einen Rechtsschein setzt, auf den sich berechtigterweise gutgläubige Dritte verlassen dürfen und können<sup>716</sup>. Die rechtliche Bindung des Vertretenen trotz überschrittener Vertretungsmacht liegt folglich in den vorliegend interessierenden Konstellationen zu einem beträchtlichen Teil in seinem eigenen Verantwortungsbereich, denn ohne seine Vollmachtskundgabe würde keine Vertretungswirkung *ex lege* eintreten und es würde ihm folglich auch kein unerwünschtes Rechtsgeschäft aufgezwungen. Für die Beurteilung, ob eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung und damit ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden vorliegt, ist von entscheidender Bedeutung, ob die Vollmachtskundgabe vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte.

### C) Vermögensschaden bei vorsätzlicher Vollmachtskundgabe?

#### a) *Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung?*

Auszugehen ist zunächst von folgender Konstellation: Ein Vertreter schliesst mit einem berechtigterweise gutgläubigen Dritten ein Fremdgeschäft ab, welches sich umfangmässig im Rahmen der vom Vertretenen (einst) kundgegebenen Ermächtigung bewegt, die tatsächlich bestehende aber überschreitet. Die *Tathandlung* von Art. 158 Ziff. 2 StGB – der Missbrauch der Ermächtigung – ist objektiv erfüllt und Vertretungswirkung tritt *ex lege* ein<sup>717</sup>. Es liegt aus Sicht des Vertretenen ein aufgezwungenes bzw. unerwünschtes Rechtsgeschäft vor<sup>718</sup>. Keineswegs einfach zu beantworten ist nun die Frage, ob eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung, und damit ein *Schaden* im strafrechtlichen Sinn<sup>719</sup>, auch dann noch angenommen werden kann, wenn der Vertretene die zu weite Vertretungsmacht ganz bewusst und im Wissen um die möglichen Konsequenzen mitgeteilt bzw. die dereinst nach aussen hin kundgegebene Vertretungsmacht vor-

---

<sup>716</sup> Vgl. dazu vorne S. 92 ff.

<sup>717</sup> Vgl. vorne S. 172 ff., S. 119 ff., sowie ferner S. 90 ff.

<sup>718</sup> Vgl. dazu vorne S. 110 ff. und S. 190 ff.

<sup>719</sup> Vgl. zur unabdingbaren *Unfreiwilligkeit* der Vermögensverminderung vorne S. 186.

sätzlich und im Wissen um die Rechtsfolgen nur gegenüber dem Vertreter, nicht aber gegenüber Dritten beschränkt hat.

In der soeben dargelegten Situation kann m.E. *nicht* mehr von einer *Unfreiwilligkeit* der durch das Fremdgeschäft beim Vertretenen allfällig verursachten Vermögensverminderung ausgegangen werden, womit ihm auch *kein* strafrechtlich relevanter *Schaden* entsteht. Dies führt dazu, dass der Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht *vollendet* ist, aber immerhin noch die Möglichkeit eines strafbaren vollendeten Versuchs in Betracht kommt<sup>720</sup>.

### b) *Vorsätzliche Vollmachtenkundgabe als rechtfertigende Einwilligung?*

Fraglich ist im Weiteren, ob eine vorsätzliche Vollmachtenkundgabe an Dritte dogmatisch als *Einwilligung* und damit als übergesetzlicher<sup>721</sup> Rechtfertigungsgrund zu qualifizieren ist.

Eine rechtswirksame Einwilligung hat sich grundsätzlich an den *Täter* zu richten; zumindest muss er davon vor Beginn der tatbestandsmässigen Handlung Kenntnis haben<sup>722</sup>, was bei einer zum Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter führenden Vollmachtenkundgabe typischerweise gerade nicht der Fall ist. Geht diese nämlich (auch) dem Vertreter zu, handelt es sich um eine – allenfalls modifizierende<sup>723</sup> – *Bevollmächtigungserklärung*, welche den Vertreter mit einer tatsächlichen Macht ausstattet. Folglich stellt eine vorsätzliche Vollmachtenkundgabe an Dritte *keine* taugliche Einwilligung und damit auch keinen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund dar. Allerdings führt – dies

---

<sup>720</sup> Vgl. dazu hinten S. 229 ff.

<sup>721</sup> DONATSCH/TAG, I § 22 2. mit dem Hinweis, dass man die Einwilligung auch als «*gewohnheitsrechtlichen Erlaubnissatz bezeichnen könnte.*» Ebenso STRATENWERTH, AT I § 10 N 3.

<sup>722</sup> DONATSCH, Aspekte 1996, S. 218; DONATSCH/TAG, I § 22 2.4; STRATENWERTH, AT I § 10 N 24.

<sup>723</sup> D.h. eine Willenserklärung, welche den Umfang einer bereits bestehenden Vertretungsmacht nachträglich *abändert*; vgl. zu dieser Möglichkeit vorne S. 69 f. und S. 73 f.

wurde soeben dargelegt – eine bewusste Kundgabe der Vollmacht im Wissen um die möglichen Konsequenzen zur Verneinung eines Vermögensschadens, falls der Vertreter seine Ermächtigung überschreitet, sich dabei aber an den Umfang der kundgegebenen Vollmacht hält. Der Vertretene nimmt bei einer bewussten Kundgabe der Vollmacht zumindest billigend in Kauf, dass er gegenüber gutgläubigen Dritten in diesem Umfang auch tatsächlich verpflichtet wird. Damit fehlt es an der für die Bejahung eines Schadens unabdingbaren *Unfreiwilligkeit* der Vermögensverminderung.

#### **D) Vermögensschaden bei fahrlässiger Vollmachtskundgabe**

Anders präsentiert sich die Situation, falls der Vertretene die Vollmacht *unbewusst* – möglicherweise fahrlässig – Dritten gegenüber mitteilt<sup>724</sup> bzw. eine nach aussen kundgegebene Vertretungsmacht aus *Unachtsamkeit* nur dem Vertreter, nicht aber Dritten gegenüber *beschränkt*<sup>725</sup>. In diesen – praktisch häufigen – Konstellationen muss die beim Vertretenen durch den Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter hervorgerufene Vermögensverminderung als *unfreiwillig* eingestuft werden, womit ein strafrechtlich relevanter Schaden unter diesem Aspekt in Betracht kommt. Dazu folgendes Fallbeispiel:

##### **Fallbeispiel 13 (entspricht inhaltlich Fallbeispiel 6) – «Halbschuhe»:**

R beauftragt T, der genau seine Schuhgrösse trägt, für ihn schwarze Halbschuhe zu kaufen. Zu diesem Zweck übergibt er T ein von ihm unterschriebenes Schriftstück, worauf festgehalten ist, dass T von R ermächtigt worden sei, Halbschuhe zu erwerben. Weil T die schwarzen Halbschuhe nicht gefallen, beschliesst er, für R braune zu kaufen. Er legt das erwähnte Schriftstück der Verkäuferin im Schuhgeschäft vor und bittet sie, dem R eine Rechnung zu schicken. Als T die Halbschuhe R zeigt, erklärt dieser, er wolle keine braunen.

Mit der bewussten Ermächtigung zum Kauf schwarzer Halbschuhe entsteht zwischen R und T das im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB

---

<sup>724</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR vorne S. 99 f.

<sup>725</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 3 OR vorne S. 101 f.

so zentrale, ja unabdingbare *Vertrauensverhältnis*<sup>726</sup>, wobei – und dies ist entscheidend – die Vollmacht und damit das besagte Vertrauensverhältnis zum Tatzeitpunkt nach wie vor (rechtsgültig) besteht. Tätigt nun T im Namen des R irgendein beliebiges Rechtsgeschäft, das vom Umfang seiner Vertretungsmacht nicht gedeckt ist, muss dies aus strafrechtlicher Sicht als *Vollmachtsüberschreitung* qualifiziert werden<sup>727</sup>, verwendet er doch die Ermächtigung zum Abschluss eines Fremdgeschäftes, das objektiv den Interessen des R *nicht* entspricht. Dabei darf es keine Rolle spielen, wie massiv die Abweichung von der tatsächlich erteilten Vollmacht ist<sup>728</sup>. Vorliegend ist die Tathandlung i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB mit der Vollmachtsüberschreitung – dem Kauf brauner statt schwarzer Halbschuhe – objektiv erfüllt. Das Vorliegen eines Vermögensschadens bei R ist – da ein unerwünschter bzw. aufgezwungener Vertrag vorliegt – über einen Deckungsverkauf zu ermitteln<sup>729</sup>. Die Unfreiwilligkeit einer allfälligen, sich aus dem Deckungsgeschäft ergebenden Vermögensverminderung bei R kann ebenfalls bejaht werden. Es ist davon auszugehen, dass er aus Unachtsamkeit – jedenfalls nicht vorsätzlich – eine zu weite Vollmacht nach aussen kundgegebenen hat.

## 5. Schaden beim Vertretenen kraft Gutgläubensschutzes des Vertreters?

Tritt bei einer Vollmachtsüberschreitung Vertretungswirkung *einzig* aufgrund von Art. 37 OR ein, so kann der Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB allenfalls objektiv, keinesfalls aber subjektiv erfüllt sein. Art. 37 OR greift nämlich per definitionem nur dann ein, wenn der Vertreter berechtigterweise gutgläubig ein Fremdgeschäft trotz erloschener oder beschränkter Vollmacht abschliesst<sup>730</sup>, wobei im Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB von vornherein nur die zweite Konstellation von Interesse sein kann, mithin die, in der ein Vertreter von einer ihm zuge-

---

<sup>726</sup> Vgl. dazu vorne S. 176 f.

<sup>727</sup> Vgl. dazu vorne S. 177 ff.

<sup>728</sup> Vgl. zu dieser Problematik die Ausführungen vorne S. 179 f.

<sup>729</sup> Vgl. dazu vorne S. 190 ff.

<sup>730</sup> Vgl. dazu vorne S. 109 f.



gangenen Vollmachtsbeschränkung berechtigterweise noch keine Kenntnis genommen hat und in der Folge seine eingeschränkte Vertretungsmacht überschreitet. Tritt in dieser Konstellation Vertretungswirkung *allein* aufgrund von Art. 37 OR ein, so hat der Vertreter keinesfalls vorsätzlich seine bestehende Vollmacht überschritten, womit eine Strafbarkeit gemäss dem als Vorsatzdelikt ausgestalteten Art. 158 Ziff. 2 StGB ausser Betracht fällt<sup>731</sup> und sich eingehende Ausführungen zu einem allfälligen – aus einem aufgezwungenen Rechtsgeschäft resultierenden – Vermögensschaden beim Vertretenen erübrigen<sup>732</sup>.

## 6. Schaden beim Vertretenen bei Eintritt des Schwebezustandes

### A) Schadensgleiche Vermögensgefährdung durch den Schwebezustand

#### a) Ausgangslage

Sind Vollmachtsüberschreitungen zu beurteilen, so ist das betreffende Rechtsgeschäft keinesfalls *sofort* unwirksam. Als Grundsatz gilt: Lässt sich das in Überschreitung einer Vollmacht abgeschlossene Fremdgeschäft im Einzelfall teilen, so gerät der von der Vollmacht nicht gedeckte Bereich, andernfalls das ganze Rechtsgeschäft in den sog. Schwebezustand<sup>733</sup>; es sei denn, es würde diesbezüglich unmittelbar Vertretungswirkung *ex lege* kraft Gutgläubensschutzes eintreten<sup>734</sup>.

---

<sup>731</sup> Vgl. zum subjektiven Tatbestand hinten S. 217 ff.

<sup>732</sup> Erwähnt sei immerhin, dass die Schadensberechnung primär über ein Deckungsgeschäft erfolgen müsste; ausnahmsweise unter Beizug des objektiv-individuellen Vermögensbegriffs; vgl. dazu vorne S. 190 ff. und S. 195 f.

<sup>733</sup> Bei einer *quantitativen Vollmachtsüberschreitung* (vorne S. 117) tritt bezüglich des von der Vollmacht gedeckten Teilgeschäftes die Vertretungswirkung durch ein *Handeln mit Vertretungsmacht* ein, sofern anzunehmen ist, dass das fragliche Fremdgeschäft auch ohne den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil abgeschlossen worden wäre; das von der Vollmacht nicht abgedeckte Teilgeschäft ist alsdann nach den Re-

Für die Frage des Vorliegens eines Vermögensschadens ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Tathandlung massgebend; bei Art. 158 Ziff. 2 StGB also der Abschluss eines Fremdgeschäftes in Überschreitung einer bewusst erteilten, rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht. Damit drängt sich zwangsläufig die Frage auf, ob das Vermögen des Vertretenen bereits mit Eintritt des Schwebezustandes in einem strafrechtlich relevanten Sinn als geschädigt gelten kann; zu denken wäre an eine schadensgleiche Vermögensgefährdung. Für die Beantwortung der Frage, ob beim Vertretenen ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden vorliegt, kann jedenfalls nicht abgewartet werden, was mit dem sich im Schwebezustand befindenden Geschäft weiter geschieht, bzw. auf welche Weise der Schwebezustand beendet wird<sup>735</sup>.

Der Schwebezustand zeichnet sich gerade dadurch aus, dass wohl der Dritte, nicht aber der Vertretene an das vom falsus procurator abgeschlossene Fremdgeschäft gebunden ist. Es bedarf einer Genehmigungserklärung, damit dieses auch für den Vertretenen verbindlich wird. Blosses Schweigen bedeutet grundsätzlich Nichtgenehmigung<sup>736</sup>. Ungeachtet der Tatsache, dass der Vertretene mithin selber darüber entscheiden kann, ob Vertretungswirkung eintritt, ist zu prüfen, ob ein sich im Schwebezustand befindendes Rechtsgeschäft aus buchhalterischer Sicht bereits einen Vermögensschaden darstellt bzw. als Verlust verbucht werden muss; ob also der erforderliche Grad der Gefährdung für die Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung mit Eintritt des Schwebezustandes erreicht ist<sup>737</sup>. Dies ergibt sich primär daraus, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein definitiver Verlust erfahrungsgemäss eintritt. Die nachfolgenden Ausführungen sollen darüber Aufschluss geben.

---

geln über das «Handeln ohne Vollmacht» zu beurteilen (S. 119 ff.). Bei einer *qualitativen Vollmachtsüberschreitung* (vorne S. 118 f.) ist das gesamte Fremdgeschäft nach den Regeln über das «Handeln ohne Vollmacht» zu beurteilen (S. 123 ff.).

<sup>734</sup> Vgl. dazu vorne S. 119 ff. und ferner S. 90 ff.

<sup>735</sup> Vgl. vorne S. 119 ff. und S. 82 ff., S. 85.

<sup>736</sup> Vgl. zur gesamten Problematik des Schwebezustandes vorne S. 80 ff.

<sup>737</sup> Vgl. zur schadensgleichen Vermögensgefährdung vorne S. 187 f.

b) *Situation bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung*

aa) Rückabwicklungskosten und Prozessrisiko als mögliche Schadensposten

Zunächst ist darzulegen, dass der Vertretene auch dann einen Vermögensschaden erleiden kann, wenn die Vertretungswirkung *definitiv* ausbleibt; das vom falsus procurator in fremdem Namen abgeschlossene Geschäft also endgültig dahinfällt, im zivilrechtlichen Sinne unheilbar unwirksam ist<sup>738</sup>.

Ein möglicher Schaden des Vertretenen könnte etwa in *Kosten* bestehen, welche ihm aus der Rückgängigmachung des vom falsus procurator abgeschlossenen und nun unwirksamen Geschäftes erwachsen<sup>739</sup>. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, dass der Vertreter in Überschreitung seiner Vollmacht – beispielsweise zu einem tieferen Preis als vorgegeben – im Namen des Vertretenen Gegenstände verkauft und diese Dritten sogleich übergibt<sup>740</sup>. Bleibt in einer derartigen Konstellation die Vertretungswirkung definitiv aus, liegt der Schaden des Vertretenen in den Auslagen, die er für die Rücknahme der Kaufgegenstände tätigen muss. Der Vertretene kann besagte Gegenstände nämlich gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB vindizieren, sofern er ursprünglich deren Eigentümer war; gegebenenfalls kann er sie auch gestützt auf Art. 62 ff. OR kondizieren. Dass er die durch die Vindikation bzw. Kondiktion verursachten Kosten vom falsus procurator im Sinne eines Regresses einfordern kann, ändert am Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Schadens nichts, da eine vorübergehende Vermögensverminderung bzw. -gefährdung genügt.

Ein bezüglich Art. 158 Ziff. 2 StGB wesentlicher Vermögensschaden entsteht natürlich auch dann, wenn eine Rückabwicklung gar nicht oder zumindest nicht mehr «eins zu eins» möglich ist, etwa weil vom Vertreter

---

<sup>738</sup> Vgl. dazu vorne S. 115.

<sup>739</sup> Vgl. DONATSCH, Aspekte 1996, S. 217; DERS., Aspekte 2002, S. 21.

<sup>740</sup> Zur Abgrenzung zwischen ungetreuer Geschäftsbesorgung und Veruntreuung vgl. hinten S. 240 ff.

gelieferte Vermögenswerte nicht mehr vorhanden oder aber beschädigt sind<sup>741</sup>.

DONATSCH zählt überdies auch das allfällige *Prozessrisiko* – zu denken wäre m.E. insbesondere an das Risiko eines Rückforderungsprozesses – zum strafrechtlich relevanten Schaden<sup>742</sup>.

### bb) C.i.c.-Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten als möglicher Schadensposten

Es fragt sich, ob der Vertretene einen Schaden erleidet, weil er dem Dritten gegenüber haftbar wird. Dabei gilt es zu beachten, dass eine Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten nur in einigen wenigen Konstellationen denkbar ist. Bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung verpflichtet das Gesetz in Art. 39 OR nämlich nicht den Vertretenen, sondern den falsus procurator gutgläubigen Dritten gegenüber zu Schadenersatz<sup>743</sup>. Nach zutreffender Ansicht handelt es sich dabei – unter Beachtung der Spezialbestimmung von Art. 36 Abs. 2 OR – um eine abschliessende Haftungsregelung. Wie im privatrechtlichen Teil dargelegt, ist die von einem Teil der Lehre vertretene Ansicht, wonach der Vertretene Dritten gegenüber aufgrund einer auf culpa in contrahendo beruhenden Hilfspersonenhaftung für das rechtsgeschäftliche Verhalten des falsus procurator eintreten muss, abzulehnen. Bezüglich Begründung kann vollumfänglich auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden<sup>744</sup>. Folgt man allerdings der eben genannten Ansicht, so kann ein *Vermögensschaden* beim Vertretenen wesentlich häufiger eintreten als bei der alleinigen Haftung des falsus procurator gemäss Art. 39 OR, wird doch der *Vertretene* bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung dem Dritten gestützt auf culpa in contrahendo und Art. 101 OR gegebenenfalls haftbar. Diesem erwächst allerdings nur dann ein Vermögensschaden im Sinne des Haftungsinteresses, sofern auch dem Dritten zivilrechtlich betrachtet ein nach der Differenzhypothese messbarer Schaden entsteht, da andernfalls

---

<sup>741</sup> DONATSCH, a.a.O.

<sup>742</sup> Vgl. DONATSCH, a.a.O.

<sup>743</sup> Vgl. dazu vorne S. 135 ff.

<sup>744</sup> Vgl. dazu vorne S. 148 ff.

gar kein Schadenersatz gegen den Vertretenen geltend gemacht werden kann.

Wie im privatrechtlichen Teil dargelegt, ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, dass der Vertretene dem Dritten in Ausnahmefällen *aus eigenem Verschulden* haftbar wird, insbesondere gestützt auf eine culpa in contrahendo- bzw. Vertrauenshaftung<sup>745</sup>. Zu denken ist primär an die Konstellation, in welcher der Vertretene dem Dritten vorgängig verspricht, ein von seinem Vertreter in Überschreitung der Vertretungsmacht abgeschlossenes Fremdgeschäft nachträglich zu genehmigen, in der Folge sein Versprechen aber nicht einlöst. Hier kann er dem Dritten – wiederum unter der Voraussetzung, dass diesem überhaupt ein Schaden entsteht – grundsätzlich aus Vertrauenshaftung schadenersatzpflichtig werden.

cc) Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten aus Art. 36 Abs. 2 OR als möglicher Schadensposten

Einzig im Anwendungsbereich von Art. 36 Abs. 2 OR besteht von Gesetzes wegen ein Schadenersatzanspruch des Dritten gegen den Vertretenen<sup>746</sup>. In derartigen Konstellationen kann ein Vermögensschaden i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB grundsätzlich vorliegen<sup>747</sup>.

Der praktische Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 2 OR ist indes klein und überdies privatrechtlich umstritten, insbesondere was die Abgrenzung zu Art. 34 Abs. 3 OR anbelangt<sup>748</sup>. Die Bestimmung findet jedenfalls nur dann Anwendung, wenn der Vertreter unter Vorweisung einer Vollmachtsurkunde in fremdem Namen handelt<sup>749</sup>. M.E. ist denn auch nur eine Konstellation denkbar, die im Zusammenhang mit dem Missbrauchstatbestand von Relevanz sein kann. Dazu das folgende Fallbeispiel.

---

<sup>745</sup> Vgl. dazu vorne S. 148.

<sup>746</sup> Vgl. zur Bestimmung von Art. 36 OR vorne S. 102, sowie zur Haftung gemäss Art. 36 Abs. 2 OR S. 103 ff.

<sup>747</sup> DONATSCH, Aspekte 1996, S. 217.

<sup>748</sup> Vgl. dazu vorne S. 105 ff.

<sup>749</sup> Vgl. dazu vorne S. 103 ff.

**Fallbeispiel 14 – «Vollmachtsurkunde»:**

Der Vertretene V bevollmächtigt Stellvertreter S und übergibt ihm zudem eine Vollmachtsurkunde, welche Dritten gegenüber vorgelegt werden soll und darf. Später *schränkt* V gegenüber S die Vertretungsmacht i.S.v. Art. 34 Abs. 1 OR rechtswirksam ein, unterlässt es aber, die Vollmachtsurkunde vom Vertreter S zwecks Berichtigung einzufordern. S schliesst nun mit dem gutgläubigen D im Namen des V ein Fremdgegeschäft unter Vorlage besagter Vollmachtsurkunde ab, wobei dieses Geschäft nur vom ursprünglich erteilten und verkündeten, nicht aber vom nachträglich eingeschränkten Vollmachtsumfang gedeckt ist.

Wendet man in der eben dargelegten Konstellation – wie vorliegend befürwortet, aber im Gegensatz zur h.L. – Art. 36 Abs. 2 OR und nicht Art. 34 Abs. 3 OR an<sup>750</sup>, so ergibt sich folgende Falllösung: S überschreitet seine ihm gegenüber rechtswirksam eingeschränkte Vertretungsmacht, während D auf den aus der Urkunde ersichtlichen Vollmachtsumfang berechtigterweise vertraut. Lässt sich das fragliche Rechtsgeschäft nicht i.S.v. Art. 20 OR teilen, so fällt es insgesamt in den Schwebezustand; andernfalls nur bezüglich desjenigen Teils, der vom Umfang der Vertretungsmacht nicht gedeckt ist. Dem Dritten steht bei definitivem Dahinfallen des Fremdgegeschäftes nicht nur ein Schadenersatzanspruch gegen den falsus procurator S zu, sondern auch gegen den Vertretenen V aus Art. 36 Abs. 2 OR. Diesem erwächst allerdings nur dann ein Vermögensschaden im Sinne des Haftungsinteresses, sofern auch dem Dritten zivilrechtlich betrachtet ein nach der Differenzhypothese messbarer Schaden entsteht, da andernfalls gar kein Schadenersatz gegen den Vertretenen geltend gemacht werden kann.

c) *Situation bei nachträglicher Genehmigung des Geschäftes*

Dem Vertretenen steht es von Gesetzes wegen frei, den Schwebezustand mittels Genehmigung oder aber Nichtgenehmigung zu beenden. Ent-

---

<sup>750</sup> Vgl. zum diesbezüglichen Meinungsstand in der privatrechtlichen Lehre vorne S. 105 ff.

schliesst er sich, Vertretungswirkung durch eine Genehmigungserklärung eintreten zu lassen, so stellt sich wiederum die Frage, ob darin eine Einwilligung zu sehen ist, bzw. ob mangels Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung das Vorliegen eines strafrechtlich relevanten Vermögensschadens verneint werden muss<sup>751</sup>. Was Ersteres anbelangt, lässt sich festhalten, dass die vorliegend zu behandelnde Genehmigungserklärung erst *nach* der Tathandlung, also nach erfolgter Vollmachtsüberschreitung, ausgesprochen wird. Der Unterschied zur vorsätzlichen Kundgabe einer umfangmässig zu weit reichenden Vollmacht und zu einer Dritten vorsätzlich nicht mitgeteilten Beschränkung einer vorgängig kundgegeben Ermächtigung, welche *vor* der Tathandlung erfolgen, ist evident und zeigt, dass die nachträgliche Genehmigung erst recht nicht als Einwilligung im Sinne eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes betrachtet werden kann<sup>752</sup>. Eine rechtsgültige Einwilligung müsste nämlich vorgängig<sup>753</sup> erfolgen und sich überdies derart an den Täter selber richten, dass dieser vor Beginn der tatbestandsmässigen Handlung davon Kenntnis hat<sup>754</sup>.

Was die *Unfreiwilligkeit* der Vermögensverminderung betrifft, so ist zu beachten, dass zwar der Vertretene rechtlich gesehen frei ist<sup>755</sup>, die nachträgliche Genehmigung auszusprechen oder zu verweigern, dass allerdings nicht selten faktische Zwänge vorliegen dürften, welche zur Genehmigung von Rechtsgeschäften führen, die der Vertretene an sich gar nicht will und zu denen er vorgängig niemals eine Vollmacht erteilt hätte. Wenn vorliegend von faktisch erzwungenen Genehmigungen gesprochen wird, so ist insbesondere an solche zu denken, welche zur Vermeidung von Image-Verlusten erfolgen. Ganz besonders Vertretene, welche von ihrem guten Ruf «leben», etwa Banken oder Versicherungen, können es sich praktisch kaum erlauben, Geschäften die Genehmigung zu versagen, welche ihre Vertreter in Überschreitung einer bestehenden Vollmacht abschliessen.

---

<sup>751</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 199 ff.

<sup>752</sup> Vgl. auch DONATSCH, Aspekte 1996, S. 218; DERS., Aspekte 2002, S. 21.

<sup>753</sup> Also *vor Ausführung* der Tat; vgl. DONATSCH/TAG, I § 22 2.3 a).

<sup>754</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 200 f.

<sup>755</sup> Eine sich aus einem Grundverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem ergebende Pflicht zur Genehmigung kann *nicht generell* angenommen werden; möglich ist freilich, dass eine Genehmigungspflicht vertraglich vereinbart wird; vgl. zu dieser Problematik vorne S. 80 ff.

Sehr oft erfährt der Dritte gar nie, dass ein Vertreter seine Vertretungsmacht an sich überschritten hat, da der Vertretene das fragliche Geschäft ohne weiteres erfüllt und damit nachträglich genehmigt<sup>756</sup>.

Aufgrund des soeben Dargelegten muss die Freiwilligkeit einer allfälligen Vermögensverminderung infolge nachträglicher Genehmigung in zahlreichen Konstellationen verneint werden, gerade auch deshalb, weil sie zeitlich erst nach der Tathandlung erfolgt. Eine ganz andere Frage ist, ob überhaupt eine Vermögensverminderung und damit ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden vorliegt. Die Möglichkeiten der Schadensberechnung bei unerwünschten bzw. aufgezwungenen Rechtsgeschäften sind bereits dargelegt worden, es ist vorliegend auf die entsprechenden Ausführungen zu verweisen<sup>757</sup>.

### **B) Fazit**

Die Wahrscheinlichkeit, dass ein sich im Schwebezustand befindendes Fremdgeschäft nach dessen Beendigung beim Vertretenen einen Vermögensschaden bewirkt, ist aufgrund des eben Dargelegten gross. Sowohl bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung als auch bei einer nachträglichen Genehmigung des fraglichen Fremdgeschäftes kann dem Vertretenen ein Vermögensschaden entstehen. Damit ist von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung auszugehen, sobald ein von einem falsus procurator abgeschlossenes Fremdgeschäft in den Schwebezustand gerät, denn dieses muss aus buchhalterischer Sicht – zumindest teilweise – bereits als Verlust verbucht werden. In diesem Moment tritt der tatbestandsmässige Erfolg von Art. 158 Ziff. 2 StGB – der Vermögensschaden beim Vertretenen – ein<sup>758</sup>.

---

<sup>756</sup> Vgl. zur Genehmigung und insbesondere zur stillschweigenden Genehmigung vorne S. 80 ff. und S. 85.

<sup>757</sup> Vgl. dazu insbesondere vorne S. 110 ff. und S. 190 ff.

<sup>758</sup> A.M. HURTADO POZO, *Partie spéciale I*, N 1254 und N 1262, wonach eine blosser Vermögensgefährdung zur Vollendung des Tatbestandes von Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht genügt.



## 7. Schaden bei Überschreitung einer Kollektivvollmacht

Wie bereits dargelegt, kann eine Vollmachtsüberschreitung – und damit eine taugliche Tathandlung i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB – auch darin liegen, dass ein Vertreter, der über eine bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende *Kollektivvollmacht*<sup>759</sup> verfügt, *alleine* in fremdem Namen handelt. Diese Konstellation bildet m.E. im Hinblick auf den Eintritt eines strafrechtlich relevanten Vermögensschadens beim Vertretenen eine spezielle Kategorie. Überschreitet der allein («in eigener Regie») agierende Kollektivvertreter die ihm erteilte Vertretungsmacht ansonsten nämlich weder qualitativ noch quantitativ, so wirkt sich die im alleinigen Handeln liegende Vollmachtsüberschreitung für das Vermögen des Vertretenen nicht negativ aus, und es kann diesem *kein* strafrechtlich relevanter Vermögensschaden entstehen; weder bei Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubenschutzes Dritter noch bei Eintritt des Schwebezustandes. Die Vermögenslage ist für den Vertretenen nämlich keine andere, als wenn der Kollektivvertreter zusammen mit dem oder den anderen gehandelt hätte. Anders sieht die Situation selbstverständlich dann aus, wenn *zusätzlich* noch eine *qualitative* und/oder *quantitative* Abweichung vom Vollmachtsumfang vorliegt. In diesem Fall gelten die eben dargelegten Grundsätze bezüglich Eintritts eines Vermögensschadens beim Vertretenen<sup>760</sup>.

## 8. Schaden bei einer Kollusion

Bei kolludierendem Verhalten zwischen Vertreter und Drittem kann die tatbestandsmässige Handlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB nur dann erfüllt sein, wenn die Kollusion auf einer rechtsgültig bestehenden, bewusst erteilten Vertretungsmacht basiert. Es handelt sich dann um einen qualifizierten Fall der Vollmachtsüberschreitung – qualifiziert deshalb, weil Ver-

---

<sup>759</sup> Vgl. zum Begriff vorne S. 72, sowie BK-ZÄCH, OR 33 N 64 ff.

<sup>760</sup> Vgl. vorne S. 196 ff. und S. 203 ff.

treter und Dritter vorsätzlich zum Schaden des Vertretenen zusammenwirken<sup>761</sup>.

Für die vorliegend interessierende Frage des Vermögensschadens beim Vertretenen ist zunächst von Bedeutung, dass der Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubenschutzes Dritter per definitionem ausgeschlossen ist, da bei der Kollusion sowohl Vertreter wie auch Dritter nicht gutgläubig sein können.

Ein durch kolludierendes Verhalten abgeschlossenes Fremdgeschäft befindet sich nach vorliegend vertretener Ansicht mithin in einer ersten Phase stets im Schwebezustand, womit ein Vermögensschaden – wie soeben dargelegt – im Sinne einer schadensgleichen Vermögensgefährdung bejaht werden kann.

## 9. Art. 172<sup>ter</sup> StGB bei geringem Vermögensschaden

Ist der Missbrauchstatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB erfüllt, im Ergebnis aber lediglich ein *geringer* Vermögensschaden entstanden, drängt sich die Prüfung von Art. 172<sup>ter</sup> StGB auf<sup>762</sup>. Nach zutreffender Ansicht ist nämlich bei Tatbeständen, die einen Schaden als Erfolg voraussetzen, auf diesen abzustellen<sup>763</sup>.

Dass Art. 172<sup>ter</sup> beim Missbrauchstatbestand überhaupt angewendet werden kann, steht m.E. ausser Frage. Art. 158 Ziff. 2 StGB stellt zum einen keines der in Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 2 StGB genannten Delikte dar, und zum andern ist auch nicht ersichtlich, weshalb eine *Privilegierung* aus anderen Gründen unterbleiben sollte<sup>764</sup>.

---

<sup>761</sup> Vgl. zur Kollusion vorne S. 126 ff.

<sup>762</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 162 f.

<sup>763</sup> Vgl. ECKERT, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, S. 144 m.w.H.

<sup>764</sup> Vgl. ECKERT, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, S. 141 ff.

Damit nun aber Art. 172<sup>ter</sup> StGB beim Missbrauchstatbestand tatsächlich relevant wird, darf der durch die Tathandlung beim Vertretenen herbeigeführte Vermögensschaden die Grenze von Fr. 300.– *nicht* übersteigen<sup>765</sup>.

#### IV. Kausalität zwischen Missbrauch und Schaden

Der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Vertreter gerade *durch* die Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden Vollmacht, mithin gerade *durch* den so verstandenen Missbrauch der Vertretungsmacht beim Vertretenen einen Vermögensschaden verursacht. Erforderlich ist demnach eine *natürliche Kausalität* zwischen dem tatbestandsmässigen Verhalten des Täters und dem Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges beim Geschädigten, was im Gesetzestext mit der Wendung «[...] und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt[...]» zum Ausdruck gebracht wird.

Ganz allgemein ist eine natürliche Kausalität gegeben, wenn die fragliche Ursache nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass dabei auch der Erfolg entfiel<sup>766</sup>. Auf den Missbrauchstatbestand angewandt bedeutet dies, dass der vorliegend als Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden, bewusst erteilten Vollmacht definierte Missbrauch der Ermächtigung *conditio sine qua non* für den Vermögensschaden beim Vertretenen sein muss.

---

<sup>765</sup> Vgl. BGE 121 IV 261, Erw. 2.d) und BGE 123 IV 113, Erw. 3.d); ECKERT, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, S. 146, FN 56; BSK StGB II-WEISSENBERGER, Art. 172<sup>ter</sup> N 19.

<sup>766</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, I § 8 2.222; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 75 und VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 93 – zu Art. 159 alt StGB.

## V. Fazit: Der objektive Tatbestand

Ein bürgerlicher Stellvertreter kann die *Tathandlung* des Missbrauchstatbestandes i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB nach vorliegend vertretener Ansicht *einzig* dadurch erfüllen, dass er eine ihm vom Vertretenen bewusst erteilte und im Tatzeitpunkt rechtsgültig bestehende Vollmacht *überschreitet*. Entscheidend ist mithin, dass der Täter über eine rechtsgültige Vollmacht zum Abschluss irgendeines Fremdgeschäftes verfügt, in der Folge aber eines tätigt, welches vom Umfang seiner Vertretungsmacht nicht gedeckt ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Abweichung von der Ermächtigung im Einzelfall geringfügig oder aber massiv ist, oder ob eine quantitative oder qualitative Vollmachtsüberschreitung vorliegt<sup>767</sup>. Eine strafrechtlich relevante Vollmachtsüberschreitung ist immer dann gegeben, wenn der Vertreter seine bestehende Ermächtigung *interessenwidrig* – d.h. nicht im Interesse des Vertretenen – einsetzt.

*Nicht* unter Art. 158 Ziff. 2 StGB subsumieren lassen sich demgegenüber Fälle, in welchen der Vertreter über *gar keine* Vollmacht verfügt, aber gleichwohl Fremdgeschäfte abschliesst. Dabei spielt es keine Rolle, ob gar nie eine Ermächtigung bestanden hat oder diese zum Zeitpunkt der Vornahme des fraglichen Fremdgeschäftes bereits wieder erloschen ist – sei es aufgrund von Art. 34 Abs. 1 OR oder aufgrund von Art. 35 OR. Ohne bestehende Vollmacht ist eine Untreue bzw. eine ungetreue Geschäftsbesorgung nicht denkbar, denn: Wo ein Vertrauensverhältnis *nicht* bzw. *nicht mehr* besteht, kann dieses auch nicht im eben dargelegten Sinn *missbraucht* werden. Daher ist auch zu fordern, dass die Vollmacht dem Vertreter vom Vertretenen bewusst – mithin mit Wissen und Wollen – erteilt worden ist, weshalb namentlich die Überschreitung einer Duldungsvollmacht – mangels Vorliegens eines durch die Bevollmächtigung begründeten Vertrauensverhältnisses zwischen Vertretenem und Vertreter – nicht tatbestandsmässig sein kann<sup>768</sup>.

---

<sup>767</sup> Vgl. zur Unterscheidung zwischen quantitativer und qualitativer Vollmachtsüberschreitung vorne S. 117 ff.

<sup>768</sup> Vgl. vorne S. 176 f.

Im Folgenden sind nun jene Konstellationen in einem Überblick darzulegen, in denen das tatbestandsmässige Verhalten des bürgerlichen Stellvertreters beim Vertretenen auch zu einem strafrechtlich relevanten *Vermögensschaden*, und damit zur *Vollendung* des objektiven Tatbestandes von Art. 158 Ziff. 2 StGB führen kann:

- Der Täter *überschreitet* eine bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende Vollmacht. Aufgrund von Art. 33 Abs. 3 OR tritt nun aber trotzdem Vertretungswirkung bezüglich des ganzen Geschäftes ein. Dieses wird dem Vertretenen damit regelrecht aufgezwungen. Ein allfälliger Vermögensschaden lässt sich nun mittels eines konkreten oder abstrakten Deckungsgeschäftes eruieren, allenfalls unter Zuhilfenahme des objektiv-individuellen Vermögensbegriffs. Damit allerdings eine *unfreiwillige* Vermögensverminderung und damit überhaupt ein *Schaden* vorliegt, darf der Vertretene die umfangmässig zu weite Vollmacht *nicht* vorsätzlich, mithin *nicht* im Wissen um die möglichen Konsequenzen kundgegeben haben<sup>769</sup>;
- der Täter *überschreitet* eine bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende, aber gemäss Art. 34 Abs. 1 OR wirksam *beschränkte* Vollmacht, wobei Vertretungswirkung aufgrund von Art. 34 Abs. 3 OR trotzdem bezüglich des ganzen Geschäftes eintritt. Ein allfälliger Vermögensschaden des Vertretenen resultiert wiederum aus einem aufgezwungenen Rechtsgeschäft und lässt sich mittels eines konkreten oder abstrakten Deckungsgeschäftes beziffern, allenfalls über den objektiv-individuellen Vermögensbegriff. Auch hier ist allerdings zu fordern, dass es der Vertretene aus Unachtsamkeit unterlassen hat, die Beschränkung der einst kundgegebenen Vollmacht Dritten gegenüber mitzuteilen. Unterlässt er diese Mitteilung nämlich vorsätzlich und im Wissen um die möglichen Konsequenzen, kann nicht mehr von einer *unfreiwilligen* Vermögensverminderung und damit auch nicht mehr von einem Schaden ausgegangen werden;
- der Täter *überschreitet* eine bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende Vollmacht. Vertretungswirkung tritt mangels Konstellatio-

---

<sup>769</sup> Vgl. dazu vorne S. 199 ff.

## 2. Objektiver Tatbestand

---

nen des Gutgläubensschutzes nicht unmittelbar ex lege ein. Das fragliche Geschäft befindet sich vielmehr im sog. Schwebezustand. In dieser Konstellation ist von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung auszugehen. Ein Rechtsgeschäft, das sich im Schwebezustand befindet, muss nämlich aus buchhalterischer Sicht bereits als Verlust bilanziert werden, da ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden sowohl bei Genehmigung, als auch bei Nichtgenehmigung des fraglichen Fremdgeschäftes mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit eintreten kann.

### 3. Subjektiver Tatbestand

#### I. Der subjektive Tatbestand im Überblick

In *subjektiver* Hinsicht ist beim Täter des Missbrauchstatbestandes einerseits *Vorsatz* erforderlich, mithin – gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB – ein Handeln mit Wissen und Wollen, welches sich auf sämtliche objektiven Tatbestandselemente beziehen muss, und andererseits die *Absicht* ungerechtfertigter Bereicherung. Es handelt sich bei Art. 158 Ziff. 2 StGB folglich um ein Delikt mit überschüssender Innentendenz<sup>770</sup>. Sowohl Vorsatz wie auch Absicht ungerechtfertigter Bereicherung sind vorliegend im technischen Sinn zu verstehen, womit Eventualvorsatz und -absicht zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes genügen<sup>771</sup>.

Interessant ist an dieser Stelle der Hinweis, dass beim Treubruchstatbestand i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB das Vorhandensein einer Absicht ungerechtfertigter Bereicherung zur Erfüllung des Grundtatbestandes *nicht* verlangt wird. Liegt sie beim Täter indes vor, führt dies zur Anwendung von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, welcher als qualifizierter Tatbestand eine höhere Maximalstrafe vorsieht.

Wie im Folgenden aufzuzeigen sein wird, grenzt der subjektive Tatbestand den Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB in nicht unerheblichem Masse ein. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung an den Nachweis des Eventualvorsatzes strenge Anforderungen stellt<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> Dazu sogleich hinten S. 221 ff.

<sup>771</sup> Vgl. dazu hinten S. 218 ff. und S. 221 ff.

<sup>772</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 16. August 2004, 6S.205/2004, Erw. 1.1 m.w.H., sowie SCHUBARTH, Art. 159 N 41 – zu Art. 159 alt StGB.

## II. Vorsatz und Eventualvorsatz

### 1. Direkter Vorsatz

Beim direkten Vorsatz ist auf der *Wissensseite* vorausgesetzt, dass sich der Missbrauchstäter seiner Stellung als Vertreter einer anderen Person bewusst ist, und damit auch um das Vertrauen weiss, welches ihm der Vertretene mit der Bevollmächtigung entgegenbringt. Überdies muss er den *Umfang* der ihm erteilten Vollmacht kennen und diesen beim Abschluss eines Fremdgeschäftes bewusst zum Schaden des Vertretenen überschreiten. Von zentraler Bedeutung ist mithin das Bewusstsein bezüglich Überschreitung einer bestehenden Vertretungsmacht, wie auch bezüglich der gerade dadurch – mithin natürlich kausal – bewirkten Vermögensschädigung beim Vertretenen.

Auf der *Willensseite* ist zu fordern, dass der Täter sowohl die Tathandlung, den in der Überschreitung seiner bestehenden Vertretungsmacht zu sehenden «Missbrauch einer Ermächtigung», als auch den dadurch natürlich kausal bewirkten tatbestandsmässigen Erfolg, den Eintritt eines Vermögensschadens beim Vertretenen, herbeiführen will.

### 2. Eventualvorsatz

Wie bei den meisten Vorsatzdelikten<sup>773</sup> genügt auch für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes von Art. 158 Ziff. 2 StGB *dolus eventualis*, also Eventualvorsatz<sup>774</sup>. Damit ist es ausreichend, dass der Täter mit einer Überschreitung der ihm erteilten Ermächtigung und einem dadurch verursachten Vermögensschaden beim Vertretenen rechnet, sich aber mit bei-

---

<sup>773</sup> Es gibt Delikte, die bezüglich gewisser objektiver Tatbestandselemente einen *direkten Vorsatz* voraussetzen, wie z.B. Art. 221 Abs. 2 StGB (Brandstiftung).

<sup>774</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB. Vgl. ferner den Entscheid des BGer vom 16. August 2004, 6S.205/2004, Erw. 1.1 – betreffend Art. 158 Ziff. 1 StGB; DONATSCH/TAG, I § 9 2.413. Ebenso BGE 129 IV 124, Erw. 3.1 und VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 99 – jeweils zu Art. 159 alt StGB.



dem abfindet bzw. beides in Kauf nimmt. Auf die praktisch ebenso bedeutsame wie schwierige Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz ist sogleich einzugehen.

### III. Eventualvorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit?

Wer den objektiven Tatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht zumindest eventualvorsätzlich erfüllt, macht sich *keinesfalls* wegen einer ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar. Nicht sanktioniert wird demnach eine bloss fahrlässige Überschreitung einer bestehenden Vertretungsmacht, wie auch eine bloss fahrlässig bewirkte Schädigung des Vertretenen bei vorsätzlicher Vollmachtsüberschreitung. Dies ergibt sich aus dem rechtsstaatlich elementaren Grundsatz *keine Strafe ohne Gesetz*<sup>775</sup>, der es verbietet, eine bloss fahrlässig begangene ungetreue Geschäftsbesorgung zu sanktionieren.

Die Tatsache, dass die fahrlässige Tatbegehung von Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht erfasst wird<sup>776</sup>, hat auch zur Folge, dass ein Sachverhaltsirrtum *zugunsten* des Täters stets zu einer gänzlichen Straflosigkeit führt<sup>777</sup>. Geht ein Vertreter beispielsweise irrtümlich davon aus, ein Fremdgeschäft sei vom Umfang seiner Vollmacht noch gedeckt, so kommt eine Bestrafung des einem Sachverhaltsirrtum unterliegenden Täters gemäss Art. 158 Ziff. 2 und Art. 13 Abs. 2 StGB selbst dann nicht in Betracht, wenn er seinen Irrtum bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen können.

Von einiger Bedeutung ist aufgrund des soeben Dargelegten die praktisch schwierige Abgrenzung zwischen der straflosen bewussten Fahrlässigkeit und dem strafbaren Eventualvorsatz<sup>778</sup>. In beiden Konstellationen weiss

---

<sup>775</sup> Vgl. dazu Art. 31 Abs. 1 BV; Art. 7 EMRK und Art. 1 StGB.

<sup>776</sup> Vgl. auch SCHUBARTH, Art. 159 N 41, sowie VOLLMAR, Ungetreue Geschäftsführung, S. 100/101 – beide zu Art. 159 alt StGB.

<sup>777</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 2 StGB sowie DONATSCH/TAG, I § 10 2.1 und 2.22 b).

<sup>778</sup> Vgl. dazu DONATSCH/TAG, I § 9 2.413 b) sowie BGE 130 IV 58, Erw. 8.3 – betreffend Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit.

der Täter, dass er seine bestehende Vertretungsmacht beim Abschluss eines bestimmten Fremdgeschäftes überschreitet und dadurch beim Vertretenen natürlich kausal einen Vermögensschaden herbeiführt; zumindest rechnet er damit. Die Wissenskomponente des subjektiven Tatbestandes ist somit beim Eventualvorsatz und bei der bewussten Fahrlässigkeit deckungsgleich<sup>779</sup>. Die massgebliche Unterscheidung liegt demnach auf der Willensseite. Findet sich ein Täter mit der Schädigung des Vertretenen ab, welche aus der Überschreitung seiner Vertretungsmacht resultiert, bzw. nimmt er diese in Kauf, so liegt Eventualvorsatz vor<sup>780</sup>. Dabei genügt es, dass sich der Täter mit dem Erfolgseintritt abfindet; nicht erforderlich ist, dass er diesen darüber hinaus auch billigt<sup>781</sup>. Vertraut ein Täter demgegenüber aufgrund *pfllichtwidriger Unvorsichtigkeit* darauf, dass sein Verhalten – die Überschreitung einer bestehenden Vertretungsmacht – zu *keinem* Vermögensschaden beim Vertretenen führt, so ist eine *bewusste Fahrlässigkeit* gegeben, welche gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB straflos bleibt. Bei der bewussten Fahrlässigkeit *fehlt* mithin der Wille, den tatbestandsmässigen Erfolg herbeizuführen.

**Fallbeispiel 15 – «Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit»:**

Eine *bewusste Fahrlässigkeit* liegt vor, wenn der Vertreter V seine Vertretungsmacht zwar wissentlich und willentlich überschreitet, allerdings in der (irrigen) Annahme, damit für den Vertretenen X ein «gutes Geschäft» abzuschliessen. Führt besagtes Fremdgeschäft bei X im Ergebnis zu einem Vermögensschaden, so erfüllt V Art. 158 Ziff. 2 StGB nicht, da ihm der Vorsatz bezüglich des tatbestandsmässigen Erfolgs fehlt.

*Eventualvorsatz* wäre demgegenüber anzunehmen, wenn V wissentlich und willentlich seine Vertretungsmacht beim Abschluss eines Fremdgeschäftes überschreitet und sich damit abfindet, dadurch bei X möglicherweise einen Vermögensschaden herbeizuführen. In dieser Konstellation ist eine Bestrafung gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB möglich; jedenfalls ist der subjektive Tatbestand erfüllt.

---

<sup>779</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, a.a.O. und BGE 130 IV 58, Erw. 8.3.

<sup>780</sup> BGE 130 IV 58, Erw. 8.3.

<sup>781</sup> A.a.O.; vgl. auch den nicht publizierten Entscheid des BGer vom 16. August 2004, 6S.205/2004, Erw. 1.1 m.w.H. – betreffend Art. 158 Ziff. 1 StGB.

Gerade das Fallbeispiel 15 verdeutlicht, wie schwierig die theoretisch durchaus plausible Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit *praktisch* sein kann. Da man den Menschen (glücklicherweise!) nicht in den Kopf blicken kann, um nachträglich herauszufinden, was sie zum Tatzeitpunkt wirklich dachten und wussten, muss wohl nicht selten ein Freispruch erfolgen, weil dem Vertreter ganz einfach kein *Eventualvorsatz* nachgewiesen werden kann. Gemäss BGE 130 IV 58 (Erw. 8.4) ist es immerhin zulässig, vom Wissen des Täters auf seinen Willen zu schliessen. Als Indiz für die Annahme eines Eventualvorsatzes kann im Übrigen die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts betrachtet werden<sup>782</sup>. Ist diese objektiv betrachtet so gross, dass vernünftigerweise nicht mehr auf ein Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges vertraut werden kann, so ist eher von einem Eventualvorsatz und nicht mehr von einer bewussten Fahrlässigkeit auszugehen. Im Fallbeispiel 15 ist somit zu berücksichtigen, wie wahrscheinlich es aus Sicht des Täters im Tatzeitpunkt ist, dass das angeblich gute Geschäft im Ergebnis zu einem Vermögensschaden beim Vertretenen führt. Handelt es sich dabei um eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit, wird man vernünftigerweise nicht mehr davon ausgehen können, der Vertreter habe – wenn auch pflichtwidrig unvorsichtig – auf das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges vertraut. Vielmehr ist dann anzunehmen, er habe sich mit dessen Eintritt abgefunden, was schliesslich zur Bejahung eines Eventualvorsatzes und zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes führt.

## **IV. Absicht unrechtmässiger Bereicherung**

### **1. Absicht und Eventualabsicht**

Die Aneignungs- und zahlreiche Vermögensdelikte des StGB setzen auf der subjektiven Seite nebst dem Vorsatz, der sich auf sämtliche objektiven

---

<sup>782</sup> DONATSCH/TAG, a.a.O.

### 3. Subjektiver Tatbestand

---

Tatbestandselemente beziehen muss, auch die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus<sup>783</sup>.

Beim Missbrauchstatbestand i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB macht sich ein Vertreter jedenfalls nur dann strafbar, wenn er den objektiven Tatbestand nicht nur vorsätzlich, sondern darüber hinaus mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung erfüllt.

*Absicht* im strafrechtlichen Sinn bedeutet, dass der Täter bestimmte, von ihm zu verwirklichende Tatsachen kennt und diese herbeiführen will<sup>784</sup>. Wie der subjektive Tatbestand im Allgemeinen, spielt sich somit auch die Absicht in der Vorstellung des Täters ab, gewissermassen «in seinem Kopf». Anders als der Vorsatz bezieht sich aber das fragliche Wissen und Wollen nicht auf die objektiven Tatbestandselemente, sondern geht darüber hinaus – darum lassen sich die Absichtsdelikte auch als *Delikte mit überschüssender Innentendenz* bezeichnen. Gleichwohl stellt die Absicht nicht das Handlungsziel des Täters dar, sondern ist vielmehr als *Verwirklichungswille* zu qualifizieren<sup>785</sup>.

Nach vorliegend vertretener Ansicht muss es dabei genügen, wenn der Täter das von ihm beabsichtigte Ergebnis – im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB mithin die unrechtmässige Bereicherung – nicht primär anstrebt, wohl aber mit dessen Eintritt rechnet und sich damit abfindet. Eine *eventuelle Absicht* unrechtmässiger Bereicherung bzw. eine entsprechende *Eventualabsicht* – verstanden als «[...] bloss mitgewollte oder in Kauf genommene Erlangung eines Vermögensvorteils»<sup>786</sup> – ist folglich ausreichend<sup>787</sup>.

---

<sup>783</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 6 2.122; vgl. namentlich die Art. 137 Ziff. 1, 138, 139, 146, 147, 156 StGB.

<sup>784</sup> Die Struktur von Absicht und Vorsatz sind identisch; vgl. dazu DONATSCH/TAG, I § 9 1.1 und § 9 3. a).

<sup>785</sup> DONATSCH/TAG, I § 9 3. a).

<sup>786</sup> Vgl. den nicht publizierten Entscheid des BGER vom 28. Februar 2005, 6S.414/2004, Erw. 2.3 – betreffend Betrug i.S.v. Art. 146 Abs. 1 StGB.

<sup>787</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, a.a.O.; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 6 2.122 a.E.; a.M. BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 149.

Zu betonen bleibt, dass Absichtsdelikte ganz generell auch ohne Eintritt des beabsichtigten Ergebnisses vollendet sein können, was bei Art. 158 Ziff. 2 StGB mit Verwirklichung des Vermögensschadens beim Vertretenen der Fall ist. Unerheblich bleibt, ob beim Vertreter oder einem Dritten tatsächlich eine unrechtmässige Bereicherung resultiert. Zur Vollendung des Missbrauchstatbestandes genügt es, wenn der Täter vorsätzlich und mit der entsprechenden Absicht bzw. Eventualabsicht seine rechtsgültig bestehende Vertretungsmacht zum Schaden des Vertretenen überschreitet.

## 2. Bereicherung und deren Unrechtmässigkeit

Unter dem Begriff der *Bereicherung* ist eine beliebige wirtschaftliche Besserstellung zu verstehen. Sofern ein Missbrauchstäter jederzeit willens und auch jederzeit in der Lage ist, den durch die Tathandlung erlangten Vermögensvorteil dem Geschädigten zu erstatten, kann es ihm an der Bereicherungsabsicht fehlen<sup>788</sup>. In dieser Konstellation möchte er aus der strafbaren Handlung weder für sich noch einen Dritten einen wirtschaftlichen Vorteil ziehen – weder sich noch einen Dritten wirtschaftlich besser stellen. Möglicherweise mangelt es ihm hier aber auch schon am Vorsatz bezüglich Vermögensschädigung, also bezüglich des tatbestandsmässigen Erfolges von Art. 158 Ziff. 2 StGB<sup>789</sup>.

Die Frage, wann eine so verstandene Bereicherung als *unrechtmässig* zu gelten hat, wird in der strafrechtlichen Lehre nicht einheitlich beantwortet. Grundsätzlich stehen sich zwei Ansichten gegenüber, die jedoch praktisch kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen führen:

---

<sup>788</sup> Vgl. BGE 121 IV 104, Erw. 2.e) = Pr 85 [1996], Nr. 25; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 149; grundsätzlich ablehnend KOLLY, Ersatzbereitschaft, S. 221 ff., S. 229 – betreffend Veruntreuung.

<sup>789</sup> So KOLLY, Ersatzbereitschaft, S. 226 – betreffend Veruntreuung; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 83 und S. 141. Im deutschen Recht verneint die Rechtsprechung das Vorliegen eines Schadens, «[...] wenn der Täter schon bei der Tatausführung willens und in der Lage ist, die Vermögensminderung aus eigenen flüssigen Mitteln auszugleichen.»; vgl. Nomos-Kommentar – KINDHÄUSER § 266 N 107.

### 3. Subjektiver Tatbestand

---

- Gemäss REHBERG/SCHMID/DONATSCH<sup>790</sup> ist eine Bereicherung immer dann *unrechtmässig*, wenn der Täter auf die fragliche Bestandstellung *keinen Rechtsanspruch* hat;
- STRATENWERTH/JENNY<sup>791</sup> sowie TRECHSEL<sup>792</sup> erkennen demgegenüber die *Unrechtmässigkeit* einer Bereicherung im Streben nach einem *rechtswidrigen* Vorteil, einem Vorteil also, der im Widerspruch zu rechtlichen Normen steht.

Diese beiden Ansichten führen *einzig* bei den sog. «Naturalobligationen»<sup>793</sup> – zu denen beispielsweise Forderungen aus Spiel und Wette gemäss Art. 513 OR gehören – zu einem unterschiedlichen Ergebnis. Bei diesen hat der Gläubiger zwar keinen klagbaren Anspruch, der Schuldner kann aber einen geleisteten Betrag auch nicht mittels einer Kondiktion zurückverlangen<sup>794</sup>. Nach der vorliegend als zutreffend angesehenen Meinung von REHBERG/SCHMID/DONATSCH ist die eigenmächtige Durchsetzung einer Forderung aus einer Naturalobligation als *unrechtmässig* zu qualifizieren, da dem Täter kein zivilrechtlich durchsetzbarer Anspruch auf die Leistung zusteht. Nach der Ansicht von STRATENWERTH/JENNY läge indes *keine* unrechtmässige Bereicherung vor, da der Täter *keinen* Vorteil erlangt, der im Widerspruch mit rechtlichen Normen steht, denn der Schuldner kann den entsprechenden Betrag nicht kondizieren; die Rechtsordnung missbilligt die Vermögensverschiebung mithin nicht.

Unabhängig davon, welcher Lehrmeinung man den Vorzug geben will, fehlt dem Täter die Absicht *unrechtmässiger* Bereicherung, wenn ihm tatsächlich ein zivilrechtlich durchsetzbarer Anspruch auf den angestrebten Vermögensvorteil zusteht. Dies führt dazu, dass ein Vertreter einen ihm vom Vertretenen geschuldeten und rechtlich durchsetzbaren Geldbetrag durch eine Missbrauchshandlung – d.h. durch die Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht – *eigenmächtig* einzu-

---

<sup>790</sup> Vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 6 2.122.

<sup>791</sup> Vgl. STRATHENWERTH/JENNY, BT I § 13 N 35.

<sup>792</sup> TRECHSEL, Art. 137 N 15.

<sup>793</sup> Vgl. allgemein zum Begriff der Naturalobligation GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 82.

<sup>794</sup> Vgl. Art. 63 Abs. 2 OR. Naturalobligationen sind dabei gemäss GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR-AT, N 1543 einer verjährten Schuld gleichzustellen.

treiben vermag, ohne dafür strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können. Nach Art. 158 Ziff. 2 StGB bleibt überdies selbst jener straflos, der einen Geldbetrag derart eintreibt, und dabei einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch darauf nur zu haben *glaubt*. Dieser Sachverhaltsirrtum wirkt sich *zu Gunsten* des Täters aus und führt – da Art. 158 StGB keine fahrlässige Tatbegehung kennt – gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB zur gänzlichen Straflosigkeit des Handelnden.

## V. Subjektiver Tatbestand bei Art. 172<sup>ter</sup> StGB

Damit Art. 172<sup>ter</sup> StGB bei einem in objektiver wie auch subjektiver Hinsicht erfüllten Missbrauchstatbestand zur Anwendung gelangt, muss der Vorsatz bzw. der Eventualvorsatz des Vertreters von allem Anfang an auf die Bewirkung eines nur geringfügigen Vermögensschadens – also eines solchen von weniger als Fr. 300.– – gerichtet sein<sup>795</sup>.

Nicht unter die Bagatell-Norm von Art. 172<sup>ter</sup> StGB lassen sich demnach jene Konstellationen subsumieren, in denen sich der Vorsatz des Vertreters auf die Herbeiführung eines grösseren Vermögensschadens – d.h. auf einen solchen von mehr als Fr. 300.– – richtet, im Ergebnis aber nur ein geringfügiger – also ein solche von weniger als Fr. 300.– – eintritt<sup>796</sup>.

Geht der Täter demgegenüber *fälschlicherweise* davon aus, durch seine tatbestandsmässige Handlung nur einen geringfügigen Vermögensschaden zu bewirken, resultiert im Ergebnis aber ein grösserer als ursprünglich beabsichtigt, so kommt Art. 172<sup>ter</sup> StGB nach h.L. gleichwohl zur Anwendung<sup>797</sup>.

---

<sup>795</sup> Vgl. dazu bereits vorne S. 212 f.; ferner ECKERT, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, S. 147; BSK StGB II-WEISSENBERGER, Art. 172<sup>ter</sup> N 25.

<sup>796</sup> So die h.M.; vgl. etwa ECKERT, Zum Tatbestand der geringfügigen Vermögensdelikte, S. 147 und BSK StGB II-WEISSENBERGER, Art. 172<sup>ter</sup> N 26.

<sup>797</sup> Vgl. BSK StGB II-WEISSENBERGER, a.a.O. (m.w.H.); a.M. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 5 3.32 a.E.

## **VI. Fazit: Der subjektive Tatbestand**

### **1. Handeln mit direktem Vorsatz und Absicht**

Handelt der Täter mit *direktem Vorsatz*, so weiss er um seine Stellung als direkter bürgerlicher Stellvertreter und kennt den Umfang seiner Vollmacht. Er schliesst in der Folge ein Fremdgeschäft ab, wobei er weiss, dass dieses vom Umfang seiner Vollmacht nicht gedeckt ist. Überdies weiss er, dass er durch dieses, in Überschreitung seiner Vertretungsmacht abgeschlossene Fremdgeschäft den Vertretenen am Vermögen schädigt. Dies will er und strebt überdies für sich oder einen Dritten aus dem fraglichen Geschäft einen Vermögensvorteil an, obwohl er weiss, dass er darauf keinen Rechtsanspruch hat.

### **2. Handeln mit Eventualvorsatz und Absicht**

Handelt der Täter mit *Eventualvorsatz*, so weiss er um seine Stellung als direkter bürgerlicher Stellvertreter und kennt den Umfang seiner Vollmacht. Er schliesst in der Folge ein Fremdgeschäft ab, wobei er damit rechnet, dass dieses vom Umfang seiner Vollmacht nicht gedeckt ist. Überdies rechnet er damit, dass er durch dieses, in Überschreitung seiner Vertretungsmacht abgeschlossene Fremdgeschäft den Vertretenen am Vermögen schädigt. Dies nimmt er in Kauf und strebt überdies für sich oder einen Dritten aus dem fraglichen Geschäft einen Vermögensvorteil an, obwohl er weiss, dass er darauf keinen Rechtsanspruch hat.

### **3. Handeln mit Eventualabsicht**

In den soeben dargelegten Konstellationen genügt nach vorliegend vertretener Ansicht auch Eventualabsicht, was bedeutet, dass der Täter den unrechtmässigen Vermögensvorteil für sich oder einen Dritten nicht primär anstreben muss. Es genügt vielmehr, wenn er mit einem unrecht-



mässigen Vermögensvorteil für sich oder einen Dritten rechnet und den Eintritt eines solchen in Kauf nimmt.

#### **4. Die einschränkende Wirkung des subjektiven Tatbestandes**

Wie bereits kurz angedeutet, schränkt der soeben dargelegte subjektive Tatbestand den Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB in doch recht erheblichem Ausmass ein. Im Folgenden ist auf einige Konstellationen einzugehen, in denen die Strafbarkeit mangels Vorsatzes bzw. mangels Absicht ungerechtfertigter Bereicherung entfällt:

- Beim Abschluss eines Fremdgeschäftes ist sich der Vertreter – wenn auch pflichtwidrig unvorsichtig – gar nicht bewusst, dass er die ihm zustehende Vertretungsmacht überschreitet. Es fehlt ihm hier bereits der Vorsatz bezüglich tatbestandsmässiger Handlung;
- ein Vertreter überschreitet beim Abschluss eines bestimmten Fremdgeschäftes zwar wissentlich und willentlich – und damit vorsätzlich – seine ihm zustehende Vertretungsmacht. Er glaubt aber fälschlicherweise, für den Vertretenen ein «gutes Geschäft» zu tätigen und zieht den Eintritt eines Vermögensschadens bei diesem – wenn auch pflichtwidrig unvorsichtig – gar nicht in Erwägung. Diese Konstellation bleibt für den Vertreter gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB auch dann straflos, wenn beim Vertretenen tatsächlich ein Vermögensschaden eintritt. Dem Täter fehlt nämlich der notwendige Vorsatz bezüglich des tatbestandsmässigen Erfolges;
- ein Vertreter überschreitet die ihm zustehende Vertretungsmacht vorsätzlich und nimmt eine dadurch bewirkte Schädigung des Vertretenen zumindest im Sinne eines dolus eventualis in Kauf. Ihm steht aber gegen den Vertretenen ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch auf den erstrebten Vermögensvorteil zu oder er glaubt, wenn auch fälschlicherweise, einen solchen Anspruch zu haben. Hier fehlt die Absicht unrechtmässiger Bereicherung;
- ebenfalls an der erforderlichen Absicht unrechtmässiger Bereicherung fehlt es, wenn der Täter zwar bezüglich Tathandlung und

### 3. Subjektiver Tatbestand

---

tatbestandsmässigen Erfolges vorsätzlich, zumindest aber eventualvorsätzlich handelt, er damit aber weder für sich noch für einen Dritten einen Vermögensvorteil anstrebt;

- wiederum am subjektiven Tatbestandselement der Absicht ungerichteter Bereicherung kann eine Bestrafung gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB scheitern, wenn der vorsätzlich handelnde Täter jederzeit willens und auch jederzeit in der Lage ist, den durch die ungetreue Geschäftsbesorgung erlangten Vermögensvorteil dem Vertretenen zurückzuerstatten. Hier könnte allerdings auch bereits der Vorsatz bezüglich Vermögensschädigung des Vertretenen, also bezüglich des tatbestandsmässigen Erfolges, fehlen<sup>798</sup>.

---

<sup>798</sup> So URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 83 und S. 141.

## 4. Zur Versuchsproblematik

### I. Überblick

Im per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuches wird auf die altrechtliche Unterscheidung zwischen vollendetem, unvollendetem und untauglichem Versuch verzichtet<sup>799</sup>. Begründet wurde diese Neuerung damit, dass die altrechtliche Regelung des strafbaren Versuchs zu kompliziert und die Rechtsfolge bei allen Versuchsarten dieselbe sei<sup>800</sup>. Diese «Vereinfachung» bringt m.E. allerdings keine Vorteile, sondern bedeutet einen Verlust an dogmatischer Klarheit und Präzision. Die nachfolgende Darstellung hält daher an der eingangs umschriebenen, altrechtlichen Unterscheidung der verschiedenen Versuchsarten fest.

### II. Vollendeter Versuch

Ein vollendeter Versuch<sup>801</sup> zeichnet sich ganz allgemein durch folgende Merkmale aus:

- Der Täter erfüllt *alle* subjektiven Tatbestandselemente, namentlich auch eine allfällig vorausgesetzte Absicht<sup>802</sup>;
- er kehrt aus seiner Sicht alles Notwendige zur Vollendung des Delikts vor, führt die strafbare Handlung mithin zu Ende;
- im Ergebnis tritt aber der tatbestandsmässige Erfolg nicht ein.

---

<sup>799</sup> Art. 22 StGB.

<sup>800</sup> BBl 1999, S. 2012; WIPRÄCHTIGER, Änderungen, S. 420.

<sup>801</sup> I.S.v. Art. 22 Abs. 1 alt StGB [Art. 22 Abs. 1 StGB].

<sup>802</sup> Vgl. DONATSCH/TAG, I § 11 2. c); STRATENWERTH, AT I § 12 N 19.

Vom vollendeten Delikt unterscheidet sich der vollendete Versuch – zutreffender wäre die Bezeichnung abgeschlossener bzw. beendeter Versuch<sup>803</sup> – somit einzig durch das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolges. Damit wird klar, dass ein vollendeter Versuch an sich nur bei Erfolgsdelikten denkbar ist; bei Tätigkeitsdelikten ist ein solcher immerhin in Fällen der Untauglichkeit möglich<sup>804</sup>.

Auf den Missbrauchstatbestand bezogen liegt ein vollendeter Versuch vor, wenn die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen erfüllt sind:

- *Objektiv* überschreitet der Vertreter eine ihm vom Vertretenen bewusst erteilte, rechtsgültig bestehende Vertretungsmacht, allerdings tritt beim Vertretenen kein Vermögensschaden ein, der tatbestandsmässige Erfolg bleibt mithin aus. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn die Vertretungswirkung kraft Gutgläubenschutzes Dritter eintritt, aber aus dem zur Schadensbestimmung vorzunehmenden Deckungsgeschäft keine Vermögenseinbusse resultiert<sup>805</sup> – oder, wenn die Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung beim Vertretenen infolge vorsätzlicher Vollmachtenkundgabe verneint werden muss<sup>806</sup>;
- *subjektiv* handelt der Vertreter bezüglich Überschreitung seiner ihm vom Vertretenen bewusst erteilten, im Tatzeitpunkt rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht vorsätzlich, zumindest aber eventualvorsätzlich. Darüber hinaus will er gerade dadurch – also natürlich kausal – den Vertretenen am Vermögen schädigen bzw. er nimmt eine durch die Überschreitung der Vertretungsmacht bewirkte Vermögensschädigung beim Vertretenen in Kauf. Damit nun aber tatsächlich ein vollendeter Versuch vorliegt, ist zudem noch die Absicht unrechtmässiger Bereicherung vorausgesetzt, wobei Eventualabsicht genügt.

---

<sup>803</sup> REHBERG/DONATSCH (7. Auflage 2001), I § 12 1.1; STRATENWERTH, AT I § 12 N 54 ff.

<sup>804</sup> Vgl. REHBERG/DONATSCH (7. Auflage 2001), a.a.O.

<sup>805</sup> Vgl. vorne S. 196 ff.

<sup>806</sup> Vgl. vorne S. 199 ff.

Entscheidend für die Annahme eines vollendeten Versuchs ist folglich, dass sich der Vorsatz des Vertreters *auch* auf den im Ergebnis nicht eingetretenen Vermögensschaden beim Vertretenen erstreckt.

### III. Unvollendeter Versuch

Während beim soeben dargelegten vollendeten Versuch der tatbestandsmässige Erfolg trotz zu Ende geführter tatbestandsmässiger Handlung nicht eintritt, zeichnet sich der unvollendete Versuch dadurch aus, dass der Täter die strafbare Handlung erst gar nicht zum Abschluss bringt<sup>807</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Missbrauchstatbestand von Art. 158 Ziff. 2 StGB ist das Vorliegen eines unvollendeten Versuches allerdings nach vorliegend vertretener Ansicht nicht denkbar. Sobald der Vertreter mit der tatbestandsmässigen Handlung beginnt, nämlich seine ihm verliehene Vertretungsmacht überschreitet, kommt – falls der Vertretene keinen Vermögensschaden erleidet – nur noch ein *vollendeter Versuch* in Betracht. Ein «nicht zu Ende führen» der strafbaren Tätigkeit, also der Vollmachtsüberschreitung, ist mithin gar nicht möglich. M.E. läge beispielsweise auch dann kein unvollendeter Versuch vor, wenn der Vertreter in Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht einen Grundstückkaufvertrag abschliesst, und diesen nicht öffentlich beurkunden lässt, wie dies von Art. 216 Abs. 1 OR verlangt wird. Hier hat der Vertreter die tatbestandsmässige Handlung – die Überschreitung seiner Vertretungsmacht – mit Abschluss des besagten Kaufvertrages zu Ende geführt. Die Nichtbeurkundung des Vertrages ist allenfalls als eine Auftragsverletzung zu qualifizieren, sofern der Vertretene den Vertreter auch geheissen hat, den in seinem Namen abzuschliessenden Vertrag öffentlich beurkunden zu lassen. Diese Auftragsverletzung stellt aber keine Vollmachtsüberschreitung dar, und ist damit nicht mehr Bestandteil der Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB. Zu prüfen wäre in der eben geschilderten Konstellation folglich das Vorliegen eines *vollendeten Versuches*.

---

<sup>807</sup> DONATSCH/TAG, I § 12 I.1.

## IV. Untauglicher Versuch

Auf die nicht im Vorherein auszuschliessende Möglichkeit eines untauglichen Versuchs<sup>808</sup> im Zusammenhang mit erloschenen, insbesondere widerrufenen Vollmachten ist bereits hingewiesen worden<sup>809</sup>. Grundsätzlich käme ein solcher auch dann in Betracht, wenn sich der Vertretene auf *Willensmängel* berufen und seine Bevollmächtigungserklärung gestützt auf Art. 31 OR erfolgreich anfechten würde, denn dies führte zu einem Dahinfallen der Vertretungsmacht, und zwar mit *ex-tunc*-Wirkung. *Überschreitet* ein Vertreter in dieser Konstellation die mit *ex-tunc*-Wirkung dahingefallene Vollmacht, ohne von der erfolgreichen Anfechtung Kenntnis zu haben, so liegt wiederum ein Sachverhaltsirrtum zu seinen *Ungunsten* vor, der bei gegebenem subjektivem Tatbestand auf den ersten Blick als untauglicher Versuch zu Art. 158 Ziff. 2 StGB qualifiziert werden könnte. Allerdings ist auch in dieser Konstellation von einem straflosen Versuch durch ein untaugliches Subjekt auszugehen<sup>810</sup>, da der Missbrauchstatbestand ein echtes Sonderdelikt darstellt<sup>811</sup>.

## V. Tätige Reue

Bei der *tätigen Reue* gemäss Art. 23 Abs. 1 StGB trägt der Täter, nachdem er die strafbare Handlung zu Ende geführt hat<sup>812</sup>, zum Nichteintritt des tatbestandsmässigen Erfolges bei. Erforderlich ist, dass dieser durch die «tätige Reue» des Täters *effektiv* ausbleibt<sup>813</sup>.

---

<sup>808</sup> Art. 23 alt StGB [Art. 22 StGB] i.V.m. Art. 158 Ziff. 2 StGB.

<sup>809</sup> Vgl. dazu vorne S. 180 ff.

<sup>810</sup> Vgl. dazu bereits vorne a.a.O.

<sup>811</sup> Vgl. dazu vorne S. 159 ff., S. 161 f.

<sup>812</sup> In diesem Zeitpunkt liegt zumindest ein vollendeter Versuch i.S.v. Art. 22 Abs. 1 alt StGB [Art. 22 Abs. 1 StGB] vor.

<sup>813</sup> Vgl. BSK StGB I-JENNY, Art. 22 N 5.

In zeitlicher Hinsicht gilt es zu beachten, dass eine tätige Reue «*weder vor Vollendung des Versuches noch nach Eintritt des tatbeständmässigen Erfolges geübt werden [kann].*»<sup>814</sup>

Beim Missbrauchstatbestand könnte die tätige Reue einzig darin bestehen, dass der Vertreter nach Überschreitung seiner bestehenden Vertretungsmacht – also zum Zeitpunkt, in dem das Delikt bei gegebenem subjektivem Tatbestand vollendet versucht ist – die Entstehung eines Vermögensschadens beim Vertretenen *verhindert*. Denkbar wäre es, dass er sich an den Dritten wendet, ihn von der Überschreitung unterrichtet und sich dafür einsetzt, den von der Vollmacht nicht gedeckten Teil des Geschäftes<sup>815</sup> wieder *aufzuheben*<sup>816</sup>. Dies ist allerdings von vornherein nur dann möglich, wenn sich das fragliche Fremdgeschäft im Schwebezustand befindet, die Vertretungswirkung also nicht unmittelbar kraft Gutgläubenschutzes eingetreten ist. Da aber das Vorliegen eines Vermögensschadens – verstanden als schadensgleiche Vermögensgefährdung – beim Vertretenen bereits mit Eintritt des Schwebezustandes zu bejahen ist<sup>817</sup>, kommt eine tätige Reue beim Missbrauchstatbestand nach vorliegend vertretener Ansicht gar nicht in Betracht.

---

<sup>814</sup> DONATSCH/TAG, I § 12 1.422 a).

<sup>815</sup> Bei fehlender Teilbarkeit (vgl. vorne S. 123 ff.) ginge es selbstverständlich um das ganze Geschäft.

<sup>816</sup> Art. 115 OR.

<sup>817</sup> Vgl. vorne S. 203 ff.





## 5. Rechtswidrigkeit und Schuld

### I. Überblick

Lassen sich menschliche Verhaltensweisen sowohl in objektiver wie auch subjektiver Hinsicht unter Art. 158 Ziff. 2 StGB subsumieren, so *indiziert* dies auch die Rechtswidrigkeit<sup>818</sup> und Schuld bzw. Schuldhaftigkeit der Tat. Dies gilt im Übrigen auch bei einem Versuch, bei dem der Täter durch sein Verhalten nicht alle objektiven, wohl aber sämtliche subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt<sup>819</sup>.

Ganz grundsätzlich ist ein tatbestandsmässiges Verhalten solange als rechtswidrig und schuldhaft anzusehen, als keine Rechtfertigungs- und/oder Schuldausschlussgründe vorliegen<sup>820</sup>. Diese verhindern im Ergebnis die Strafbarkeit eines an sich tatbestandsmässigen Verhaltens.

### II. Rechtfertigungsgründe

Im Vermögensstrafrecht spielen Rechtfertigungsgründe eine geringere Rolle als etwa bei den Delikten gegen Leib und Leben oder gegen die Freiheit, bei denen Notwehr- und Notstandssituationen von ungleich grösserer Relevanz sind. Auf allgemeine Ausführungen zu den Art. 14 ff. StGB kann im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB denn auch verzichtet werden<sup>821</sup>.

Hingewiesen sei hier einzig noch einmal auf die Möglichkeit einer *Einwilligung* des Verletzten, vorliegend also des Vertretenen. Dieser übergesetzliche Rechtfertigungsgrund könnte allenfalls im Zusammenhang mit

---

<sup>818</sup> STRATENWERTH, AT I § 8 N 14.

<sup>819</sup> Vgl. zur Versuchsproblematik vorne S. 229 ff.

<sup>820</sup> DONATSCH/TAG, I § 7 2.2 und 2.3.

<sup>821</sup> Vgl. zu den Rechtfertigungsgründen etwa STRATENWERTH, AT I § 10.

der nachträglichen Genehmigung i.S.v. Art. 38 OR oder mit der vorsätzlichen Kundgabe einer Vollmacht an Dritte diskutiert werden. Wie bereits dargelegt, erfüllen aber beide Erklärungen die Voraussetzungen für eine rechtsgültige Einwilligung *nicht*<sup>822</sup>. Wenn der Vertretene *vor* Abschluss eines Fremdgeschäftes dem Vertreter gegenüber «genehmigt», so *bevollmächtigt* er diesen in Tat und Wahrheit bzw. er modifiziert eine bestehende Vertretungsmacht. Dasselbe gilt, wenn sich eine Vollmachtskundgabe (auch) an den Vertreter richtet<sup>823</sup>. Dem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Einwilligung kommt somit im Zusammenhang mit Art. 158 Ziff. 2 StGB keine Bedeutung zu.

### III. Schuldausschlussgründe

Auf allgemeine Ausführungen zu möglichen *Schuldausschlussgründen*<sup>824</sup> wird vorliegend verzichtet. Solche können selbstverständlich von Fall zu Fall vorliegen und die Strafbarkeit der tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tat ausschliessen<sup>825</sup>.

---

<sup>822</sup> S. 200 f. und S. 208 ff.

<sup>823</sup> Vgl. dazu vorne S. 200 f.

<sup>824</sup> Vgl. zur Schuldunfähigkeit Art. 19 Abs. 1 StGB.

<sup>825</sup> Vgl. BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 10 N 72.

## 6. Abgrenzungsfragen

### I. Überblick

Von besonderem Interesse ist zunächst die Abgrenzung zwischen Treubruchs- und Missbrauchstatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Zu untersuchen ist alsdann das Verhältnis zwischen Veruntreuung und dem Missbrauchstatbestand, desweiteren aber auch jenes zwischen Missbrauchstatbestand und Betrug. Darüber hinaus ist ein Blick auf die ungetreue Amtsführung zu werfen, welche dem Art. 158 Ziff. 2 StGB in vielerlei Hinsicht ähnlich ist.

Demgegenüber wird die landesverräterische Untreue i.S.v. Art. 267 Ziff. 1 Abs. 3 StGB vorliegend nicht weiter thematisiert<sup>826</sup>.

### II. Zum Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB

Die Tatsache, dass sich die ungetreue Geschäftsbesorgung aus den beiden Varianten des *Treubruchs*- und des *Missbrauchstatbestandes* zusammensetzt, wirft die Frage nach deren Verhältnis auf. M.a.W. ist zu klären, gemäss welcher Tatbestandsvariante die strafrechtliche Beurteilung erfolgt, wenn bei einem Täter zugleich die Sondereigenschaften gemäss Art. 158 Ziff. 1 und Art. 158 Ziff. 2 StGB vorliegen, und er sowohl die Tathandlung des Treubruchs-, als auch jene des Missbrauchstatbestandes erfüllt, was praktisch oft der Fall sein dürfte<sup>827</sup>.

---

<sup>826</sup> Es sei diesbezüglich auf BSK StGB II-FLACHSMANN, Art. 267 N 11, verwiesen.

<sup>827</sup> Gemäss NIGGLI ist dies sogar «regelmässig» der Fall; vgl. BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 153.

Nach h.L. gilt der Missbrauchstatbestand gegenüber dem Treubruchstatbestand als subsidiär<sup>828</sup>. Dies dürfte einer der Gründe für das Fehlen höchstrichterlicher Entscheide zu Art. 158 Ziff. 2 StGB sein, werden doch etliche Missbrauchsfälle i.S.v. von Ziff. 2 über den Treubruchstatbestand i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB «abgewickelt»<sup>829</sup>. Daraus aber die Schlussfolgerung zu ziehen, dem Art. 158 Ziff. 2 StGB komme keine praktische Relevanz zu, wäre unzutreffend und würde das im Folgenden darzulegende Zusammenspiel von Treubruchs- und Missbrauchstatbestand verkennen.

Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang, ob wirklich *jeder* unter Art. 158 Ziff. 2 StGB zu subsumierende Missbrauch einer bürgerlichen Ermächtigung zugleich auch eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 darstellt. Würde dies zutreffen, so könnte und müsste ein Vermögensverwalter, der über eine bürgerliche Vollmacht verfügt, *allein* aufgrund des *Treubruchstatbestandes* zur Verantwortung gezogen werden, selbst wenn die in Frage stehenden Verhaltensweisen typische «Missbrauchshandlungen» i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB darstellten.

Wie im privatrechtlichen Teil aufgezeigt, ist nach zutreffender Ansicht im Bereich des bürgerlichen Stellvertretungsrechts die umfangmässige Abstraktheit der Vollmacht von einem allfälligen Grundverhältnis abzulehnen; insbesondere aufgrund der Überlegung, dass eine derart verstandene Abstraktheit mit dem Vertrauensprinzip nicht zu vereinbaren ist. Was den Umfang der Vertretungsmacht anbelangt, so gibt es zwischen Vertretenem und Vertreter folglich nur *ein* rechtlich relevantes Verhältnis; eine qualitative und/oder quantitative Unterscheidung zwischen Grundverhältnis und Ermächtigungserklärung kann es nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr aus der Sicht des Vertreters gar nicht geben<sup>830</sup>. Damit ist klar, dass es auch keinen «Missbrauch der Ermächtigung» gibt, der nicht gleichzeitig eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB darstellen würde, denn – dies sei an dieser Stelle wiederholt – nach vorliegend vertretener Ansicht

---

<sup>828</sup> CORBOZ, art. 158 N 25; DONATSCH, Aspekte 1996, S. 218; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 153; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 157.

<sup>829</sup> So etwa in den nicht publizierten Entscheiden des BGer vom 12. Mai 2003, 6S.25/2003 und vom 15. März 2001, 6S.587/2000; vgl. dazu sogleich.

<sup>830</sup> Vgl. dazu vorne S. 61 ff.

sind das «Können» und das «Dürfen» des bürgerlichen Stellvertreters stets deckungsgleich.

Begeht nun ein bürgerlicher Stellvertreter, welcher über sämtliche Eigenschaften eines Vermögensverwalters i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB verfügt, einen Missbrauch der Ermächtigung i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB, erfolgt die strafrechtliche Beurteilung *in jedem Fall allein* gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB und zwar aufgrund der hier pönalisierten Tathandlung der Pflichtverletzung. M.a.W. kann eine «Pflichtverletzung» – also die Tathandlung des Treubruchstatbestandes – ohne weiteres in einem «Missbrauch der Ermächtigung» bestehen; auf der anderen Seite stellt ein «Missbrauch der Ermächtigung» i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB in jedem Fall auch eine «Pflichtverletzung» i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB dar.

Da beim Treubruchstatbestand i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB das Vorhandensein einer Absicht ungerechtfertigter Bereicherung zur Erfüllung des Grundtatbestandes *nicht* verlangt wird, bedeutet dies, dass *Vermögensverwalter* für einen «Missbrauch der Ermächtigung» auch ohne Absicht unrechtmässiger Bereicherung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, nämlich gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Diese Ungleichbehandlung von Vermögensverwaltern und Nicht-Vermögensverwaltern erscheint durchaus sachgerecht, da ersteren vom Vertretenen regelmässig ein grösseres Vertrauen entgegengebracht wird, und damit der Vertrauensmissbrauch im Ergebnis auch schwerer wiegt.

Eine Konstellation, in der die Tathandlung primär unter Art. 158 Ziff. 2 StGB zu subsumieren gewesen wäre, die Bestrafung aber aufgrund von Art. 158 Ziff. 1 StGB erfolgte, findet sich in einem nicht publizierten Entscheid des BGer vom 15. März 2001, 6S.587/2000, in dem die Verurteilung eines Verwaltungsbeirates<sup>831</sup> wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB bestätigt wurde. Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Täter gewährte als Vertreter des Verbeirateten einem Dritten ein Darlehen, ohne die gemäss Art. 421 Ziff. 4 ZGB erforderliche Genehmigung der Vormundschaftsbehörde einzuholen. Überdies war das Geld für den Darlehensnehmer persönlich bestimmt. Dieser finanzierte damit die Vermittlung afrikanischer Fussballspieler

---

<sup>831</sup> I.S.v. Art. 395 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB.

nach Europa. Dem Verbeirateten entstand ein Vermögensschaden, nicht zuletzt deshalb, weil sich die vom Darlehensnehmer gewährte Sicherheit als wertlos erwiesen hat. In diesem Sachverhalt ging es an sich um einen typischen Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB, denn die fragliche Darlehensgewährung war vom Umfang der bestehenden Ermächtigung des Vertreters nicht gedeckt. Da der Beirat aber die *Vermögensverwaltereigenschaften* aufwies, erfolgte die Bestrafung gemäss Ziff. 1 von Art. 158 StGB.

### III. Missbrauchstatbestand und Veruntreuung

Bereits die Benennungen «Veruntreuung» und «ungetreue Geschäftsbesorgung» lassen erahnen, dass sich die beiden Tatbestände weitgehend überschneiden und vom Unrechtsgehalt her vergleichbare Verhaltensweisen erfassen. Tatsächlich geht es bei beiden Delikten um ein untreues bzw. ungetreues Handeln<sup>832</sup>, welches den Treugeber im Ergebnis am Vermögen schädigt, wobei bei der Veruntreuung die Vermögensschädigung des Treugebers durch die Aneignung fremder Sachen bzw. durch die unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten erfolgt<sup>833</sup>. Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass auch bei Art. 138 StGB einzig das Vermögen, nicht (auch) das Vertrauen als geschütztes Rechtsgut betrachtet wird<sup>834</sup>.

Erfüllt ein Täter im Einzelfall beide Tatbestände, so besteht nach h.L. zwischen Art. 158 Ziff. 2 und Art. 138 StGB unechte Konkurrenz<sup>835</sup>, und zwar derart, dass das Delikt der Veruntreuung vorgeht<sup>836</sup>.

---

<sup>832</sup> Vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 7 2.412 a) und SCHUBARTH, Art. 159 N 1 – zu Art. 159 alt StGB.

<sup>833</sup> Vgl. BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 8.

<sup>834</sup> Vgl. dazu vorne S. 157 f. – betreffend Art. 158 StGB; BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 7.

<sup>835</sup> Vgl. zum Begriff DONATSCH/TAG, I § 38 1.1, sowie STRATENWERTH, AT I § 18.

<sup>836</sup> Vgl. BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 155; BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 195; STRATENWERTH/JENNY, BT I § 19 N 27; TRECHSEL, Art. 158 N 25; URBACH, Ungetreue Geschäftsbesorgung, S. 158 und S. 160.

Von Interesse sind nun aber vor allem jene Konstellationen, welche einzig vom Missbrauchstatbestand erfasst werden; sei es, weil die entsprechenden Vermögenswerte dem Vertreter nicht i.S.v. Art. 138 StGB anvertraut, sondern lediglich überlassen worden sind oder weil keine Aneignung, also keine Tathandlung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vorliegt. Letzteres ist im folgenden Beispiel der Fall.

**Fallbeispiel 16 – «Bild»:**

V ermächtigt S, ein ihm gehörendes Bild in seinem Namen zu verkaufen und zwar nicht unter Fr. 20'000.–, sowie – aus persönlichen Gründen – keinesfalls an D. Nun verkauft und übergibt S das fragliche Bild im Namen des V für Fr. 17'000.– an besagte D.

Mit der Veräusserung des Bildes zu Fr. 17'000.– an D überschreitet der direkte Stellvertreter S den Umfang seiner ihm von V bewusst erteilten, im Tatzeitpunkt rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht, welche ihn zum Verkauf nicht unter Fr. 20'000.–, sowie keinesfalls an D, ermächtigt<sup>837</sup>. Die Tathandlung von Art. 158 Ziff. 2 StGB – so wie sie vorliegend für die bürgerliche Stellvertretung verstanden wird – ist damit erfüllt.

Selbst wenn nun V dem S das Bild tatsächlich anvertraut<sup>838</sup> und nicht bloss überlassen hat, erfüllt letzterer den Tatbestand von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in Ermangelung einer tauglichen Tathandlung nicht, da im Verkauf zu einem auftragswidrigen Preis bzw. an den «falschen Käufer» noch keine Aneignung zu erkennen ist<sup>839</sup>. Bei gegebenem subjektivem Tatbestand kann S allerdings gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB bestraft werden. Entsteht dem V durch die Vollmachtsüberschreitung ein Vermögensschaden, liegt ein vollendetes, andernfalls immerhin ein vollendet versuchtes Delikt vor.

Abgesehen von der eben dargelegten Konstellation spielt Art. 158 Ziff. 2 StGB immer dann eine wichtige Rolle, wenn ein Vermögenswert dem

---

<sup>837</sup> Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen der Vollmachtsüberschreitung vorne S. 116 ff.

<sup>838</sup> Vgl. zum Begriff der *anvertrauten Sache* REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 7 1.22.

<sup>839</sup> REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 7 1.23 a.E.

potentiellen Täter nicht i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB anvertraut ist, wie etwa im folgenden Fallbeispiel.

**Fallbeispiel 17 – «Veruntreuung?»:**

V ermächtigt S, in seinem Namen Rechtsgeschäfte zu tätigen. Besagte Vollmacht verleiht S ferner die Befugnis, die sich aus den fraglichen Geschäften ergebenden Verbindlichkeiten mit Vermögenswerten des V, welche dem Konto X gutgeschrieben sind, zu begleichen. Nun überschreitet S die ihm erteilte Vollmacht beim Abschluss von Fremdgeschäften, wodurch V ein Vermögensschaden entsteht.

Das Verhalten von S lässt sich nur dann als Veruntreuung i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB qualifizieren, wenn ihm die fraglichen, dem Konto X gutgeschriebenen Vermögenswerte von V auch tatsächlich anvertraut worden sind, umgangssprachlich bzw. untechnisch ausgedrückt, wenn im «das Konto» anvertraut worden ist. Ist dies nicht der Fall, kommt immerhin eine Bestrafung gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB in Betracht.

Nach bundesgerichtlicher Praxis gilt ein Vermögenswert als anvertraut, sobald der Täter «ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann»<sup>840</sup>, dies selbst dann, wenn letzterer seine eigene Verfügungsmöglichkeit behält. Der Täter muss gemäss BGer somit keineswegs eine ausschliessliche Verfügungsgewalt über die betreffenden Vermögenswerte erlangen.

Folgt man der bundesgerichtlichen Ansicht, so sind im Fallbeispiel 17 die dem Konto X gutgeschriebenen Vermögenswerte dem S auch dann *anvertraut*, wenn V seine eigene Verfügungsmöglichkeit «über das Konto» behält. Vorausgesetzt ist einzig, dass S ohne dessen Mitwirkung auf die fraglichen Vermögenswerte zugreifen kann.

Diese vom Bundesgericht vertretene Definition des Begriffs «anvertraut» wird in der Lehre praktisch einhellig und mit überzeugenden Argumenten

---

<sup>840</sup> Vgl. BGE 117 IV 429, Erw. 3.b)cc), sowie BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 90 m.w.H.



kritisiert<sup>841</sup>. Zu favorisieren ist denn auch vorliegend die von der h.L. entwickelte Ansicht, wonach Vermögenswerte nur dann als anvertraut i.S.v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB gelten, wenn der Treugeber keinen eigenen Zugriff mehr darauf hat und dafür dem Treuhänder die *ausschliessliche* Verfügungsmacht zusteht<sup>842</sup>. Behält der Treugeber im Einzelfall die eigene Zugriffsmöglichkeit auf einen dem Treugeber überlassenen Vermögenswert, so macht sich letzterer bei treuwidrigem Verhalten – insbesondere bei Überschreitung einer bestehenden Vertretungsmacht – allenfalls nach Art. 158 Ziff. 2 oder Ziff. 1 StGB, nicht aber nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB strafbar<sup>843</sup>.

Die vorliegend vertretene *engere* Definition des Begriffs «anvertrauter Vermögenswert» führt zu einem erweiterten Anwendungsbereich des Missbrauchstatbestandes und zu einer Zurückbindung von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Etliche Fälle, welche das Bundesgericht als Veruntreuung qualifizieren würde, stellen nach der hier vertretenen Ansicht Konstellationen der ungetreuen Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB dar, und zwar *mangels* Vorliegens anvertrauter Vermögenswerte, namentlich, weil dem Treuhänder keine ausschliessliche Verfügungsmacht über die fremden Vermögenswerte zusteht.

Folgt man überdies der Ansicht von DONATSCH und betrachtet die einer juristischen Person gehörenden Vermögenswerte nicht als den Vertretungsorganen anvertraut<sup>844</sup>, vergrössert sich die Reichweite von Art. 158 Ziff. 2 StGB noch einmal beträchtlich. Die Argumente, welche der genannte Autor für seine These anführt, sind überzeugend, insbesondere die Feststellung, dass die Organe mit dem Vermögen der juristischen Person eine «[...] auf Gewinn zielende wirtschaftliche Tätigkeit [...]» ausführen, wobei die «Zusammensetzung des Vermögens laufend

---

<sup>841</sup> BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 91; vgl. dazu auch DONATSCH, Aspekte 2002, S. 25; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 7 2.412 a); STRATENWERTH/JENNY, BT I § 13 N 57; TRECHSEL, Art. 138 N 11.

<sup>842</sup> Vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, III § 7 2.412 a); BSK StGB II-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 N 91.

<sup>843</sup> Vgl. dazu STRATENWERTH/JENNY, BT I § 13 N 57.

<sup>844</sup> DONATSCH, Aspekte 1996, S. 219; DERS., Aspekte 2002, S. 25.

*wechseln kann [...]»<sup>845</sup>. Darin besteht ganz offensichtlich ein relevanter Unterschied zum Treuhänder, der grundsätzlich einzig den Bestand der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu erhalten hat<sup>846</sup>.*

#### **IV. Missbrauchstatbestand und Betrug**

Was das Verhältnis zwischen Art. 146 und Art. 158 StGB anbelangt, so geht die h.L. von *unechter Konkurrenz* aus und räumt dem Betrugstatbestand bei einem Zusammentreffen der beiden Delikte den Vorrang ein<sup>847</sup>. Stützen lässt sich diese Ansicht mit der Tatsache, dass sowohl Art. 158 als auch Art. 146 StGB jeweils fremdes Vermögen, also dasselbe Rechtsgut schützen.

Im Zusammenhang mit einer direkten Stellvertretung ist nun aber zu beachten, dass der Missbrauchstatbestand Vermögensschädigungen des *Vertretenen*, der Betrugstatbestand demgegenüber solche des *Dritten* erfasst.

Überschreitet der Vertreter eine rechtsgültig bestehende Ermächtigung und gerät das fragliche Fremdgeschäft in den Schwebezustand, so kann nicht nur dem Vertretenen, sondern auch dem Dritten ein strafrechtlich relevanter Vermögensschaden entstehen, denn wenn ein sich im Schwebezustand befindliches Fremdgeschäft beim Vertretenen eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bewirkt<sup>848</sup>, so muss dies für den Dritten gleichermaßen gelten. Auch dieser hat das fragliche Geschäft aus buchhalterischer Sicht bereits als Verlust abzuschreiben. Ist das Verhalten des *falsus procurator* dem Dritten gegenüber als arglistige Täuschung zu qualifizieren, so macht sich dieser sowohl gemäss Art. 158 Ziff. 2 (Vermögensschaden beim Vertretenen), als auch gemäss Art. 146 StGB (Vermögensschaden beim Dritten) strafbar, sofern die übrigen objektiven und subjektiven Tatbestandselemente beider Delikte erfüllt sind. Nach vorliegend vertretener

---

<sup>845</sup> DONATSCH, Aspekte 2002, S. 25.

<sup>846</sup> Bzw. dem deren «*technische Verwaltung*» obliegt; DONATSCH, a.a.O.

<sup>847</sup> Vgl. STRATENWERTH/JENNY, BT I § 19 N 29; TRECHSEL, Art. 158 N 25.

<sup>848</sup> Vgl. dazu vorne S. 187 f. und S. 203 ff.

Ansicht ist somit im Einzelfall durchaus echte Konkurrenz zwischen Art. 158 Ziff. 2 und Art. 146 StGB denkbar.

## V. Missbrauchstatbestand und ungetreue Amtsführung

Das Delikt der *ungetreuen Amtsführung* i.S.v. Art. 314 StGB weist einige Parallelen zum Missbrauchstatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB auf<sup>849</sup>. Allerdings ist der Täterkreis bei der ungetreuen Amtsführung beschränkt auf *Mitglieder* einer Behörde und auf Beamte<sup>850</sup>, welche das Gemeinwesen – also Bund, Kantone, Gemeinden – *rechtsgeschäftlich* verpflichten können. Die Bestimmung erfasst dabei *nur* den Abschluss privatrechtlicher Geschäfte<sup>851</sup>, nicht aber hoheitliches Handeln<sup>852</sup>.

Nach vorliegend vertretener Ansicht sind *Tathandlung* und *tatbestandsmässiger Erfolg* der ungetreuen Amtsführung mit jenen des Missbrauchstatbestandes vergleichbar, zumindest von der Grundstruktur her: Strafbar macht sich demnach, wer in *Überschreitung* einer ihm zustehenden Vertretungsmacht *privatrechtliche* Geschäfte abschliesst, und dabei die von ihm zu wahrenen *öffentlichen Interessen* schädigt, also zum Schaden des Gemeinwesens handelt. Dabei liegt immer dann eine Überschreitung der Vertretungsmacht vor, wenn das betreffende Rechtsgeschäft mit den Interessen des fraglichen Gemeinwesens im Widerspruch steht.

Speziell zu erwähnen ist noch der Begriff des *Schadens*, der im Zusammenhang mit Art. 314 StGB nicht nur unfreiwillige Vermögensseinbussen erfasst, sondern im Unterschied zu Art. 158 Ziff. 2 StGB auch *ideeller Art* sein kann<sup>853</sup>.

---

<sup>849</sup> So DONATSCH/WOHLERS, IV § 107, S. 451.

<sup>850</sup> Vgl. dazu Art. 110 Abs. 3 StGB, sowie BSK StGB II-NIGGLI, Art. 314 N 9.

<sup>851</sup> So BSK StGB II-NIGGLI, Art. 314 N 19; TRECHSEL, Art. 314 N 2.

<sup>852</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 314 N 18; vgl. auch DONATSCH/WOHLERS, IV § 107 1.

<sup>853</sup> BSK StGB II-NIGGLI, Art. 314 N 25.

## 6. Abgrenzungsfragen

---

In subjektiver Hinsicht ist auch bei der ungetreuen Amtsführung Vorsatz verlangt, wobei *dolus eventualis* genügt. Darüber hinaus muss der Täter mit der Absicht bzw. Eventualabsicht handeln, sich oder einem anderen einen *unrechtmässigen Vorteil* zu verschaffen<sup>854</sup>.

Was das Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 2 und Art. 314 StGB anbelangt, so besteht unechte Konkurrenz: Die ungetreue Amtsführung geht dem Missbrauchstatbestand als *lex specialis* vor<sup>855</sup>.

---

<sup>854</sup> Dieser Vorteil muss dabei nicht finanzieller Natur sein; vgl. DONATSCH/WOHLERS, IV § 107.2.

<sup>855</sup> Vgl. DONATSCH/WOHLERS, IV § 107 3.1; BSK StGB II-NIGGLI, Art. 314 N 31; TRECHSEL, Art. 314 N 6; BGE 81 IV 228, Erw. 1.a); BGE 88 IV 133, Erw. 4.; BGE 118 IV 244, Erw. 2.a) = Pr 84 [1995], Nr. 50.

# **Zusammenfassung**



«Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft»

Der soeben nochmals zitierte Missbrauchstatbestand i.S.v. Art. 158 Ziff. 2 StGB schützt das *Vermögen* vor Schädigungen «von innen heraus». Bedingt durch die Ermächtigung, in fremdem Namen Rechtsgeschäfte abzuschliessen zu können, hat der Täter bei diesem Delikt nämlich unmittelbaren Zugang zum Vermögen des nachmals Geschädigten. Durch die Bevollmächtigung entsteht zwischen Vertretenem und bürgerlichem Stellvertreter ein Vertrauensverhältnis, dessen Missbrauch Art. 158 Ziff. 2 StGB pönalisiert. In der Enttäuschung des entgegengebrachten Vertrauens liegt mithin die Untreue bzw. die ungetreue Geschäftsbesorgung. Als *Täter* kommt folglich einzig in Frage, wer tatsächlich über eine ihm vom Vertretenen bewusst erteilte Vertretungsmacht verfügt, mithin über die Fähigkeit, eine andere Person rechtsgeschäftlich zu vertreten, d.h. unmittelbar zu berechtigen und/oder zu verpflichten. Bei Art. 158 Ziff. 2 StGB handelt es sich um ein echtes Sonderdelikt.

Beim bürgerlichen Stellvertreter kann die *Tathandlung* nach vorliegend vertretener Ansicht einzig darin gesehen werden, dass er eine im Tatzeitpunkt rechtsgültig bestehende, ihm vom Vertretenen bewusst erteilte Vertretungsmacht *überschreitet*. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Abweichung vom Umfang der bestehenden Ermächtigung massiv oder nur geringfügig ist. Gerade bei grossen Abweichungen – insbesondere bei einer Kollusion – liegt ein schwerwiegender Vertrauensmissbrauch vor, eben eine «Untreue» im wahrsten Sinne des Wortes.

Einen «Missbrauch der Ermächtigung», wie ihn die herrschende strafrechtliche Lehre versteht, kann es – soweit es sich beim Täter um einen bürgerlichen Stellvertreter handelt – demgegenüber nicht geben; zum einen, weil das OR in den Art. 32 ff. die aus dem deutschen Recht bekannte Unterscheidung zwischen Innen- und Aussenvollmacht nicht vorsieht, zum andern, weil aufgrund der allein relevanten Innenvollmacht sowie mit Blick auf das Vertrauensprinzip bei der bürgerlichen Stellvertre-

tung auch nicht zwischen Vertretungsmacht und -befugnis differenziert werden kann.

Ein tatbestandsmässiger «Missbrauch der Ermächtigung», verstanden als Überschreitung einer bewusst erteilten, rechtsgültig bestehenden Vertretungsmacht, liegt im Übrigen auch dann vor, wenn der Vertretene durch das fragliche Fremdgeschäft *nicht* sogleich rechtlich gebunden wird, das fragliche Geschäft mithin in den Schwebezustand gerät. Entscheidend ist, dass der Vertreter durch die Vollmachtsüberschreitung das ihm entgegengebrachte Vertrauen enttäuscht, eben «missbraucht».

Überschreitet ein Vertreter seine Vertretungsmacht, so kann beim Vertretenen der von Art. 158 Ziff. 2 StGB vorausgesetzte Vermögensschaden sowohl bei einem Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutglaubensschutzes eintreten, als auch dann, wenn das fragliche Fremdgeschäft in den Schwebezustand gerät. Fehlt es im Einzelfall an einem Vermögensschaden beim Vertretenen und damit am tatbestandsmässigen Erfolg, so bleibt immerhin das Vorliegen eines strafbaren Versuchs zu prüfen.

Der subjektive Tatbestand dürfte den Anwendungsbereich von Art. 158 Ziff. 2 StGB in nicht unerheblichem Ausmass einschränken. Vorausgesetzt ist nämlich Vorsatz und Absicht unrechtmässiger Bereicherung. Insbesondere der Vorsatz bezüglich Schädigung des Vertretenen kann im Einzelfall fehlen oder aber nur schwer nachweisbar sein. Denkbar ist nämlich, dass ein Vertreter zwar mit Wissen und Willen seine ihm verliehene Vertretungsmacht überschreitet, aber pflichtwidrig unvorsichtig darauf vertraut, er tätige für den Vertretenen ein «gutes Geschäft», oder aber wenigstens davon ausgeht, es werde durch die Vollmachtsüberschreitung kein Schaden entstehen. In dieser Konstellation liegt im Hinblick auf den Vermögensschaden eine bewusste Fahrlässigkeit vor, welche gemäss Art. 158 Ziff. 2 StGB straflos bleibt.

Überschreitet ein bürgerlicher Stellvertreter, der zugleich die Vermögensverwaltereigenschaften gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB aufweist, eine bestehende Vertretungsmacht zum Schaden des Vertretenen, so erfolgt die Bestrafung bei gegebenen übrigen Voraussetzungen aufgrund des Treubruchs- und nicht aufgrund des Missbrauchstatbestandes. Letzter gilt mithin nur subsidiär. Dadurch werden etliche an sich typische «Missbrauchs-



konstellationen» als Treubruchsfälle i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB erfasst. Dies dürfte mit ein Grund dafür sein, dass höchstrichterliche Entscheide zu Art. 158 *Ziff. 2* StGB bis zum heutigen Tage – Stichtag 1. Januar 2007 – fehlen.

\* \* \*



---

## Stichwortverzeichnis

- Absicht
- Eventual- *siehe* dort
  - unrechtmässiger
    - Bereicherung 222
- Abstraktheit der Vollmacht 39
- umfangmässige 54
- AGB 97
- Agent 162
- Allgemeines Preussisches Landrecht *siehe* Landrecht
- Amtsführung
- ungetreue 245
- Anscheinsvollmacht
- 51, 100, 177
- Anstiftung 163
- Aufforderung
- ausdrückliche 103
- Aufgezwungenes Rechtsgeschäft *siehe* Rechtsgeschäft
- Auslobung 21
- Ausschliesslichkeit 13
- Aussenverhältnis 34, 168
- Aussenvollmacht 35, 168
- Bagatell-Norm 212, 225
- Beihilfe 163
- Bereicherung
- unrechtmässige 223
- Bereicherungsabsicht
- siehe* Absicht
- Besserstellung
- wirtschaftliche 223
- Betrug
- Abgrenzung zum Missbrauchstatbestand 244
- Bevollmächtigung
- indirekte 48
  - stillschweigende 50
  - zum Abschluss formbedürftiger Geschäfte 49
- Bevollmächtigungserklärung
- Adressat 44
  - Auslegung der 69
  - modifizierende 200
- Bevollmächtigungswille 177
- Billigkeit 106, 141

- Bote 161  
  Begriff 22
- conditio sine qua non *siehe*  
  Kausalzusammenhang,  
  natürlicher
- culpa in contrahendo 135, 148,  
  206
- Darlehen 239
- Deckungsgeschäft 112, 191,  
  198, 202, 215  
  abstrakte Methode 147  
  abstraktes 193  
  konkrete Methode 147  
  konkretes 193
- Differenzhypothese *siehe* Dif-  
  ferenztheorie
- Differenztheorie 144, 189
- dolus eventualis *siehe* Eventual-  
  vorsatz
- Doppelvertretung 129, 180  
  Problematik der 130
- Duldungsvollmacht 50, 176
- Ehegatte 162
- Eigengeschäft  
  Begriff 26
- Einschränkung, nachträgliche  
  der Vollmacht 73
- Einwilligung 200, 209, 235
- Einzelvollmacht 72, 178
- Eltern 25, 162
- E-Mail 96
- Erbenvertreter 162
- Erfolg  
  tatbestandsmässiger 183
- Erfolgsdelikt 158
- Erklärung  
  ausdrückliche 27  
  stillschweigende 27
- Erkundigungspflicht  
  des Dritten 93
- Erlösungsgründe  
  gesetzliche 75
- Ermächtigung *siehe* Vollmacht  
  Missbrauch der *siehe dort*
- Eventualabsicht 222
- Eventualvorsatz 218  
  Abgrenzung zur bewussten  
  Fahrlässigkeit 219

- 
- falsus procurator  
  Eintritt 79  
  Begriff 77  
  Haftung gegenüber dem Ver-  
  tretenen 110  
  Haftung gemäss Art. 39  
  Abs. 1 OR 138  
  Haftung gemäss Art. 39  
  Abs. 2 OR 141
- Fremdgeschäft  
  Begriff 26  
  im eigenen Interesse 132
- Fussballspieler 239
- Garantie nach Art. 111 OR 134
- Gattungsvollmacht 71, 178
- Gebrauch  
  pflichtwidriger 178
- Gegenleistung  
  des Dritten 190
- Gemeinwesen 245
- Genehmigung  
  durch reale Erfüllung 86  
  faktisch erzwungene 209  
  nachträgliche 81  
  Teil- *siehe* dort
- Wirkung der 88
- Genehmigungs-  
  erklärung 204  
  Adressat der 88  
  Form 86  
  frist 82  
  pflicht 81  
  recht  
  Verwirkung des 83  
  vorbehalt 88, 136  
  zwang  
  faktischer 82
- Generalvollmacht 178  
  bürgerliche 71
- Geschäftsführer 155
- Geschäftsherrentheorie 14
- Gewinn  
  entgangener 144, 146, 188 f.,  
  195
- Gleichgültigkeit des Dritten 28
- Grundlagenirrtum 84
- Grundverhältnis  
  Begriff 33

- Guter Glaube
- berechtigter 93
  - Definition 92
- Gutglaubensschutz
- des Vertreters 109
  - bestimmungen
  - Übersicht 90
- Haftung sui generis 136
- Haftungsreduktion
- analog zu Art. 44 OR 139, 142
- Haftungsvoraussetzungen
- gemäss Art. 36 Abs. 2 OR 103
- Handeln
- für wen es angeht 29
  - ohne Vollmacht 76
  - strafrechtliche Relevanz 182
  - unter falschem Namen 30
- Handelsregistereintrag 71
- Handelsreisender 162
- Handlung
- tatbestandsmässige *siehe* Tat-  
handlung
- Handlungs-
- bevollmächtigter 11, 162
  - fähigkeit
  - Verlust der 75
  - vollmacht 11, 27
- Hilfsperson
- Abgrenzung zum Stellver-  
treter 24
- Hilfspersonenhaftung 206
- des Vertretenen 148
- Image-Verlust 209
- Innentendenz
- überschiessende 217
- Innenverhältnis 33, 168
- In-sich-Geschäft 129
- Zulässigkeit 132
- Interesse
- negatives 145
  - positives 146
- Kausalzusammenhang
- adäquater 105
  - natürlicher 104
  - zwischen Missbrauch und  
Schaden 213

- 
- Kollektivvollmacht 72, 178  
    Überschreitung einer 211
- Kollusion 179  
    als Tathandlung 211  
    Begriff 126  
    Definitionsvorschlag 128  
    Vermögensschaden bei 211
- Kondiktion 146, 205
- Konkurs 75
- Kosten  
    als Schadenselement 205
- Kreditkauf 26
- Kündigung 21
- Landrecht  
    allgemeines, Preussisches 37
- Lebenserfahrung  
    allgemeine 105
- Liegenschaftsverwalter 133
- lucrum cessans *siehe* Gewinn,  
    entgangener
- Makler 161
- Mandatsvollmacht 35
- Missbrauch der Vertretungs-  
    macht 165 f., 171  
    Rechtsfolgen 59
- Tatbestand 57
- Missbrauchstatbestand 153
- Missbrauch-Täter 161
- Naturalobligation 224
- Naturrecht 36
- Offenheitsgrundsatz 26
- Organ 243
- Personengesellschaft 162
- Privatautonomie 15
- Privilegierung  
    gemäss Art. 172<sup>ter</sup> StGB 212,  
    225
- Prokura, Prokurist 11, 71, 161
- Prozessrisiko 206
- Prozessvollmacht 75
- Rechtfertigungsgründe 235
- Rechtsgeschäft  
    aufgezwungenes bzw. uner-  
    wünschtes 111, 193, 198,  
    203  
    vertretungsfreundliches 20
- Rechts-  
    missbrauch 129  
    schein 94, 199  
    sphäre, des Vertreters 15

- Repräsentationstheorie 14
- Reue
- tätige 232
- Sachsenspiegel 36
- Sachverhaltsirrtum 181
- Schaden
- haftungsrechtlicher 144
  - normativer 145
  - strafrechtlicher 186
  - Vermögens- *siehe* dort
- Schadensberechnung
- bei unerwünschtem Rechtsgeschäft (*siehe* auch Deckungsgeschäft) 210
- Schädigung
- absichtliche, sittenwidrige 142
- Schädigungsabsicht 128
- Schenkung 24
- Schuldausschlussgründe 236
- Schwebezustand 80, 203
- Beendigung des 82, 85
- Selbstkontrahieren 129, 180
- Problematik des 131
- Sittenwidrigkeit 59, 129
- Sonderdelikt
- echtes 159, 181
- Spezialvollmacht 70, 178
- Spiel und Wette 224
- Stellvertretung *siehe* auch Vertretung
- aktive und passive 18
  - bürgerliche, Definition 11
  - direkte, Definition 10
  - indirekte, Definition 10
  - kaufmännisch, Definition 11
- Tatbestandsirrtum *siehe* Sachverhaltsirrtum
- Tathandlung 165, 214
- Tatzeitpunkt 167, 202
- Teil-
- barkeit 119, 175, 197
  - genehmigung 87
  - gültigkeit 121
- Tod 75
- Treu und Glauben
- im Geschäftsverkehr 61, 157
- Treubruchstatbestand
- Abgrenzung zum Missbrauchstatbestand 237



- 
- Treubruchs-Täter 162
- Überschreitung der Vertretungsmacht *siehe* Vollmachtsüberschreitung,
- Unmündige
- urteilsfähige 25
- Untreue 156
- landesverräterische 237
- Unverbindlichkeit
- einseitige 144
- Unvorsichtigkeit
- pflichtwidrige 220
- Verkehrsschutz 15
- Verkehrswert 186
- Verletzungsdelikt 158
- Vermögen
- fremdes 157
- Vermögens-
- begriff
- objektiv-individueller 194 ff., 215
- wirtschaftlich-juristischer 186
- gefährdung
- schadensgleiche 158, 187, 204
- schaden
- Begriff 186
- bei vorsätzlicher Vollmachtskundgabe *siehe* Vollmachtskundgabe
- geringfügiger 213
- stand
- aktueller 189
- hypothetischer 145, 189
- verminderung 186
- unfreiwillige 144, 186, 199, 201, 209, 215
- verwalter 155
- Eigenschaften des 159
- wert
- anvertrauter 243
- Verschollenerklärung 75
- Versuch
- durch ein untaugliches Subjekt 182 f., 232
- untauglicher 181, 183, 232
- unvollendeter 231
- vollendeter 200, 230
- Vertrag
- synallagmatischer 190

- Vertrauen 157  
    Enttäuschung des 174
- Vertrauens-  
    haftung 135  
        des Vertretenen 147  
    prinzip 61, 178  
        Begriff 27  
    tatbestand 135  
    verhältnis 176, 180, 202  
        durch Bevollmächtigung  
        174, 176
- Vertretung *siehe* auch Stellvertretung  
    Doppel- *siehe* dort  
    gesetzliche 12  
    im Wissen *siehe* Wissensvertretung  
    organschaftliche 12
- Vertretungs-  
    befugnis  
        Begriff 54  
    macht *siehe* auch Vollmacht  
        Begriff 53  
        Missbrauch der *siehe* dort  
    organ 162
- wille 28  
    wirkung 170  
        Definition 15  
        definitives Ausbleiben der  
        115, 205  
        Eintritt durch Genehmigung (*siehe* auch Genehmigung) 81, 209  
        Eintritt ex lege 92, 199
- Veruntreuung  
    Abgrenzung zum Missbrauchstatbestand 240
- Verwaltungsbeirat 239
- Verwirklichungswille 222
- Verzicht 74
- Vindikation 146, 205
- Vollmacht  
    Abstraktheit der *siehe* dort  
    Anscheins- *siehe* dort  
    Aussen- *siehe* dort  
    Begriff 31  
    bewusst erteilte 174, 176  
    Duldungs- *siehe* dort  
    Einschränkung, nachträgliche *siehe* dort  
    Einzel- *siehe* dort

- 
- Erlösungsgründe,  
gesetzliche *siehe* dort
- externe 35, 95
- Gattungs- *siehe* dort
- General- *siehe* dort
- Handeln ohne *siehe* dort
- Handlungs- *siehe* dort
- interne 35
- isolierte 33
- Kollektiv- *siehe* dort
- Mandats- *siehe* dort
- Missbrauch der *siehe* dort
- Prokura *siehe* dort
- Prozess- *siehe* dort
- rechtsgültig bestehende *siehe*  
dort
- Spezial- *siehe* dort
- Überschreitung der *siehe*  
Vollmachtsüberschreitung
- Widerruf der *siehe* dort
- Vollmachts-  
kundgabe  
    vorsätzliche 199, 215  
mitteilung 94
- überschreitung 116, 168,  
170 ff., 177, 202  
    als einzig mögliche Tat-  
    handlung 174  
    Ausmass der 179  
    qualitative 124  
    quantitative 121, 179  
    strafrechtlich relevante  
    177, 180  
umfang 69, 178  
    gesetzlich typisierter 95  
urkunde 96, 207  
    gefälschte 98  
Rückgabepflicht gemäss  
Art. 36 Abs. 1 OR 102  
Verwendung nach Voll-  
machtsbeschränkung 108  
Verwendung nach Widerruf  
105  
Verwendung wider bes-  
seres Wissen 106
- Vormund 162
- Vorsatz  
    Eventual- *siehe* dort  
    Willensseite 218  
    Wissenseite 218
- Wahndelikt 182

## Stichwortverzeichnis

---

Waren	Wissensvertretung 14
mit Markt- oder Börsenpreis 147	Zeitungskiosk 160
Weisungen	Zession 21
Begriff 34	Zugangsprinzip 43
Widerruf	Zusammenspiel
der Vollmacht 73	zwischen Art. 37 und Art. 39 Abs. 1 OR 143
Willensmangel 15, 144, 232	Zusammenwirken
Willensvollstrecker 162	bewusstes 127

---

## Lebenslauf

	Geboren am 09. November 1976 in St. Gallen
1984 – 1990:	Primarschule in Flawil (SG)
1990 – 1992:	Sekundarschule in Flawil (SG)
08/1992 – 01/1997:	Kantonsschule am Burggraben, St. Gallen
15. Januar 1997:	Matura Typus B
10/1997 – 07/2003:	Studium der Rechtswissenschaft, Universität Zürich
2. Juli 2003:	Lizentiat der Rechtswissenschaft, Universität Zürich
seit 07/2003:	Mitarbeit in der Anwaltskanzlei Dr. Stefan Flachsmann, Zürich
11/2003 – 12/2005:	Assistent bei Prof. Dr. Heinrich Honsell, Universität Zürich
12/2005 – 04/2006:	Assistent bei Prof. Dr. Alfred Koller, Universität St. Gallen
05/2006 – 10/2006:	Auditor im Rechtsdienst des Departements des Innern des Kantons St. Gallen
11/2006 – 04/2007:	Auditor am Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen
seit 05/2007:	Anwaltspraktikum bei asg.advocati <sup>®</sup> , St. Gallen
Militär:	Hauptmann; Untersuchungsrichter Militärgericht 7