

sui generis

E TUNG

Die Indirekte Stellvertretung
Zugleich ein Beitrag zur Lehre
von den Zustimmungsgeschäften
Ricarda Stoppelhaar

Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Die Indirekte Stellvertretung

Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Zustimmungsgeschäften

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von
Ricarda Stoppelhaar
aus Deutschland

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. Mai 2023 auf Antrag der beiden Gutachter,
Prof. Dr. Frédéric Krauskopf und Prof. em. Dr. Dr. h. c. Thomas Koller,
als Dissertation angenommen.

*Meiner Mutter und
meiner Grossmutter Erika*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 25. Mai 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Dissertation angenommen. Judikatur, Literatur sowie Materialien wurden bis Februar 2023 berücksichtigt.

Zum Dank verpflichtet bin ich allen voran meinem Doktorvater, Prof. Dr. Frédéric Krauskopf, der mir ein wichtiger Gesprächspartner und Ratgeber war und mich auch während der COVID-19-Pandemie sowohl in fachlicher als auch in menschlicher Hinsicht stets unterstützt hat. Prof. em. Dr. Dr. h. c. Thomas Koller danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens sowie für seine wertvollen Hinweise. Sehr dankbar bin ich auch Prof. em. Dr. Bruno Huwiler, der mein Interesse an der vorliegend behandelten Thematik weckte und mir für einen wissenschaftlichen Gedankenaustausch zur Seite stand.

Dem Schweizerischen Nationalfonds (SNF) sei für die grosszügige finanzielle Unterstützung bei der Open-Access-Publikation dieser Arbeit gedankt.

Mein letzter und grösster Dank gilt meiner Mutter sowie meiner Grossmutter Erika. Sie beide haben mich während meiner gesamten Ausbildung bedingungslos unterstützt. So hat meine Grossmutter gar in ihrem 91. Lebensjahr die minutiöse Durchlese mehrerer Kapitel übernommen. Diese grossartige Frauenpower war und ist meine Kraft- und Inspirationsquelle. Ihnen widme ich dieses Buch.

Aarau, im Oktober 2023

Ricarda Stoppelhaar

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XLV
Abkürzungsverzeichnis	XLVII

Kapitel 1: Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
§1 Einleitung und Problemstellung	1
§2 Gegenstand der Untersuchung: Die indirekte Stellvertretung	3
§3 Gang der weiteren Untersuchung	17

Kapitel 2: Grundlagen	19
§1 Einleitung	19
§2 Der Begriff des Verpflichtungsgeschäfts	20
§3 Der Verfügungsbegriff	25
§4 Der Begriff des Zustimmungsgeschäfts	35

Kapitel 3: Abgrenzung der indirekten Stellvertretung von anderen Rechtsfiguren	47
§1 Direkte Stellvertretung	47
§2 Treuhand (Fiduzia)	77
§3 Anweisung	94
§4 Vertrag zu Gunsten Dritter	97
§5 Versicherung für fremde Rechnung	99

Kapitel 4: Das Grundverhältnis	103
§1 «Ermächtigung» zur indirekten Stellvertretung?	103
§2 Rechtliche Qualifikation	106
§3 Art. 401 OR – als Spezialbestimmung des Grundverhältnisses	123
§4 Nicht- oder Schlechterfüllung bei Abschluss des Drittvertrags	141
§5 Ergebnisse	142

Kapitel 5: Der Drittvertrag	145
§1 Einleitung	145
§2 Rechtliche Qualifikation	146
§3 Rechtsbeziehungen zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten	154
§4 Ansprüche bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten	167
§5 Ergebnisse	179

Kapitel 6: Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters	181
§1 Ausgangslage und Problemstellung	181
§2 Verfügungsermächtigung	182
§3 Fiduziarische Übertragung	227
§4 Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters	237
§5 Ergebnisse	250

Kapitel 7: Rechtsinhaberschaft an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen	253
§1 Einleitung	253
§2 Rechtserwerb des indirekten Stellvertreters	254
§3 Konstruktionen zur Begründung eines Direkterwerbs des indirekt Vertretenen	266
§4 Ergebnisse	276

Kapitel 8: Ergebnisse	279
------------------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis	XLV
Abkürzungsverzeichnis	XLVII

Kapitel 1: Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
§1 Einleitung und Problemstellung	1
§2 Gegenstand der Untersuchung: Die indirekte Stellvertretung	3
1. Definition	3
a. Allgemeine Definition und Terminologie	3
b. Kritische Würdigung	5
c. Hier vertretene Definition und Terminologie	7
aa. Ausgangslage und methodisches Vorgehen	7
bb. Induktive Definitionsbestimmung	8
aaa. Analyse von Art. 425 Abs. 1 OR	8
bbb. Konzeption der indirekten Stellvertretung	9
ccc. Ergebnis	12
cc. Zur Terminologie insbesondere	12
2. Motive zur indirekten Stellvertretung	14
3. Einschränkungen	16
§3 Gang der weiteren Untersuchung	17

Kapitel 2: Grundlagen	19
§1 Einleitung	19
§2 Der Begriff des Verpflichtungsgeschäfts	20
1. Im Allgemeinen	20
2. Die Relativität der Verpflichtung	21
a. Der Relativitätsgrundsatz – Im Allgemeinen	21
b. Bedeutung für die indirekte Stellvertretung	23
§3 Der Verfügungsbegriff	25
1. Im Allgemeinen	25
2. Wirkungen der Verfügung	26

a. Herrschende Lehre	26
b. Minderheitsmeinung	27
c. Stellungnahme	27
3. Einteilung der Verfügungsgeschäfte	29
4. Zur Unterscheidung von Verfügungsmacht und Verfügungsfähigkeit	31
5. Exkurs: Übertragung von Fahrniseigentum	32
6. Ergebnis	34
§4 Der Begriff des Zustimmungsgeschäfts	35
1. Ausgangslage und Einschränkung für die vorliegende Arbeit	35
2. Einteilung der Zustimmungsgeschäfte	36
a. Vorgehen	36
b. Dichotomie der vorgängigen Zustimmungsgeschäfte	38
aa. Die Zustimmung als Erteilung einer Machtbefugnis	38
aaa. <i>Dogmatik der Machtbefugnisse</i>	38
bbb. <i>Die Vollmacht</i>	40
ccc. <i>Die Ermächtigung</i>	42
bb. Die Zustimmung als reines Hilfsrechtsgeschäft – Einwilligung	43
c. Die nachträgliche Zustimmung – Genehmigung	44
3. Ergebnis	45

Kapitel 3: Abgrenzung der indirekten Stellvertretung von anderen Rechtsfiguren

§1 Direkte Stellvertretung	47
1. Grundsätzliches zur direkten Stellvertretung	47
2. Unterscheidungsmerkmale der beiden Rechtsfiguren	49
3. Abgrenzung von direkter und indirekter Stellvertretung	53
a. Ausgangspunkt: Auftreten des Stellvertreters gegenüber dem Dritten	53
aa. Handeln im fremden Namen	53
bb. Handeln im eigenen Namen	55
cc. Leitlinien zur Interpretation der Erklärung des Stellvertreters	57
dd. Beweislast	60
aaa. <i>Allgemein</i>	60
bbb. <i>Vermutung für ein Handeln im eigenen Namen?</i>	60
aaaa. <i>Rechtsprechung und Herrschende Lehre</i>	60

bbb.	<i>Minderheitsmeinung</i>	61
cccc.	<i>Stellungnahme</i>	62
ccc.	<i>Vermutung für ein Handeln im fremden Namen?</i>	63
b.	Gleichgültigkeit des Dritten (Art. 32 Abs. 2 in fine OR)	64
aa.	Sachlicher Anwendungsbereich	64
aaa.	<i>Allgemein</i>	64
bbb.	<i>Bezugsobjekt der Gleichgültigkeit</i>	66
aaaa.	<i>Rechtsprechung und herrschende Lehre</i>	67
bbb.	<i>Minderheitsmeinung</i>	68
cccc.	<i>Stellungnahme</i>	69
bb.	Geltendmachung	71
cc.	Auswirkungen auf die indirekte Stellvertretung	72
dd.	Nicht vereinbarte indirekte Stellvertretung	75
4.	Ergebnis	76
§2	Treuhand (Fiduzia)	77
1.	Grundsätzliches zur Treuhand	78
a.	Begriffsbestimmung	78
b.	Rechtliche Konstruktion	79
c.	Arten	81
2.	Verhältnis der Verwaltungstreuhand zur indirekten Stellvertretung	82
a.	Meinungsstand	83
aa.	Treuhänder als indirekter Stellvertreter des Treugebers	83
bb.	Abweichende Ansicht: Unterscheidung von Treuhand und indirekter Stellvertretung	84
b.	Eigene Ansicht: Partielles Überschneidungsverhältnis	86
3.	Ergebnis	94
§3	Anweisung	94
§4	Vertrag zu Gunsten Dritter	97
§5	Versicherung für fremde Rechnung	99
<hr/>		
Kapitel 4:	Das Grundverhältnis	103
§1	«Ermächtigung» zur indirekten Stellvertretung?	103
§2	Rechtliche Qualifikation	106
1.	Ausgangslage und Vorgehen	106
2.	Allgemeine Qualifikationsmerkmale des Grundverhältnisses	107
3.	Grundvertrag	109
a.	Mögliche Vertragstypen	109
b.	Verhältnis zu einer fiduziarischen Vereinbarung	112

4.	Genehmigte (echte) Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung	114
	a. Problemstellung	114
	b. Stand der Diskussion	115
	c. Stellungnahme	116
5.	Exkurs: Handeln auf Bitte des indirekt Vertretenen hin	120
§3	Art. 401 OR – als Spezialbestimmung des Grundverhältnisses ...	123
	1. Regelungsinhalt und dessen Bedeutungsgehalt für die indirekte Stellvertretung	124
	2. Anwendungsbereich	126
	3. Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR	129
	a. Rechtsnatur	129
	b. Voraussetzungen	130
	c. Wirkungen	132
	aa. Allgemein	132
	bb. Stellung des Dritten	132
	4. Legalzession im Zwangsvollstreckungsrecht (Art. 401 Abs. 2 OR)	134
	a. Anwendungsbereich	134
	b. Besonderheiten im Vergleich zu Art. 401 Abs. 1 OR	135
	aa. Allgemein	135
	bb. Gegenstand – Forderungen gegen Vierte	135
	5. Aussonderung nach Art. 401 Abs. 3 OR	137
	a. Voraussetzungen	137
	b. Erstreckung auf Immobilien?	138
	c. Wirkungen	139
	6. Anwendbarkeit von Art. 401 OR auf die Erwerbstreuhand ...	140
§4	Nicht- oder Schlechterfüllung bei Abschluss des Drittvertrags ...	141
§5	Ergebnisse	142
<hr/>		
	Kapitel 5: Der Drittvertrag	145
§1	Einleitung	145
§2	Rechtliche Qualifikation	146
	1. Im Allgemeinen	146
	2. Drittvertrag und Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR) ...	148
	3. Drittvertrag und Substitution	149
	4. Verhältnis zur Anweisung	154
§3	Rechtsbeziehungen zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten	154

1. Grundsatz: keine unmittelbaren Forderungsrechte	154
2. Ausnahmefälle	155
a. Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen	155
b. Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen	158
c. Direktanspruch des indirekt Vertretenen im Fall der Substitution (Art. 399 Abs. 3 OR)	161
aa. Im Allgemeinen	161
bb. Verhältnis zwischen Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 401 OR	163
§4 Ansprüche bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten	167
1. Ausgangslage und Problemstellung	167
2. Die Drittschadensliquidation	171
a. Konzeption	171
b. Dogmatische Begründung	173
c. Aktivlegitimation	175
3. Exkurs: Drittvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter?	176
§5 Ergebnisse	179
<hr/>	
Kapitel 6: Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters	181
§1 Ausgangslage und Problemstellung	181
§2 Verfügungsermächtigung	182
1. Einleitung	182
2. Rechtsgrundlage der Verfügungsermächtigung	185
a. Dogmatische Begründung in der schweizerischen Literatur	185
aa. Lückenausfüllende Rechtsanwendung praeter legem	185
bb. Herleitung aus Art. 933 ZGB	185
b. Stellungnahme	186
3. Weiteres methodisches Vorgehen	187
4. Die Verfügungsermächtigung im Allgemeinen	188
a. Konzeption	188
b. Adressat	190
c. Gegenstand	191
d. Rechtswirkungen	195
5. Abgrenzung zur Einziehungsermächtigung	196
6. Abstraktheit der Verfügungsermächtigung?	198
a. Das Dogma der Abstraktheit	199
b. Stellungnahme	200

7. Modalitäten der Verfügungsermächtigung im Einzelnen	202
a. Umfang	202
aa. Im Allgemeinen	202
bb. Beim Handeln auf eigene Rechnung	203
cc. Bei der indirekten Stellvertretung	204
b. Beschränkung und Widerruf	205
aa. Grundsatz – jederzeitige Widerruflichkeit	205
bb. Ausnahme – unwiderrufliche Verfügungsermächtigung	207
c. Weitere Erlöschensgründe	208
d. Fortbestehen der Verfügungsermächtigung trotz Eintritt eines Erlöschensgrundes?	209
8. Rechtslage bei fehlender oder umfangmässig überschrittener Verfügungsermächtigung	210
a. Gutgläubensschutz des Erwerbers	210
aa. Gutgläubensschutz nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB	210
aaa. <i>Im Allgemeinen</i>	210
bbb. <i>Besonderheiten bei der Übertragung durch einen indirekten Stellvertreter</i>	212
aaaa. <i>Anwendungsbereich</i>	212
bbbb. <i>Anforderungen an den guten Glauben des Dritten</i>	212
cccc. <i>Rechtswirkungen</i>	217
ccc. <i>Exkurs: Gutgläubensschutz nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB beim Erwerb vom direkten Stellvertreter</i>	218
bb. Gutgläubensschutz bei Kundgabe der Verfügungsermächtigung?	220
b. Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten	222
aa. Grundsätzliches	222
bb. Dogmatisches Verständnis der Genehmigung	223
cc. Die Genehmigungszuständigkeit	223
dd. Der Schwebezustand bis zur Genehmigung	225
9. Zwischenergebnis	226
§3 Fiduziarische Übertragung	227
1. Ausgangslage und Problemstellung	227
2. Die causa bei der fiduziarischen Übertragung	229
a. Stand der Diskussion	229
b. Eigene Einschätzung	231

- 3. Aussonderung des Treuguts nach Art. 401 OR? 234
 - a. Stand der Diskussion 234
 - b. Hier vertretene Ansicht 235
- 4. Zwischenergebnis 236
- §4 Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters 237
 - 1. Fragestellung 237
 - 2. Bedeutungsgehalt von Art. 396 Abs. 2 OR 238
 - a. Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre 238
 - b. Hier vertretene Auffassung 241
 - aa. Vermutung einer entsprechenden Machtbefugnis des Beauftragten bei der Auftragsausführung in direkter wie auch in indirekter Stellvertretung 241
 - bb. Ableitung einer allgemeinen Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters 245
 - c. Bedeutung im Verhältnis zu Dritten 246
 - 3. Ausnahmen nach Art. 396 Abs. 3 OR 248
 - 4. Zwischenergebnis 249
- §5 Ergebnisse 250

Kapitel 7: Rechtsinhaberschaft an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen 253

- §1 Einleitung 253
- §2 Rechtserwerb des indirekten Stellvertreters 254
 - 1. Das Prinzip der «zwei Übertragungsakte» beim Erwerb vom Dritten 254
 - 2. Besonderheiten beim Erwerb beweglicher Sachen 256
 - a. Weiterübertragung auf den indirekt Vertretenen durch Besitzeskonstitut 256
 - b. Gutgläubiger Erwerb vom Dritten (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) 259
 - aa. Ausgangslage und Problemstellung 259
 - bb. Vorab: Zur Wissenszurechnung bei der direkten Stellvertretung 259
 - cc. Einfluss der Bösgläubigkeit eines Beteiligten bei der indirekten Stellvertretung 261
- §3 Konstruktionen zur Begründung eines Direkterwerbs des indirekt Vertretenen 266

1. Direkterwerb gestützt auf Art. 32 Abs. 2 <i>in fine</i> OR?	266
a. Herrschende Meinung	267
b. Mindermeinung	268
c. Stellungnahme	269
2. Anerkennung einer Erwerbsermächtigung?	272
3. Verfügungsvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen?	273
§4 Ergebnisse	276
<hr/>	
Kapitel 8: Ergebnisse	279

Literaturverzeichnis

Gesetzeskommentare

BK-AUTOR: Heinz Hausheer / Hans P. Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012

BK-BECKER

- Hermann Becker, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941
- Hermann Becker, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934

BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER: Eugen Bucher/Regina E. Aebi-Müller, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017

BK-FELLMANN: Walter Fellmann, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992

BK-FELLMANN/MÜLLER: Walter Fellmann / Karin Müller, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Bern 2006

BK-GAUTSCHI

- Georg Gautschi, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 3. Aufl., Bern 1971
- Georg Gautschi, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR, 2. Aufl., Bern 1964
- Georg Gautschi, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, 2. Aufl., Bern 1962

BK-KRAMER/SCHMIDLIN: Ernst A. Kramer / Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986

- BK-LEEMANN: Hans Leemann, Berner Kommentar, Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Bern 1920
- BK-MÜLLER: Christoph Müller, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018
- BK-SCHMIDLIN: Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Aufl., Bern 2013
- BK-STARK/LINDENMANN: Emil W. Stark / Barbara Lindenmann, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016
- BK-WEBER/EMMENEGGER: Rolf H. Weber / Susan Emmenegger, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl., Bern 2020
- BK-WEBER/VON GRAFFENRIED: Rolf H. Weber / Caroline von Graffenried, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Beziehungen zu dritten Personen, Art. 110-113 OR, 2. Aufl., Bern 2022
- BK-ZÄCH/KÜNZLER: Roger Zäch / Adrian Künzler, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 2. Aufl., Bern 2014
- BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT: Corinne Zellweger-Gutknecht, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 7. Teilband: Das Erlöschen der Obligation, 2. Unterteilband: Verrechnung (Art. 120-126 OR), Bern 2012
- BK-ZOBL: Dieter Zobl, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband: Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB), 2. Aufl., Bern 1996
- BK-ZOBL/THURNHERR: Dieter Zobl / Christoph Thurnherr, Berner Kommentar, Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 3. Aufl., Bern 2010
- BSK-AUTOR: Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020
- BSK-AUTOR: Heinrich Honsell / Nedim P. Vogt / Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016

- BSK-AUTOR: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022
- BSK-AUTOR: Thomas Geiser / Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Aufl., Basel 2023
- BSK-AUTOR: Daniel Staehelin / Thomas Bauer / Franco Lorandi (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 159-352 SchKG, 3. Aufl., Basel 2021
- BSK-AUTOR, 1. Aufl.: Heinrich Honsell / Nedim P. Vogt / Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001
- BSK-AUTOR: Pascal Grolimund / Leander D. Loacker / Anton K. Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., Basel 2022
- CHK-AUTOR: Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Art. 1-456 ZGB, inkl. Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CHK-AUTOR: Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CHK-AUTOR: Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CHK-AUTOR: Claire Huguenin / Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CHK-AUTOR: Vito Roberto / Hans R. Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Art. 530-771 OR inkl. VegüV, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016
- CR-AUTOR: Luc Thévenoz / Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 3. Aufl., Basel 2021
- CR-AUTOR: Pascal Pichonnaz / Bénédicte Foëx / Denis Piotet (Hrsg.), Commentaire romand, Code civil II, Art. 457-977 CC, Art. 1-61 Tit. fin. CC, Basel 2016

- FICK/MORLOT: Friedrich Fick/ Alfred von Morlot, Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Titel 1-22, mit leicht fasslichen Erläuterungen, Zürich 1915
- HK-AUTOR: Willi Fischer / Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/ St. Gallen 2016
- KuKo-AUTOR: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014
- MüKo-AUTOR: Franz J. Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1-240 BGB, Allg PersönlR, AGG, 9. Aufl., München 2021
- MüKo-AUTOR: Ingo Drescher / Holger Fleischer / Karsten Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5: Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 343-406, CISG, 5. Aufl., München 2021
- OFK-AUTOR: Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023
- OFK-AUTOR: Jolanta Kren Kostkiewicz / Stephan Wolf / Marc Amstutz / Roland Fankhauser (Hrsg.), OR Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021
- SHK-AUTOR: Boris Etter / Nicolas Facincani / Reto Sutter (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319-355 OR sowie Art. 361/362 OR, Bern 2021
- SHK-HAUSHEER/JAUN: Heinz Hausheer / Manuel Jaun, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003
- Staudinger-AUTOR, 2014: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240 BGB, Berlin 2014
- Staudinger-AUTOR, 2019: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240 BGB, Berlin 2019
- Staudinger-AUTOR: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328-345 BGB, Berlin 2020

- Staudinger-AUTOR: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3: Sachenrecht, §§ 925-931, Anhang zu §§ 929 ff., Sicherungsübereignung, §§ 932-984 BGB, Berlin 2020
- ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL: Robert Haab / August Simonius / Werner Scherrer / Dieter Zobl, Zürcher Kommentar, Band IV: Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1977
- ZK-HANDSCHIN/VONZUN: Lukas Handschin / Reto Vonzun, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Abteilung 4a: Die Personengesellschaften, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
- ZK-HOMBERGER: Arthur Homberger, Zürcher Kommentar, Band IV: Sachenrecht, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919-977 ZGB, 2. Aufl., Zürich 1938
- ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN: Peter Jäggi / Peter Gauch / Stephan Hartmann, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- ZK-JUNGO: Alexandra Jungo, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Beweislast, Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018
- ZK-KLEIN: Jean-Philippe Klein, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- ZK-OFTINGER/BÄR: Karl Oftinger / Rolf Bär, Zürcher Kommentar, Band IV: Sachenrecht, Abteilung 2c: Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981
- ZK-OSER: Hugo Oser, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1-529 OR, Zürich 1915
- ZK-OSER/SCHÖNENBERGER: Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, 1. Teil (Halbband): Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929
- ZK-OSER/SCHÖNENBERGER: Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936

- ZK-OSER/SCHÖNENBERGER: Hugo Oser / Wilhelm Schönenberger, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, 3. Teil (Halbband): Art. 419-529 OR, 2. Aufl., Zürich 1945
- ZK-SCHMID: Jörg Schmid, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 3a: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, 3. Aufl., Zürich 1993
- ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI: Wilhelm Schönenberger / Peter Jäggi, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973
- ZK-SCHÖNLE: Herbert Schönle, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung: Art. 184-191 OR, 3. Aufl., Zürich 1993
- ZK-SCHRANER: Marius Schraner, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000
- ZK-SPIRIG: Eugen Spirig, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993
- ZK-STAEHELIN: Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 2c: Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

Monographien, Aufsätze, Lehrbücher und übrige Literatur

- ADAM, Einziehungsermächtigung: Helmut Adam, Die Einziehungsermächtigung, ihre materiellrechtliche und prozessuale Seite, Diss. Tübingen, Stuttgart 1962
- AEBY, Geschäftsführung: Kurt Aeby, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1928
- AFFOLTER, Vollmacht: A. Affolter, Die Vollmacht nach schweizerischem Obligationenrecht, ZBJV 21 (1885), S. 8 ff.
- ARMBRÜSTER
- vertragliche Haftung: Christian Armbrüster, Drittschäden und vertragliche Haftung, recht 1993, S. 84 ff.

- Drittschäden: Christian Armbrüster, Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia?, in: Eugen Bucher / Claus-Wilhelm Canaris / Heinrich Honsell / Thomas Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 71 ff.

ARROYO, Vollmacht: Manuel Arroyo, Kein Erlöschen der Vollmacht mit Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers bei vorgängiger Vereinbarung ihres Weiterbestehens – Urteil 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005, ZBJV 141 (2005), S. 620 ff.

AVNI, extinction: Hüseyin Avni, L'extinction du pouvoir de représentation et les effets qui en découlent, Diss. Genf 1934

BÄRTSCHI, Relativität: Harald Bärtschi, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009

BECKER, Ermächtigung: Herbert Becker, Die Lehre von der Ermächtigung, Diss. Köln, Bochum 1933

BEILSTEIN, OR 401: Werner Beilstein, Die Beziehungen zwischen SchKG 201, 202 und OR 401, Diss. Zürich 1977

BEKKER, Pandekten II: Ernst Immanuel Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. II, Weimar 1889

BERGER

- Rechtsscheinhaftung: Bernhard Berger, Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung – Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 324, recht 2002, S. 201 ff.
- Treuhand: Bernhard Berger, Treuhand- und Trustverhältnisse in der Einzelzwangsvollstreckung und im Konkurs, zzz 18 (2008/2009), S. 147 ff.
- Schuldrecht: Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Aufl., Bern 2018

BERGER/GÜNGERICH, Prozessführungsbefugnis: Bernhard Berger/Andreas Güngerich, Die Prozessführungsbefugnis des Lizenznehmers, recht 2003, S. 133 ff.

- BERGER, Kommissionsgeschäft: Wilmar Berger, Das Kommissionsgeschäft, im Rechtsvergleich und Internationalprivatrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsbeziehungen zu Drittpersonen, Diss. Freiburg i.Ue., Düsseldorf 1955
- BIERMANN, Kommissionsvertrag: Fritz Biermann, Der Kommissionsvertrag unter Berücksichtigung der Interessenlage im französischen, spanischen und italienischen Recht (im Vergleich mit dem deutschen Recht), Diss. Erlangen, Nürnberg 1928
- BLOCH, Treuhandvertrag: Konrad Bloch, Die gesetzliche Ausgestaltung des Treuhandvertrages im schweizerischen Recht, SJZ 51 (1955), S. 51 ff.
- BRÜGGEMANN, Ermächtigung: Georg Brüggemann, Die Verpflichtungsermächtigung, Ein Beitrag zur Ermächtigungslehre und zum Problem der indirekten Stellvertretung, Diss. Köln, Düsseldorf 1939
- BUCHER
- Aktionendenken: Eugen Bucher, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), S. 1 ff.
 - ORAT: Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
 - ORBT: Eugen Bucher, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988
 - Schuldverhältnis: Eugen Bucher, «Schuldverhältnis» des BGB: ein Terminus – drei Begriffe, 140 Jahre Wanderung eines Wortes durch die Institutionen, und wie weiter?, in: Eugen Bucher / Claus-Wilhelm Canaris / Heinrich Honsell / Thomas Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 93 ff.
- BUTSCHER-SCHWARZ, Innenverhältnis, Suzanne Butscher-Schwarz, Die Bedeutung des Innenverhältnisses für die Auslegung der Vollmacht, Diss. Basel 1954
- BYDLINSKI, Methodenlehre: Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien / New York 1991
- CERUTTI, Untervertrag: Romeo Cerutti, Der Untervertrag, Diss. Freiburg i.Ue. 1990
- CHAIX, sous-traitance: François Chaix, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, Limites du principe de la relativité des conventions, Diss. Genf, Basel / Frankfurt am Main 1995

CHAPPUIS

- restitution: Christine Chappuis, La restitution des profits illégitimes, Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Diss. Genf, Basel / Frankfurt am Main 1991
- procuration: Christine Chappuis, Abus du pouvoir de représentation : le fondé de procuration devenu organe, AJP 1997, S. 689 ff.

CHAPPUIS/DATWYLER, titre: Christine Chappuis / Patricia Datwyler, Titre de procuration: La protection de la bonne foi selon les Art. 33, art. 34 et art. 36 CO, SJ 1987, S. 241 ff.

CHOU, Wissen: Han-Lin Chou, Wissen und Vergessen bei juristischen Personen, Diss. Basel, Basel/Genf/München 2002

COING, Treuhand: Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, München 1973

DANUSER, Anscheinsvollmacht: Martin Danuser, Die Anscheinsvollmacht, Gutgläubensschutz im Vollmachtsrecht, Diss. Bern, Cazis 1975

DE GOTTRAU, cession: Nicolas de Gottrau, Cession à fin de garantie: droit du cédant de faire valoir en son nom une créance cédée contre le débiteur cédé, SZW 2007, S. 113 ff.

DE SAUSSURE, acte juridique: Claude de Saussure, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation, Diss. Lausanne 1945

DERENDINGER, Erfüllung: Peter Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Diss. Freiburg i.Ue. 1990

DÖBELI, Auswirkungen: Thirza Döbeli, Bankvertragsrechtliche Auswirkungen von internationalen Finanzsanktionen, unter besonderer Berücksichtigung der Sperrung von Geldern, Diss. Bern, Zürich / St. Gallen 2020

DOERNER, Abstraktheit: Ruth Doerner, Die Abstraktheit der Vollmacht, Zur mangelnden Begründbarkeit eines bürgerlichrechtlichen Lehrsatzes, Diss. Heidelberg, Berlin 2018

DORIS

- Ermächtigung: Philippos Doris, Die Rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, Diss. München 1974
- Stellvertretung: Philippos Doris, Die unmittelbare Stellvertretung des BGB im Lichte funktions- und strukturähnlicher Rechtsgebilde anderer

Rechtsordnungen, in: Claus-Wilhelm Canaris / Uwe Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 161 ff.

DROIN

- représentation indirecte: Jacques Droin, La représentation indirecte en droit Suisse, Diss. Genf 1956
- acte fiduciaire: Jacques Droin, Acte fiduciaire et représentation indirecte, SJZ 55 (1959), S. 137 ff.
- indifférence: Jacques Droin, L'indifférence du tiers en matière de représentation, Art. 32 Al. 2 CO, ZSR 110 I (1969), S. 449 ff.

DROZ, substitution: Johan Droz, La substitution dans le contrat de mandat, Diss. Genf, Zürich/Basel/Genf 2008

EGGEL, Surrogation: Martin Eggel, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Bern 2013

EICHNER, Treugeber: Mark Eichner, Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand, Unter besonderer Berücksichtigung des Haager Trust Übereinkommens und des Aussonderungsanspruchs, Diss. Basel 2007

ENGEL

- traité: Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997
- contrats: Pierre Engel, Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Bern 2000

ERBE, fiducia: Walter Erbe, Die Fiduzia im römischen Recht, Weimar 1940

ERZER, Rechtsgeschäft: Hans Erzer, Das fiduciarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht, Insbesondere die Möglichkeit einer beschränkten Aussonderung gemäss OR Art. 401, Rechtsvergleichend zum deutschen und englischen Rechte dargestellt, Diss. Basel 1938

FELLMANN/SCHWARZ, Entscheidung: Walter Fellmann/Jörg Schwarz, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 27.6.1995, T. c. Bank X, Berufung (=BGE/ATF 121 III 310), AJP 1996, S. 96 ff.

FLUME, Rechtsgeschäft: Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 1992

- FOURNIER, connaissance: Annick Fournier, L'imputation de la connaissance, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2021
- FRIEDRICH, Auftragsrecht: Hans-Peter Friedrich, Fragen aus dem Auftragsrecht, ZBJV 91 (1955), S. 449 ff.
- FUHRER, Privatversicherungsrecht: Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011
- GANZ, Fremdversicherung: Ronald Ganz, Die Fremdversicherung in der Schadens-, Lebens- und Unfallversicherung, Diss. Bern, Zürich 1972
- GAUCH, Werkvertrag: Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ORAT: Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT: Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- GAUTSCHI
- fiduziarisches Rechtsverhältnis: Georg Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45 (1949), S. 301 ff.
 - Geschäftsführung: Georg Gautschi, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953
 - OR 401: Georg Gautschi, Artikel 401 OR, SJZ 51 (1955), S. 149 ff.
 - causa: Georg Gautschi, Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragungen, SJZ 54 (1958), S. 245 ff.
- GIGER, Vollmachtsmitteilung: Marcel Giger, Vollmachtsmitteilung nach Art. 33 Abs. 3 OR – Voraussetzungen für den Vertrauensschutz, BGE 120 III 197 ff., recht 1995, S. 28 ff.
- GILLIARD, représentation: François Gilliard, La représentation directe dans le Code des obligations: un chef-d'œuvre d'incohérence, in: Peter Forstmoser/Anton Heini/Hans Giger/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 161 ff.
- GREMELS, Treuhand: Hans Gremmels, Treuhand und mittelbare Stellvertretung, Diss. Göttingen, Düsseldorf 1936

GUBLER

- Vertretung: Friedrich T. Gubler, Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht, Rechtswirklichkeit – Rechtsdogma – Rechtskritik, mit einem Beitrag zum Problem des Treuhandrechtes, Diss. Zürich, Aarau 1940
- Treuhand: Friedrich T. Gubler, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?, ZSR 73 (1954), S. 215a ff.

GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, contrats: Daniel A. Guggenheim / Anath Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5. Aufl., Bern 2014

GUHL/AUTOR, OR: Theo Guhl / Alfred Koller / Anton K. Schnyder / Jean N. Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000

HAEDICKE, Verfügungsbegriff: Maximilian Haedicke, Der bürgerlich-rechtliche Verfügungsbegriff, JuS 41 (2001), S. 966 ff.

HAGENBÜCHLI, Geschäftsführer: Hermann A. Hagenbüchli, Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag und ihre Voraussetzungen, Diss. Zürich, Davos 1926

HAHN, Einziehungsermächtigung: Josef Hahn, Die Einziehungsermächtigung, Diss. Marburg 1933

HAU, Vertragsanpassung: Wolfgang J. Hau, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Habil. Trier, Tübingen 2003

HEFTI, Stellvertretung: Frederick G. Hefti, Die Wirkungen der direkten Stellvertretung im schweizerischen und englischen Recht, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, Diss. Basel 1936

HELG, placement: Pierre Helg, Le placement et le credit fiduciaries en droit suisse, Diss. Genf 1982

HENCKEL, Einziehungsermächtigung: Wolfram Henckel, Einziehungsermächtigung und Inkassoession, in: Gotthard Paulus / Uwe Diederichsen / Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.) Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 643 ff.

HENN

- Bauwesenversicherung: Matthias-Christoph Henn, Die Bauwesenversicherung, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich 2018

- Drittschadensliquidation: Thomas Henn, Zur Daseinsberechtigung der so genannten «Drittschadensliquidation», Diss. Heidelberg, Berlin 2011

HINDERLING, SPR V/1: Hans Hinderling, Schweizerisches Privatrecht, Band V: Sachenrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1977, S. 403 ff.

HODLER, Widerruf: Ernst Hodler, Der Widerruf nach schweizerischem Obligationenrecht verglichen mit dem deutschen Recht, Diss. Bern 1909

HOFFER, Personenrecht: Sibylle Hofer, Personenrecht, Basel 2019

HOFSTETTER, SPR VII/6: Josef Hofstetter, Schweizerisches Privatrecht, Band VII: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. Teilband: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000

HOLENSTEIN, Verfügungsberechtigter: Peter Holenstein, Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten, Diss. Zürich 1975

HÖNSCH, mittelbare Stellvertretung: Robert Hönsch, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, unter besonderer Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Diss. Marburg 1933

HONSELL

- Treuhand: Heinrich Honsell, Treuhand und Trust in Schuldbetreibung und Konkurs, recht 1993, S. 73 ff.
- Tradition: Heinrich Honsell, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, in: Eugen Bucher / Claus-Wilhelm Canaris / Heinrich Honsell / Thomas Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 349 ff.
- OR/BT: Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017

HOWALD, dinglicher Vertrag: Martin Howald, Der dingliche Vertrag, Diss. Zürich 1946

HRUBESCH-MILLAUER/JAUSSI, Vermögenssorge: Stephanie Hrubesch-Millauer / Martina Jaussi, Instrumente der Vermögenssorge – das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Auftrag und zur Vollmacht, AJP 2014, S. 1281 ff.

HUGUENIN, AT/BT: Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019

- HUPKA, Vollmacht: Josef Hupka, Die Vollmacht, Eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, Diss. Leipzig 1900
- HÜRLIMANN-KAUP, Gefälligkeit: Bettina Hürlimann-Kaup, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg i.Ue. 1999
- HURNI, Vermögensübertragung: Christoph Hurni, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Vergleichende Studie zu einem neuen Institut des Fusionsgesetzes, Diss. Bern, Zürich/Basel/Genf 2008
- HURST-WECHSLER, Eigentumserwerb: Martina Hurst-Wechsler, Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB, Diss. Zürich 2000
- HUWILER, Rechtsverwirklichung: Bruno Huwiler, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung: zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB), in: Bruno Schmidlin (Hrsg.), *Vers un droit privé européen commun?*, Skizzen zum gemein-europäischen Privatrecht, Beiheft zur ZSR, Heft 16, Basel 1994, S. 57 ff.
- ISENRING
- Strafbarkeit: Bernhard Isenring, Die Strafbarkeit des direkten bürgerlichen Stellvertreters nach Art. 158 Ziff. 2 StGB. Mit einer ausführlichen Darstellung des bürgerlichen Stellvertretungsrechts, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2007
 - Vertretungswirkung: Bernhard Isenring, Vertretungswirkung durch den falsus procurator, Bei der direkten bürgerlichen Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR, in: Bernhard Isenring / Martin A. Kessler (Hrsg.), *Schutz und Verantwortung, Liber amicorum für Heinrich Honsell*, Zürich / St. Gallen 2007, S. 87 ff.
- JÄGGI, Diskussionsvotum: Peter Jäggi, Diskussionsvotum anlässlich der Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1954, Sitzung vom 5. September 1954, ZSR 73 (1954), S. 536a ff.
- JENNY, Warenkommission: Hans Jenny, Die Aussenseite der Warenkommission in der Rechtsvereinheitlichung, unter Berücksichtigung des deutschen, schweizerischen, englischen und amerikanischen Rechts, Diss. Freiburg i.Ue. 1962

JOST, Übergang: Arthur Jost, Der Übergang von Eigentums- und Forderungsrechten vom Beauftragten auf den Auftraggeber (Art. 401 OR), ZSR 72 (1953), S. 131 ff.

KADUK, Verfügungen: Hubert Kaduk, Fragen zur Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten eines Dritten, in: Claus-Wilhelm Canaris / Uwe Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 303 ff.

KELLER, Rechtsgeschäft: Rolf Keller, Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht, Diss. Bern 1944

KELLER/SCHÖBI

- Schuldrecht I: Max Keller / Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel / Frankfurt am Main 1988
- Schuldrecht IV: Max Keller / Christian Schöbi, Das Schweizerische Schuldrecht, Band IV: Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, 2. Aufl., Basel / Frankfurt am Main 1985

KOLLER

- Vertragsverletzung: Alfred Koller, Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen, AJP 1992, S. 1483 ff.
- OR AT: Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017

KOLLER/KISSLING, Anweisung: Thomas Koller / Christa Kissling, Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Berner Bankrechtstag 2000, Band 7: Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Bern 2000, S. 23 ff.

KOTTHAUS, Ermächtigung: Adolf Kotthaus, Die Ermächtigung, Diss. Erlangen, Coburg 1933

KRAMER, Methodenlehre: Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019

KRAUSKOPF

- Schuldanerkennung: Frédéric Krauskopf, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 2003
- Präjudizienbuch: Frédéric Krauskopf, Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Peter Gauch / Hubert Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020), 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021

- Vertrag: Patrick Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg i.Ue. 2000
- KUMMER, causa: Max Rudolf Kummer, Beiträge zur Lehre von der causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlass von Forderungen, Diss. Bern 1942
- KÜNZLE, Stellvertretungsrecht: Hans R. Künzle, Der direkte Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts, Diss. St. Gallen, Bern 1986
- LABAND, Stellvertretung: Paul Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1866, S. 183 ff.
- LANDTWING, falsus procurator: Hans Landtwing, Der Falsus procurator im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern, Zug 1929
- LANG/SCHNYDER, Eigentum: Christoph Lang / Florian Schnyder, Der Nachweis des Eigentums an nicht verbrieften Inhaberaktien, Besprechung der Urteile 4A_314/2016 und 4A_320/2016 des schweizerischen Bundesgerichts vom 17. November 2016, GesKR 2017, S. 101 ff.
- LANZ, aliud: Raphael Lanz, Die Abgrenzung zwischen Falschlieferung (aliud) und Schlechtlieferung (peius) und ihre Relevanz, recht 1996, S. 248 ff.
- LARENZ
 - AT BGB: Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989
 - Methodenlehre: Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin / Heidelberg / New York 1991
- LARENZ/CANARIS, Methodenlehre: Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995
- LAUKO, Abtretung: Robert Lauko, Art. 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung, Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wirkungsweise von Verfügungen, Diss. Zürich 2012
- LEIBENSON, disposition: Joël Leibenson, Les actes des disposition sur les titres intermédiés, Diss. Genf, Zürich/Basel/Genf 2013
- LEMP, Kommissionsware: Paul Lemp, Das Eigentum am Erlös aus Kommissionsware, ZSR 61 (1942), S. 281 ff.
- LISCHER, Geschäftsführung: Urs Lischer, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Diss. Basel, Basel / Frankfurt am Main 1990

- LIVER, SPR V/1: Peter Liver, Schweizerisches Privatrecht, Band V: Sachenrecht, 1. Halbband, Basel/Stuttgart 1977, S. 1 ff.
- LOHER, Kommissionsgut: Peter Loher, Das dingliche Schicksal des Kommissionsguts, AJP 2016, S. 921 ff.
- LOSER, Grundpfandverwertung: Peter Loser, Kein Staatsmonopol bei der Grundpfandverwertung, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Verwertung von Grundstücken, AJP 1998, S. 1193 ff.
- LUDEWIG, Ermächtigung: Wilhelm Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922
- MADÖRY, Verwaltungstreuhand: Paul Madöry, Die Verwaltungstreuhand und ihr Anspruch auf Anerkennung als Verwaltungsrecht in Abgrenzung zu den auf Vollrecht begründeten fiduziarischen Rechtsgeschäften, Diss. Basel 1946
- MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, Hilfeleistung: Eva Maissen / Tina Purtschert / Arnold F. Rusch, Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?, in: Jusletter vom 9. September 2013
- MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation: Leonora Marti-Schreier, Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung, Diss. Bern 2015
- MARTIN
- code: Alfred Martin, Le Code des obligations, Band I: Théorie des obligations, Genf 1919
 - contrats: Alfred Martin, Le Code des obligations, Band II: Des contrats de droit civil, Genf 1922
- MAYER, Anweisung: Paul Mayer, Die Anweisung auf Schuld, Diss. Zürich 1927
- MELI, Kommissionserlös: V. Meli, Strafflosigkeit der Aneignung des Kommissionserlöses, SJZ 21 (1924/25), S. 37 ff.
- MERZ, Legalzession: Hans Merz, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, Ein Beitrag zum Verhältnis von Auftrag und fiduziarischem Rechtsgeschäft, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 451 ff.

MINNIG, Grundfragen: Yannick Minnig, Grundfragen mehrfacher Verpflichtungsgeschäfte, Doppelverkauf – Doppelvermietung – Doppelarbeitsverhältnis, Diss. Bern 2018

MÜLLER

- Arbeitnehmersvertretung: Roland A. Müller, Die Arbeitnehmersvertretung, AJP 1997, S. 1501 ff.
- Treuhandverhältnis: Viktor Müller, Das Treuhandverhältnis, unter Berücksichtigung aktueller Fragen aus dem Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht, ZBGR 55 (1974), S. 257 ff.

MÜLLER-ERZBACH, mittelbare Stellvertretung: Rudolf Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905

MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung: Wolfram Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955

NEUNER, AT BGB: Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020

NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum: Gaby Nickel-Schweizer, Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz, Diss. Basel, Basel/Stuttgart 1977

OFTINGER, Eigentumsübertragung: Karl Oftinger, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, Diss. Bern 1933

PACHE, commission: Claude Pache, Le contrat de commission appliqué au commerce des valeurs mobilières, Étude fondée sur les principes qui régissent le droit du mandat, Diss. Lausanne 1956

PERREN, Drittschadensliquidation: Ruben Perren, Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation, ZBJV 140 (2004), S. 58 ff.

PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung: Hans A. Pestalozzi, Die indirekte Stellvertretung, Diss. Zürich 1927

PETER

- Einfluss: Hans Peter, Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz, in: Ferdinand Elsener / Wilhelm H. Ruoff (Hrsg.), Festschrift Karl Siegfried Bader, Zürich/Köln/Graz 1965, S. 321 ff.
- Eigentumsübertragung: Hansjörg Peter, Die Eigentumsübertragung an Fahrnis, BLSchK 2017, S. 137 ff.

PIOTET

- théorie: Paul Piotet, Une théorie juridique allemande en suisse: La responsabilité contractuelle quant au dommage subi par un tiers, in: les étrangers en Suisse, recueil de travaux, Lausanne 1982, S. 337 ff.
- transferts: Paul Piotet, Transferts de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires, Bern 1992
- débiteur: Paul Piotet, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994

PROJER, Stimmrechtsvertretung: Kaspar Projer, Die Übermittlung des Aktionärswillens durch die unabhängige Stimmrechtsvertretung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2017

PUHLE, Drittschadensliquidation: Winfried Puhle, Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Diss. Frankfurt am Main 1982

RADBRUCH/ZWEIGERT, Einführung: Gustav Radbruch/Konrad Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft, 13. Aufl., Stuttgart 1980

RAICH, Ermächtigung: Fritz Raich, Die dogmatische Stellung der Ermächtigung, Diss. Tübingen 1962

RAPP, fiducie: Jean-Marc Rapp, La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses – état de la question, in: Michel Jaccard (Hrsg.), Droit et pratique des opérations fiduciaires en suisse, Lausanne 1994, S. 25 ff.

REGELSBERGER, Pandekten: Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Band I, Leipzig 1893

REICHEL, Gutgläubigkeit: Hans Reichel, Gutgläubigkeit beim Fahrnisserwerb, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 42 (1916), S. 173 ff.

REICHEL, Vertragsschluss: Hans Reichel, Vertragsschluss in eigenem oder in fremdem Namen?, SJZ 16 (1919/1920), S. 173 ff.

REICHSTEIN, Kommissionserlös: A. Reichstein, Strafflosigkeit der Aneignung des Kommissionserlöses, SJZ 20 (1923/24), S. 219 f.

REYMOND, acte fiduciaire: Claude Reymond, Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire, Diss. Lausanne 1948

ROCHAT, titre d'aliénation: Frédéric Rochat, Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilière, Diss. Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2002

RÜMELIN, Handeln: Max Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93 (1902), S. 131 ff.

SAUSER-HALL, Verfügungsmacht: Georges Sauser-Hall, Rechts- und Handlungsfähigkeit der natürlichen Personen, Handlungsfähigkeit – Verfügungsmacht, SJK Nr. 572, Genf 1942

SCHILKEN, Wissenszurechnung: Eberhard Schilken, Wissenszurechnung im Zivilrecht, Eine Untersuchung zum Anwendungsbereich des § 166 BGB innerhalb und ausserhalb der Stellvertretung, Bielefeld 1983

SCHLESS, mittelbare Stellvertretung: Robert Schless, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, Diss. Leipzig 1931

SCHLOSSMANN, Stellvertretung: Siegmund Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, Erster Teil: Kritik der herrschenden Lehren, Leipzig 1900

SCHMID

- Vermögensverwaltung: Dominik Schmid, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung, Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2013
- Traditionsprinzip: Hansjakob Schmid, Das Traditionsprinzip im neueren schweizerischen Sachenrecht, Diss. Zürich 1945
- GoA: Jörg Schmid, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Habil. Freiburg i.Ue. 1992

SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT: Jörg Schmid / Hubert Stöckli / Frédéric Krauskopf, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021

SCHMIDT-GABAIN, Vertretungsverhältnisse: Florian Schmidt-Gabain, Vertretungsverhältnisse und Identitätsbekanntgabepflichten anlässlich von Versteigerungen, SJZ 114 (2018), S. 129 ff.

SCHÖNLE

- Einmanngesellschaft: Herbert Schönle, Die Einmann- und Strohmanggesellschaft, unter besonderer Berücksichtigung der Fiducia, Diss. Freiburg i.Ue. 1957
- Verfügungsermächtigung: Herbert Schönle, Vertragsrecht und Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters, Zur Verfügungsbezugnis des Verkaufskommissionärs und Ermächtigungstreuhänders, in: Pierre Tercier / Marc Amstutz / Alfred Koller / Jörg Schmid / Hubert

Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 615 ff.

SCHWAGER

- Vertretung: Rudolf Schwager, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Freiburg 1974
- Architekt: Rudolf Schwager, Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, BR 1980, S. 19 ff.

SCHWAGER/MONN, Planerverträge: Rudolf Schwager / Valentin Monn, Die Vollmacht des Planers, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), Planerverträge, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, S. 205 ff.

SCHWARK, Rechtsprobleme: Eberhard Schwark, Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung, JuS 1980, S. 777 ff.

SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT: Ingeborg Schwenger / Christiana Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020

SECRÉTAN, limites: Roger Secrétan, Les limites de la contre-partie du commissionnaire dans le commerce des valeurs mobilières, in: Mélanges François Guisan, Lausanne 1950, S. 129 ff.

SEILER, Treuhand: Matthias Seiler, Trust und Treuhand im schweizerischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsstellung des Trustees, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005

SIMOKAT, Verfügungsmacht: Alexander B. Simokat, Die Verfügungsmacht, Diss. Hamburg, Berlin 2014

SIMONIUS, Kauf: August Simonius, Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Zürich 1950, S. 41 ff.

SKRIPSKY/WEBER, Verfügungen: Martin Skripsky / Rolf H. Weber, Verfügungen zugunsten Dritter, ZBJV 139 (2003), S. 249 ff.

SPALLINO, Gefälligkeit: Dennis Spallino, Haftungsmaßstab bei Gefälligkeit, Eine Studie unter ausführlicher Betrachtung gesetzlicher und richterrechtlicher Haftungsmilderungen, der Praxis «stillschweigender» Haftungsausschlüsse und des Einflusses der Haftpflichtversicherung auf die Haftung, Diss. Bonn, Karlsruhe 2016

- SPIRO, Haftung: Karl Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984
- STAEHELIN, Verfügung: Daniel Staehelin, Bedingte Verfügungen, Zürich 1993
- STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht: Adrian Staehelin / Daniel Staehelin / Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- STÄHELI, Handeln: Hermann Stäheli, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Diss. Freiburg i.Ue., Bern 1938
- STATHOPOULOS, Einziehungsermächtigung: Michael P. Stathopoulos, Die Einziehungsermächtigung, Diss. München, Karlsruhe 1968
- STEINAUER
- droits réels I: Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Band I: Introduction à l'étude des droits réels, Possession et registre foncier, Dispositions générales sur la propriété, Propriété par étages, 6. Aufl., Bern 2019
 - droits réels II: Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Band II: Propriété foncière, propriété mobilière, généralités sur les droits réels limités, servitudes foncières, 5. Aufl., Bern 2020
- STIERLI, Architektenvollmacht: Bruno Stierli, Die Architektenvollmacht, Diss. Freiburg i.Ue. 1988
- STOFFEL, Zurechnung: Leo Stoffel, Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg i.Ue., Naters 1963
- STOLL, Interessenjurisprudenz: Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: Heinrich Stoll (Hrsg.), Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur B. Schmidt, Beilageheft zu AcP 133 (1931), S. 60 ff.
- STOPPELHAAR, Herstellergarantie: Ricarda Stoppelhaar, Die Herstellergarantie, ZBJV 158 (2022), S. 67 ff.
- STÖRI, Stellvertretung: Fridolin Jost Störi, Die Regelung der Stellvertretung im kantonalen Recht vor Erlass des aOR und im aOR, Diss. Zürich 1978
- SUTER, Geschäftsführung: Richard Suter, Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1933

- SUTTER-SOMM, SPR V/1: Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Privatrecht, Band V: Sachenrecht, 1. Teilband: Eigentum und Besitz, 2. Aufl., Basel 2014
- TANDOGAN, réparation: Halûk Tandogan, La réparation du dommage causé à un tiers, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, S. 305 ff.
- TERCIER/BIERI/CARRON, contrats: Pierre Tercier / Laurent Bieri / Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016
- TERCIER/PICHONNAZ, droit: Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz, Le droit des obligations, 6. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2019
- THALMESSINGER, Vollmacht: Charlotte Thalmessinger, Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich, Affoltern 1931
- THIELE, Zustimmung: Wolfgang Thiele, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, Habil. Hamburg, Köln/Berlin/Bonn/München 1966
- THORENS, dommage: Justin Thorens, Le dommage causé à un tiers, Diss. Genf 1962
- TRAUGOTT, Drittschadensliquidation: Rainer Traugott, Das Verhältnis von Drittschadensliquidation und vertraglichem Drittschutz, Zugleich eine Lanze für die Liquidation im Drittinteresse, Diss. München, Berlin 1997
- TSCHUDI, Direktanspruch: Markus P. Tschudi, Der Direktanspruch des Berechtigten gegenüber Dritten, Ein Beitrag zur rechtssystematischen Einordnung und dogmatischen Begründung von Direktansprüchen im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2020
- TSCHUMY, revendication: Jean-Luc Tschumy, la revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée, Diss. Lausanne 1987
- TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Zivilgesetzbuch: Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015
- URBAN, Drittschadensliquidation: Werner Urban, «Vertrag» mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Diss. Frankfurt am Main, Bergisch Gladbach/Köln 1989
- VIOLAND, Stellvertretung: Georges Violand, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, Art. 38 und 39 OR, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart 1988

- VOGT, Zustimmung: Nedim P. Vogt, Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft, Einwilligung, Ermächtigung, Genehmigung und Vollmacht im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1982
- VON BÜREN, OR AT: Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- VON CAEMMERER, Drittschadensersatz: Ernst von Caemmerer, Das Problem des Drittschadensersatzes, ZBJV 100 (1964), S. 341 ff.
- VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung: Caroline von Graffenried, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienverhältnissen, Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2019
- VON HESS, Vertretungswirkung: Conradin von Hess, Die Voraussetzungen der direkten Vertretungswirkung im Entwurfe des schweiz. Zivilgesetzbuchs, Diss. Freiburg i.Ue., Bern 1906
- VON LÜBTOW, Geschäft: Ulrich von Lübtow, Das Geschäft «für den es angeht» und sogenannte «antezipierte Besitzkonstitut», ZHR 112 (1949), S. 227 ff.
- VON SAVIGNY, Obligationenrecht: Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Band II, Berlin 1853
- VON SCHEY, Obligationsverhältnisse: Josef Freiherr von Schey, Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, 1. Heft: Einleitung – Das Darlehen, Wien 1890
- VON SCHROETER, Drittschadensliquidation: Hans-Ulrich von Schroeter, Die Drittschadensliquidation in europäischen Privatrechten und im deutschen Kollisionsrecht, Diss. Osnabrück, Frankfurt am Main 1995
- VON TUHR
- unwiderrufliche Vollmacht: Andreas von Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht, in: Festschrift für Paul Laband, gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Strassburg, Tübingen 1908, S. 43 ff.
 - AT BGB I: Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910
 - AT BGB II/1: Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 1. Hälfte, München/Leipzig 1914

- AT BGB II/2: Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II: Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 2. Hälfte, München/Leipzig 1918
- Eigentumsübertragung: Andreas von Tuhr, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte, ZSR 40 (1921), S. 40 ff.
- OR AT 1. Aufl.: Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Halbband I, Tübingen 1924

VON TUHR / PETER, OR AT: Andreas von Tuhr / Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979

VON TUHR / ESCHER, OR AT: Andreas von Tuhr / Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1974

WÄLLI, Rechtsgeschäft: Pierre Wälli, Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft, Diss. Zürich 1969

WALTER

- Treuhandvertrag: Hans P. Walter, Der Treuhandvertrag, in: temi scelti di diritto contrattuale, in: atti della giornata di studio del 10 giugno 1996, Lugano 1997, S. 43 ff.
- Wissenszurechnung: Maria Walter, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, Bern 2005

WANK, Begriffsbildung: Rolf Wank, Die juristische Begriffsbildung, Habil. Köln, München 1985

WATTER

- Verpflichtung: Rolf Watter, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985
- Handel: Rolf Watter, Handel in Wertschriften auf einer Netto-Basis, in: Hans U. Walder / Tobias Jaag / Dieter Zobl (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 181 ff.
- Treuhand: Rolf Watter, Die Treuhand im Schweizer Recht, ZSR 114 II (1995), S. 179 ff.

WEBER

- Drittschadensliquidation: Rolf H. Weber, Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz, in: Fritz Sturm (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 215 ff.

- Auftrag: Rolf H. Weber, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 1992, S. 177 ff.

WEIDMANN, Kommissionsgeschäft: Arnold Weidmann, Das Kommissionsgeschäft, systematische Darstellung der Bank- und Warenkommission, Teil 1: Das Kommissionsgeschäft im allgemeinen, Rostock 1908

WIEGAND

- Sicherungsgeschäfte: Wolfgang Wiegand, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte ZBJV 116 (1980), S. 537 ff.
- Treuhandrecht: Wolfgang Wiegand, Trau, schau wem – Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz und in Deutschland, in: Norbert Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band II, München 1982, S. 565 ff.
- Einziehungsermächtigung: Wolfgang Wiegand, Die Einziehungsermächtigung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, in: Friedrich Harrer / Wolfgang Portmann / Roger Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 119 ff.

WINDSCHEID, Pandektenrecht I: Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1887

WOLLSCHLÄGER, Geschäftsführung: Christian Wollschläger, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Theorie und Rechtsprechung, Habil. Göttingen, Berlin 1976

YUNG, fiducie: Walter Yung, simulation, fiducie et fraude à la loi, in: facultés de droit des universités de Genève et Neuchâtel (Hrsg.), Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, S. 139 ff.

ZÄCH, Gleichgültigkeit: Roger Zäch, Gleichgültigkeit des Dritten nach Art. 32 Abs. 2 OR, in: Ernst Brem / Jean N. Druey / Ernst A. Kramer / Ivo Schwander (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 367 ff.

ZIKOS, Vollmacht: Georg Zikos, Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht, eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Zürich 1966

ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht: Dieter Zobl/Stefan Kramer, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004

ZUFFEREY

- représentation indirecte: Mathieu Zufferey, La représentation indirecte, Etude d'une institution de droit suisse des obligations, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2018
- l'architecte: Mathieu Zufferey, L'architecte face aux entrepreneurs: acte en nom propre ou acte au nom du maître de l'ouvrage?, BR 2019, S. 5 ff.
- transfert: Mathieu Zufferey, Le transfert de la propriété dans le contrat de commission, ZSR 139 (2020) I, S. 295 ff.

Materialienverzeichnis

Bericht 1909: Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung, betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905), vom 1. Juni 1909, BBl 1909 III 725 ff.

Botschaft, Versicherungsvertrag: Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff.

Entwurf Schweizerisches Handelsrecht von 1864 (zit. E¹⁸⁶⁴)

Entwurf 1877, Schweizerisches Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechtes., Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876., Bern 1877 (zit. E³)

Entwurf 1879, Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht., (Art. 64 der Bundesverfassung)., Entwurf des eidgenöss. Justiz- und Polizei-Departements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission., Bern Juli 1879 (zit. E⁴)

Ergebnisbericht Vernehmlassung: Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) – Ergebnisbericht vom 28. Juni 2017

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Auffassung
a.F.	alte Fassung
a.M.	andere(r) Meinung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen / Zürich)
allg.	allgemein
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 (altes OR)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizeri- schen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil)
BR	Baurecht (Zürich)
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzw.	beziehungsweise
CC	Code Civil suisse vom 10. Dezember 1907 (SR 210) = ZGB
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CR	Commentaire romand
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor
E	Entwurf
E.	Erwägung
etc.	et cetera

f./ff.	folgende (Seite/-n)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanz-institutsgesetz) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich)
gl.M.	gleicher Meinung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Habil.	Habilitation
HK	Haftpflichtkommentar
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Folge
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.Ue.	im Uechtland
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
Jh.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung (München)
Jusletter	www.weblaw.ch/jusletter
krit.	kritisch
KuKo	Kurzkommentar
lit.	litera (Buchstabe)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MüKo	Münchener Kommentar
MWSTG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz) vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)
N	Note(n)
Nr.	Nummer
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch
Prof.	Professor
recht	recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
Rn.	Randnote(n)

S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	La semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(e/er/es)
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
u.a.	unter anderem
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz) vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Frankfurt am Main)
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
zzz	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich)

Kapitel 1

Gegenstand und Gang der Untersuchung

§ 1 Einleitung und Problemstellung

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist die «*indirekte Stellvertretung*». Eine ¹ gesetzliche Regelung der indirekten Stellvertretung ist im schweizerischen Recht unterblieben. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs hingegen wird allgemein von «*indirekter Stellvertretung*» gesprochen, wenn jemand (der *indirekte Stellvertreter*) mit Wirkung für sich rechtsgeschäftlich tätig wird, gleichzeitig aber einer anderen Person (dem *indirekt Vertretenen*) gegenüber verpflichtet ist, auf sie das wirtschaftliche Ergebnis des abgeschlossenen Geschäfts durch weitere Rechtsakte zu übertragen.¹ Während also die rechtlichen Wirkungen des abgeschlossenen Geschäfts – anders als bei der direkten Stellvertretung – allein in der Person des handelnden indirekten Stellvertreters eintreten, liegt das wirtschaftliche Interesse an demselben beim indirekt Vertretenen.²

Die indirekte Stellvertretung hängt wesentlich mit dem althergebrachten ² Grundsatz der *Relativität von Schuldverhältnissen* zusammen.³ Nach diesem Grundsatz kann ein Schuldverhältnis nur Rechtswirkungen *inter partes* entfalten, d.h. zwischen den daran als Parteien Beteiligten. Dritte, die nicht Partei des Schuldverhältnisses sind, können aus dem fremden Schuldverhältnis weder verpflichtet werden noch ein Forderungsrecht ableiten.⁴ Da der indirekte Stellvertreter mit Wirkung für sich rechtsgeschäftlich tätig wird, stehen dem

1 Z.B. BERGER, Schuldrecht, N 836; BK-FELLMANN/MÜLLER, N 20 zu Art. 543 OR; ENGEL, traité, S. 407; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1426 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 1032; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 63; KOLLER, OR AT, N 21.04; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 155; NEUNER, AT BGB, § 49 N 57; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 657; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 1.

2 Vgl. NEUNER, AT BGB, § 49 N 57; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 8 f., 25.

3 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 110 ff. Vgl. MÜLLER-ERZBACH, mittelbare Stellvertretung, S. 11 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658.

4 Siehe etwa BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 43 ff.; BÄRTSCHI, Relativität, S. 11, 68 ff.; CR-THÉVENOZ, N 42 zu Art. 97 OR; ENGEL, traité, S. 18 ff.; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 73; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.06.

indirekt Vertretenen keine direkten Forderungsrechte gegenüber dem Geschäftspartner des indirekten Stellvertreters zu und umgekehrt.⁵ Ergo kann der indirekt Vertretene nur aus seinem Rechtsverhältnis zum indirekten Stellvertreter Forderungsrechte ableiten. Der indirekten Stellvertretung liegen somit zwei Rechtsverhältnisse zugrunde, die zwar nicht in rechtlicher, aber doch in wirtschaftlicher Hinsicht miteinander verbunden sind.⁶ Folglich steht bei der indirekten Stellvertretung die tatsächliche Interessenlage mit der rechtlichen Gestaltung nicht immer im Einklang.⁷

- 3 Trotz dieser Besonderheit wird die indirekte Stellvertretung in der Literatur zumeist nur rudimentär im Kontext der direkten Stellvertretung behandelt.⁸ Überhaupt liegen für das schweizerische Recht bisher lediglich wenige ausführliche Arbeiten zur indirekten Stellvertretung vor, die teilweise vor längerer Zeit entstanden sind.⁹ Die Thematik kann somit keineswegs als umfassend erörtert betrachtet werden. Eine erneute Auseinandersetzung mit der indirekten Stellvertretung scheint daher gerechtfertigt. Ziel der vorliegenden Arbeit kann indes nicht sein, sämtliche Fragestellungen in diesem Zusammenhang zu klären. Ein solches Unterfangen würde schlicht an der Fülle möglicher Ausgestaltungen der einzelnen Rechtsverhältnisse scheitern. Daher beschränkt sich die Untersuchung im Wesentlichen auf folgende Problem- punkte: Zunächst sollen der indirekten Stellvertretung schärfere Konturen verliehen werden. Dabei wird sich zeigen, dass die indirekte Stellvertretung von weitaus mehr Rechtsfiguren als nur der direkten Stellvertretung abgegrenzt werden muss. Des Weiteren ist die Arbeit ihrer Zielsetzung nach darauf gerichtet, die sich typischerweise aus dem Relativitätsgrundsatz ergebenden Schutzdefizite der einzelnen an der indirekten Stellvertretung beteiligten Personen zu identifizieren und dogmatisch vertretbare Lösungsansätze aufzuzeigen. Schliesslich soll bei einem Güterfluss zwischen den Beteiligten einerseits geklärt werden, wie der Erwerb vom Dritten und die Weiterübertragung auf

5 BK-FELLMANN, N38 zu Art. 394 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, N33 zu Art. 543 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 94; ZUFFEREY, représentation indirecte, N110.

6 Vgl. DROIN, représentation indirecte, S. 54 ff.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N110 ff.; ferner VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N13 i.V.m. N657 f.

7 So explizit BK-FELLMANN, N30 zu Art. 401 OR; NEUNER, AT BGB, § 49 N61.

8 Exemplarisch BERGER, Schuldrecht, N835 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N1424 ff.; HUGUENIN, AT/BT, N1032 f.; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 63 f.; KOLLER, OR AT, N21.04 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N40.04 f.; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N495 ff.

9 Vgl. JACQUES DROIN, La représentation indirecte en droit suisse, Diss. Genf 1956; HANS A. PESTALOZZI, Die indirekte Stellvertretung, Diss. Zürich 1927 und neuerdings auch MATHIEU ZUFFEREY, La représentation indirecte, Etude d'une institution de droit suisse des obligations, Diss. Freiburg i.Ue., Zürich/Basel/Genf 2018.

den indirekt Vertretenen ablaufen, und andererseits, wie Vermögensgegenstände des indirekt Vertretenen wirksam durch den indirekten Stellvertreter auf den Dritten übertragen werden können. Zur Klärung der letztgenannten Frage wird es unerlässlich sein, die engere Thematik der indirekten Stellvertretung zu verlassen und sich vertieft mit der Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung auseinanderzusetzen.¹⁰

Bevor jedoch der weitere Gang der Untersuchung beschrieben werden kann, muss zunächst die allgemein für die indirekte Stellvertretung verwendete Begriffsbeschreibung und Terminologie näher untersucht werden.¹¹ Dabei soll eine in Teilen von der geltenden Definition abweichende Begriffsbeschreibung erarbeitet werden, welche gemeinsam mit den soeben dargelegten Zielen die Grundlage für das Verständnis des weiteren Aufbaus der Untersuchung bildet.

§2 Gegenstand der Untersuchung: Die indirekte Stellvertretung

Im Folgenden wird zunächst der Begriff der indirekten Stellvertretung geklärt (Rn. 6 ff.). Sodann sind die Motive der indirekten Stellvertretung zu bestimmen (Rn. 24 ff.). Schliesslich bedarf der Untersuchungsgegenstand gewisser Einschränkungen (Rn. 29).

1. Definition

a. Allgemeine Definition und Terminologie

Eine positive gesetzliche Definition der indirekten Stellvertretung ist im schweizerischen Recht nicht auszumachen.¹² Gleichwohl hat sich in der Rechtsprechung und der Literatur eine feste Begriffsbeschreibung der indirekten Stellvertretung etabliert. Indirekte Stellvertretung liegt demnach vor, «[...] wenn

10 Vgl. ferner BECKER, Ermächtigung, S. 43.

11 Siehe sogleich Rn. 6 ff.

12 Art. 32 Abs. 3 OR umschreibt die indirekte Stellvertretung einzig als eine negative Grösse, ohne sich dabei des Begriffs der «indirekten Stellvertretung» zu bedienen. Hat sich der Abschlusspartner nicht als Vertreter zu erkennen gegeben, mithin nicht im fremden Namen gehandelt, und ist auch die Ausnahme von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nicht erfüllt («Gleichgültigkeit» des Dritten), so bedarf es einer Abtretung der Forderung oder einer Schuldübernahme. Der Handelnde wird also selber aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet und muss folglich das wirtschaftliche Ergebnis durch weitere Rechtsakte auf den (wirtschaftlich) Berechtigten übertragen. Weiterführend ZK-KLEIN, N116 ff. zu Art. 32 OR.

der Vertreter – sei es ausdrücklich oder stillschweigend – im eigenen Namen, aber für Rechnung des Vertretenen handelt». ¹³ Nach dieser Definition weist die indirekte Stellvertretung zwei Tatbestandsmerkmale auf, nämlich das Handeln erstens «im eigenen Namen» und zweitens «auf fremde Rechnung».

7 Zwei Umstände haben wohl massgeblich dazu beigetragen, dass sich diese Definition im rechtswissenschaftlichen Diskurs fest etabliert hat. Erstens findet sich diese Umschreibung in Normen, die anerkanntermassen Fälle indirekter Stellvertretung betreffen. ¹⁴ Wichtigstes Beispiel hierfür ist die Kommission (Art. 425 ff. OR). ¹⁵ Nach Art. 425 Abs. 1 OR ist Einkaufs- oder Verkaufskommissionär, «[...] wer gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt». Zweitens hat sich diese Definition wohl auch aus dem Bedürfnis heraus entwickelt, direkte und indirekte Stellvertretung voneinander zu unterscheiden. ¹⁶ Wie bereits eingangs erwähnt, wird die indirekte Stellvertretung in der Literatur vornehmlich im Kontext der direkten Stellvertretung erörtert. ¹⁷ Während dabei die direkte Stellvertretung als Handeln «in fremdem Namen auf fremde Rechnung» beschrieben wird, wird die indirekte Stellvertretung als Handeln «in eigenem Namen auf fremde Rechnung» definiert. ¹⁸ Diese gegenüberstellende Betrachtungsweise widerspiegelt sich auch in der verwendeten Terminologie. So wird im schweizerischen Recht von «direkter» und

13 BSK-WATTER, N 29 zu Art. 32 OR. Aus der Rechtsprechung z.B. BGer 2C_255/2020 vom 18. August 2020, E. 4.2.2; BGer 2C_767/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.1.2; BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BGE 100 II 200 E. 8a S. 211 *in fine*, S. 212 *in initio*. Aus der Literatur z.B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 165 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 597; CR-CHAPPUIS, N 22 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 42, 55 f.; ENGEL, traité, S. 407 *in initio*; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1426; GUHL/KOLLER, OR, § 18 N 8; HUGUENIN, AT/BT, N 1032; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 40.04; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 495; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 23 ff.; ZUFFEREY, transfert, S. 295. Die gleiche Definition hat sich auch in Deutschland etabliert (z.B. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 764; NEUNER, AT BGB, § 49 N 57 sowie bereits SCHLOSSMANN, Stellvertretung, S. 84).

14 Normen, die die indirekte Stellvertretung betreffen und von einem «Handeln in eigenem Namen auf fremde Rechnung» sprechen, sind: Art. 401, Art. 425 Abs. 1 und Art. 543 Abs. 1 OR und implizit auch Art. 993 Abs. 3 OR. Siehe auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 34 ff.

15 Zur Tragweite von Art. 425 Abs. 1 OR für die Begriffsbestimmung der indirekten Stellvertretung siehe hinten Rn. 11.

16 Vgl. etwa BSK-OSER/WEBER, N 4 zu Art. 396 OR; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 764; GUHL/KOLLER, OR, § 18 N 8; HUGUENIN, AT/BT, N 1032 f.

17 Siehe vorne Rn. 3.

18 BERGER, Schuldrecht, N 835 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 1032 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 40.04; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 495.

«*indirekter*»¹⁹ Stellvertretung gesprochen, und die an der indirekten Stellvertretung beteiligten Personen werden als «*indirekter Stellvertreter*», «(*indirekt Vertretener*)» und «*Dritter*» bezeichnet.²⁰

b. Kritische Würdigung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die herkömmliche Definition der indirekten Stellvertretung als zu weitgehend und unscharf abzulehnen. Sie vermag nämlich die indirekte Stellvertretung nicht klar zu konturieren. Dazu im Einzelnen Folgendes: Als zu weitgehend ist die Definition deshalb zu erachten, weil sie unterschiedliche rechtliche Konstruktionen erfasst. Denn unter dem «*Handeln im eigenen Namen*» und «*auf fremde Rechnung*» wird nicht exklusiv die Konstellation der indirekten Stellvertretung verstanden.²¹ Exemplarisch sei dies am Beispiel der Anweisung veranschaulicht. Obschon der Angewiesene im eigenen Namen auf Rechnung des Anweisenden – d.h. auf fremde Rechnung – Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an den Anweisungsempfänger leistet (Art. 466 OR),²² kann er nicht als indirekter Stellvertreter des Anweisenden qualifiziert werden.²³ Dies, weil sich die Anweisung wesentlich von der indirekten Stellvertretung unterscheidet. Auf die genaue Unterscheidung der beiden Rechtsfiguren wird weiter hinten noch vertieft eingegangen.²⁴ An dieser Stelle sei aber bereits Folgendes gesagt: Zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger besteht ein ausserhalb des Anweisungsrechts stehendes Rechtsverhältnis (sog. Valutaverhältnis).²⁵ Die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger ist dabei als eine mittelbare Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zwecks Tilgung einer Schuld oder Begründung einer Forderung zu

19 Seltener wird auch von «*mittelbarer Stellvertretung*» gesprochen. Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1425; KOLLER, OR AT, N 21.04; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 40.04.

20 BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2; BK-FELLMANN/MÜLLER, N 29 zu Art. 543 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1426 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 1032; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 14. Häufig wird im Rahmen der indirekten Stellvertretung auch nur vom «*Vertreter*» und vom «*Vertretenen*» gesprochen. Dies ist aber ungenau, da die Gefahr einer Verwechslung mit der direkten Stellvertretung besteht. Vgl. auch KOLLER, OR AT, N 21.04.

21 Vgl. Art. 466 OR. Im Einzelnen dazu hinten Rn. 181 ff. Ferner Art. 16 VVG.

22 Weiterführend zur Stellung des Angewiesenen BK-GAUTSCHI, N 8a ff. zu Art. 466 OR.

23 A.A. TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 5558; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 58 *in fine*.

24 Siehe hinten Rn. 181 ff.

25 BGE 122 III 237 E. 1b S. 239. BSK-KOLLER, N 2 zu Art. 466 OR. Vgl. auch KOLLER/KISSLING, *Anweisung*, S. 34.

interpretieren.²⁶ Die Anweisung ist somit bloss ein Mittel zur Herbeiführung einer Leistung.²⁷ Demgegenüber steht der indirekt Vertretene nicht in einem unmittelbaren Rechtsverhältnis zum Dritten. Ganz im Gegenteil: Der indirekte Stellvertreter schliesst mit Wirkung für sich das Geschäft mit dem Dritten ab.²⁸ Der Dritte wiederum hat dadurch eine Leistung an den indirekten Stellvertreter zu erbringen.²⁹ Bei der Anweisung hingegen besteht kein derartiges Schuldverhältnis zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger.³⁰ Dieses Beispiel zeigt auf, dass sich hinter dem «*Handeln im eigenen Namen auf fremde Rechnung*» verschiedene, in ihrer dogmatischen Struktur und Funktion ganz unterschiedlich ausgestaltete Rechtsfiguren verbergen können.

9 Zusätzlich zum soeben beschriebenen Kritikpunkt ist die herkömmliche Begriffsbeschreibung der indirekten Stellvertretung auch aufgrund ihrer Unschärfe bei der Abgrenzung zur direkten Stellvertretung abzulehnen.³¹ Wie bereits ausgeführt, wird die direkte Stellvertretung als «*Handeln im fremden Namen auf fremde Rechnung*» definiert und die indirekte Stellvertretung als «*Handeln im eigenen Namen auf fremde Rechnung*».³² Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal scheint also zu sein, wie der Stellvertreter gegenüber dem Dritten auftritt.³³ Dabei wird aber ausser Acht gelassen, dass es im Ausnahmefall von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR selbst dann zur direkten Stellvertretung kommt, wenn der direkte Stellvertreter im eigenen Namen gehandelt hat.³⁴ War es dem Dritten nämlich gleichgültig, mit wem er den Vertrag schliesst, so tritt auch dann die Vertretungswirkung ein, wenn sich der Bevollmächtigte nicht als Vertreter zu erkennen gegeben hat (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR).

10 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die herkömmliche Definition der indirekten Stellvertretung, wonach der indirekte Stellvertreter «*im eigenen*

26 CHK-BEYELER, N 3 zu Art. 466 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 466 OR.

27 BGE 122 III 237 E. 1b S. 240 *in initio*. BSK-KOLLER, N 1 zu Art. 466 OR; GUHL/SCHNYDER, OR, § 54 N 3; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 466 OR.

28 BK-FELLMANN/MÜLLER, N 33 zu Art. 543 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 94; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 496; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 110 f. Vgl. auch BK-FELLMANN, N 38 zu Art. 394 OR.

29 Weiterführend zum Leistungsbegriff von TUHR / PETER, OR AT, S. 45 ff.

30 Vgl. BSK-KOLLER, N 1, 3 zu Art. 466 OR, m.w.H. Zwar lässt die Annahme der Anweisung eine Schuldverpflichtung zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger entstehen, doch ist diese inhaltlich auf eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger gerichtet, nicht umgekehrt (CHK-BEYELER, N 2 zu Art. 468 OR).

31 Vgl. ferner DROIN, représentation indirecte, S. 47.

32 Siehe vorne Rn. 7.

33 Vgl. PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 38 f. Ausführlich dazu hinten Rn. 97 ff.

34 Siehe BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 90 ff. zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 101 ff. zu Art. 32 OR.

Namen auf fremde Rechnung» handelt, zwar nicht falsch, jedoch zu weitgehend und unscharf ist und damit nicht als Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung dienen kann.

c. Hier vertretene Definition und Terminologie

aa. Ausgangslage und methodisches Vorgehen

Die Doktrin beschäftigt sich nur in geringem Masse mit der indirekten Stellvertretung *in abstracto*.³⁵ Zumeist wird die indirekte Stellvertretung nämlich nur im Zusammenhang mit der direkten Stellvertretung³⁶ oder im Anwendungsfall der Kommission³⁷ behandelt. Die Kommission gilt dabei seit jeher als bedeutendster Fall der indirekten Stellvertretung.³⁸ So hat SCHLESS bereits 1931 festgestellt: «Umgekehrt ist anerkanntermassen der Kommissionär der Prototyp des mittelbaren Stellvertreters [...]».³⁹ Daher erscheint es sachgerecht, nachfolgend die in Art. 425 Abs. 1 OR enthaltene Definition der Kommission als Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung der indirekten Stellvertretung heranzuziehen. Dabei wird ein besonderer Fall als Grundlage zur Beschreibung eines abstrakten juristischen Gebildes – nämlich desjenigen der indirekten Stellvertretung – verwendet. Aus methodischer Sicht handelt es sich hierbei um einen *Induktionsvorgang*.⁴⁰ Bei der Induktion geht es allgemein darum, aus den spezifischen Tatbeständen der Rechtsordnung durch Abstraktion eine generelle *juristische Konstruktion*⁴¹ abzuleiten.⁴² Zwar führt das Verfahren der Abstraktion unausweichlich zu gewissen Vereinfachungen,

35 Siehe vorne Rn. 3. Für die bundesgerichtliche Rechtsprechung gilt dies naturgemäss umso mehr. Vgl. etwa BGE 126 III 59 E. 1b S. 64.

36 Siehe die Literaturnachweise vorne in Fn. 8.

37 So etwa BSK-LENZ / VON PLANTA, N 1, 3 zu Art. 425 OR; CHK-PFENNINGER, N 3 zu Art. 425 OR; GUHL/SCHNYDER, OR, § 51 N 1 ff.

38 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1428 *in fine*; HÖNSCH, mittelbare Stellvertretung, S. 16; SCHLESS, mittelbare Stellvertretung, S. 8 *in fine*, S. 9 *in initio*; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, OR AT, N 40.05. Vgl. BK-FELLMANN, N 28 zu Art. 401 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 25; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5191; VON LÜBTOW, Geschäft, S. 261; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 5. Vgl. auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 435.

39 SCHLESS, mittelbare Stellvertretung, S. 8 *in fine*, S. 9 *in initio*.

40 Ausführlich dazu BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 62 ff., 402 ff.

41 Der Begriff der «*juristischen Konstruktion*» meint vorliegend die «[...] *Nacherzeugung eines Ganzen aus seinen zuvor künstlich zerlegten Teilen, die dazu bestimmt ist, uns den notwendigen Zusammenhang dieser Teile, ihre gegenseitigen oder gemeinsamen Abhängigkeiten bewusst zu machen*» (RADBRUCH/ZWEIGERT, Einführung, S. 286). Zum Erkenntniswert der Begriffe und Konstruktionen siehe STOLL, Interessenjurisprudenz, S. 111 f.

42 M.w.H. MINNIG, Grundfragen, N 3.2 f.; SCHMID, Vermögensverwaltung, N 1.07 ff. Zur Unterscheidung zwischen Induktion und Gesamtanalogie siehe die Ausführungen bei LARENZ, Methodenlehre, S. 384 ff.

doch resultiert gerade aus diesem «*Einordnungs- und Vereinfachungseffekt*»⁴³ der wissenschaftliche Wert einer solchen Begriffsbildung. Das soeben erörterte Vorgehen ist somit dazu geeignet, eine taugliche Begriffsbeschreibung der indirekten Stellvertretung zu erarbeiten, auf welcher die weitere Untersuchung aufbauen kann.

bb. Induktive Definitionsbestimmung

aaa. Analyse von Art. 425 Abs. 1 OR

- 12 Nach Art. 425 Abs. 1 OR ist Einkaufs- oder Verkaufskommissionär, «[...] *gegen eine Kommissionsgebühr (Provision) in eigenem Namen für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) den Einkauf oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen übernimmt*». Wie bereits dargelegt, wird überwiegend aus der Passage «*in eigenem Namen für Rechnung eines anderen*» das begriffsbildende Merkmal der indirekten Stellvertretung abgeleitet.⁴⁴ Dieser Auffassung kann aus den zuvor erörterten Gründen nicht gefolgt werden.⁴⁵ Vielmehr soll nachfolgend das Augenmerk von dieser Passage weg, hin auf Art. 425 Abs. 1 OR im Ganzen, gerichtet werden. Ziel ist es dabei nicht, die spezifischen Merkmale des Kommissionsvertrags herauszuarbeiten, sondern den Art. 425 Abs. 1 OR zugrunde liegenden Mechanismus zu abstrahieren.
- 13 Bei der Kommission handelt es sich um einen Vertrag, der als solcher lediglich zwischen den involvierten Parteien, d.h. dem Kommittenten und dem Kommissionär, Wirkungen entfaltet.⁴⁶ Darin verpflichtet sich der Kommissionär dazu, in eigenem Namen für Rechnung des Kommittenten den Ein- oder Verkauf von beweglichen Sachen oder Wertpapieren zu besorgen (Art. 425 Abs. 1 OR). Aus dem Wortlaut von Art. 425 Abs. 1 OR ist somit abzuleiten, dass der gesamte Vorgang noch ein weiteres Rechtsverhältnis umfasst, nämlich dasjenige zwischen dem Kommissionär und dem Dritten.⁴⁷ Konkret hat der Kommissionär mit einer Drittperson einen Kaufvertrag zwecks Ein- oder Verkaufs von beweglichen Sachen oder Wertpapieren abzuschliessen, an welchem er selber als Partei beteiligt ist.⁴⁸ Seine Tätigkeit ist also darauf ausgerichtet,

43 LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, S. 275.

44 Siehe vorne Rn. 6f.

45 Vorne Rn. 8ff., m.w.H.

46 Vgl. ENGEL, contrats, S. 557; GUHL/SCHNYDER, OR, § 51 N 2; HONSELL, OR BT, S. 397 f.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 1981.

47 Vgl. BK-GAUTSCHI, N 1b zu Art. 425 OR; BSK-LENZ / VON PLANTA, N 1f. zu Art. 425 OR; CR-FLEGBO-BERNEY / VON PLANTA, N 2 zu Art. 425 OR; GUHL/SCHNYDER, OR, § 51 N 9, 14; PACHE, commission, S. 18f.

48 BSK-LENZ / VON PLANTA, N 2 zu Art. 425 OR; CHK-PFENNINGER, N 3 zu Art. 425 OR; CR-FLEGBO-BERNEY / VON PLANTA, N 2 zu Art. 425 OR. Dies wird daraus abgeleitet, dass er gemäss Art. 425 Abs. 1 OR «*in eigenem Namen*» handelt.

sich durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten einen Leistungsanspruch zu verschaffen. Rechtlich betrachtet kann nur der Kommissionär den Dritten zur Leistung anhalten, das wirtschaftliche Interesse an der Sachleistung (Kaufpreis/Kaufgegenstand) des Dritten ist hingegen beim Kommittenten zu verorten.⁴⁹ Denn der Kommissionär hat aufgrund des Kommissionsvertrags die Sachleistung des Dritten dem Kommittenten abzuliefern.⁵⁰

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass beim gesamten Art. 425 Abs. 1 OR zugrunde liegenden Vorgang drei Personen untereinander zwei Verträge abschliessen, wobei eine der drei Personen Partei von beiden Verträgen ist. Die beiden anderen, mithin der Kommittent und der Dritte, sind vertraglich nicht miteinander verbunden.⁵¹ Obschon die beiden Verträge rechtlich voneinander unabhängig sind, besteht eine enge wirtschaftliche Verbundenheit.⁵² Schliesslich liegt das wirtschaftliche Interesse am Kaufvertrag beim Kommittenten.

bbb. Konzeption der indirekten Stellvertretung

Aus dem Art. 425 Abs. 1 OR zugrunde liegenden Mechanismus ist nachfolgend durch weitere Abstraktion die Begriffsbeschreibung der indirekten Stellvertretung abzuleiten. Dabei ergibt sich folgendes Bild: Bei der indirekten Stellvertretung sind drei Personen über zwei Schuldverhältnisse wirtschaftlich⁵³ miteinander verbunden.⁵⁴ Der indirekte Stellvertreter ist Partei von beiden Schuldverhältnissen;⁵⁵ die beiden anderen Personen hingegen, sprich der indirekt Vertretene und der Dritte, stehen in keiner direkten Rechtsbeziehung zueinander.⁵⁶ Der indirekte Stellvertreter fungiert also gewissermassen als Scharnier zwischen diesen beiden Schuldverhältnissen.

49 Vgl. MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 155; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658; ferner auch PACHE, commission, S. 18 f.

50 M.w.H. zur Ablieferungspflicht des Kommissionärs BK-GAUTSCHI, N 7a ff. zu Art. 425 OR.

51 CHK-PFENNINGER, N 3 zu Art. 425 OR; CR-FLEGBO-BERNEY / VON PLANTA, N 3 zu Art. 425 OR. Vgl. auch BSK-LENZ / VON PLANTA, N 3 zu Art. 425 OR;

52 Vgl. über die indirekte Stellvertretung hinaus VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 13, die von einem «*zweivertraglichen Dreiparteienverhältnis*» spricht.

53 Besonders prägnant kommt dies bei KELLER/SCHÖBI zum Ausdruck. Sie sprechen nämlich von einem rein «*wirtschaftliche[n] Stellvertretungsverhältnis*» (KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 64 *in initio*).

54 Vgl. DROIN, représentation indirecte, S. 55 f.; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 14 ff.; SCHLOSSMANN, Stellvertretung, S. 85; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 43. Der Selbsteintritt des Kommissionärs nach Art. 436 OR ist daher kein Fall indirekter Stellvertretung (ZUFFEREY, représentation indirecte, N 44 f., m.w.H.).

55 Vgl. DROIN, représentation indirecte, S. 55; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 19.

56 BK-FELLMANN, N 38 zu Art. 394 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, N 33 zu Art. 543 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 94; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 496; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 110. Vgl. auch HEFTI, Stellvertretung, S. 133.

- 16 Als «Grundverhältnis» ist dabei dasjenige Schuldverhältnis zu bezeichnen, das den indirekten Stellvertreter mit dem indirekt Vertretenen verbindet.⁵⁷ Denn zumeist veranlasst das Grundverhältnis den indirekten Stellvertreter überhaupt erst dazu, sich von einer Drittperson eine Leistung versprechen zu lassen.⁵⁸ Gleichzeitig auferlegt es dem indirekten Stellvertreter die Pflicht, dem indirekt Vertretenen das wirtschaftliche Ergebnis des abgeschlossenen Geschäfts gegen vollen Auslagenersatz zukommen zu lassen.⁵⁹ Das Interesse des indirekt Vertretenen ist somit auf die Leistung gerichtet, die der Dritte dem indirekten Stellvertreter schuldet. Hierbei kann es sich um eine sachliche⁶⁰ oder um eine persönliche⁶¹ Leistung handeln. Charakteristisch für das Grundverhältnis ist folglich, dass es den indirekten Stellvertreter zu einer Geschäftsführung im fremden Interesse anhält.⁶² Dadurch unterscheidet sich die indirekte Stellvertretung von anderen Konstellationen, in welchen eine vertraglich erworbene Leistung nachher auf eine andere Person weiterübertragen wird. Zu denken wäre etwa an den Kauf einer Sache zwecks deren Weiterverkaufs.⁶³ In diesem Fall hat der Erwerber ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Sachleistung, will er die erworbene Sache doch möglichst gewinnbringend weiterverkaufen. Der indirekte Stellvertreter hingegen hat kein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Leistung des Dritten. Für ihn kann die Leistung des Dritten vollkommen nutzlos oder gar belastend sein. Dem indirekten Stellvertreter geht es vielmehr darum, dem indirekt Vertretenen die Leistung des Dritten zu übertragen und auf diese Weise seine Pflichten aus dem Grundverhältnis zu erfüllen. Aus diesem Grund hat ihm der indirekt Vertretene auch alle Aufwendungen im Zusammenhang mit dem abgeschlossenen Geschäft zu

57 Dies entspricht der gängigen Terminologie. So z.B. BK-FELLMANN, N 53 zu Art. 394 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, N 22, 30 zu Art. 543 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32 OR; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 17 *in fine*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 47ff.

58 Vgl. BK-FELLMANN, N 53 zu Art. 394 OR; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 17 *in fine*.

59 Z.B. BK-FELLMANN, N 53 zu Art. 394 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 179 zu Art. 32 OR; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 19. Gemeinhin wird dieser Vorgang als «Handeln auf fremde Rechnung» beschrieben.

60 Sachliche Leistungen erfolgen aus dem Vermögen oder dem Besitz des Verpflichteten (VON TUHR / PETER, OR AT, S. 45f.). Beispiel: Der indirekte Stellvertreter soll von einem Dritten eine Sache erwerben und schliesst im Hinblick darauf einen Kaufvertrag mit dem Dritten ab.

61 Persönliche Leistungen werden aus den physischen oder geistigen Kräften des Leistenden erbracht (VON TUHR / PETER, OR AT, S. 45). Beispiel: Der indirekte Stellvertreter lässt eine Sache des indirekt Vertretenen reparieren und geht mit dem Dritten einen Werkvertrag ein.

62 Vgl. PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 62; ferner HEFTI, Stellvertretung, S. 131ff.

63 Vgl. ferner BUCHER, OR AT, § 33 Fn. 9, 10.

ersetzen und ihn von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien.⁶⁴ Entsprechend dem Grundsatz der Relativität von Schuldverhältnissen entfaltet das Grundverhältnis allein zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen Wirkungen.⁶⁵

Während im Rahmen von Art. 425 Abs. 1 OR drei Personen über zwei Verträge – den Kommissions- und den Kaufvertrag – miteinander verbunden sind, wird hier aber bewusst nicht vom «Grundvertrag», sondern vom «Grundverhältnis» gesprochen. Denn der Begriff «Grundverhältnis» ist weiter gefasst, lehnt er sich doch an den Begriff des «Schuldverhältnisses»⁶⁶ an. Zwar ist das Grundverhältnis in aller Regel vertraglicher Natur, doch wird im Verlauf dieser Arbeit noch aufgezeigt werden, dass dieser Grundsatz nicht absolut gilt.⁶⁷

Demgegenüber wird das zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten bestehende Schuldverhältnis als «Drittvertrag» bezeichnet.⁶⁸ Der indirekte Stellvertreter hat sich nämlich einen Leistungsanspruch gegenüber einem Dritten zu verschaffen. Dies erreicht er, indem er eigengeschäftlich mit einem Dritten einen Vertrag abschliesst und so ein Forderungsrecht gegen den Dritten zu seinen Gunsten begründet. Rechtliche Wirkungen entfaltet der Drittvertrag wiederum nur zwischen den daran Beteiligten, d.h. zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten.⁶⁹ Die Leistung des Dritten an den indirekten Stellvertreter steht wirtschaftlich aber infolge des Grundverhältnisses dem indirekt Vertretenen zu.⁷⁰

Aus den obenstehenden Ausführungen sind folgende Schlüsse zu ziehen: Da bei der indirekten Stellvertretung drei Personen durch zwei Rechtsverhältnisse miteinander verbunden sind, kann und darf die indirekte Stellvertretung nicht mit der Kommission gleichgesetzt werden, wie dies teils in der

64 Vgl. DROIN, représentation indirecte, S. 78 ff.; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 19.

65 Siehe vorne Rn. 2 sowie hinten Rn. 40 ff., m.w.H.

66 Weiterführend zum Begriff des «Schuldverhältnisses» BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 33 ff. sowie hinten Rn. 32.

67 Siehe hinten Rn. 226 ff.

68 Die hier vorgeschlagene Terminologie weicht von der gängigen Bezeichnung ab. Für gewöhnlich wird nämlich das Schuldverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten als «Ausführungsgeschäft» bzw. «rapport d'exécution» bezeichnet (so z.B. DROIN, représentation indirecte, S. 83; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 59; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 75). Die Bezeichnung «Drittvertrag» wird hier deshalb bevorzugt, weil sie einerseits den Drei-Personen-Charakter der indirekten Stellvertretung hervorhebt und andererseits dem Umstand Rechnung trägt, dass der indirekte Stellvertreter auch auf eigene Initiative hin tätig werden kann (siehe dazu hinten Rn. 221 ff.).

69 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 83. Krit. dazu MÜLLER-ERZBACH, mittelbare Stellvertretung, S. 11 ff.

70 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658; ZK-HANDSCHIN/VONZUN, N 19 zu Art. 543 OR.

Literatur geschieht.⁷¹ Ergo muss die Aussage, wonach die Kommission der bedeutendste Fall indirekter Stellvertretung ist,⁷² dahingehend korrigiert werden, dass die Kommission das wohl bedeutendste Grundverhältnis indirekter Stellvertretung ist. Das wesentliche Merkmal indirekter Stellvertretung ist in der wirtschaftlichen Verbundenheit an sich autonomer Schuldverhältnisse zu erblicken. Daraus resultieren gewisse, für diese Rechtsfigur typische rechtliche Probleme und Schutzdefizite, insbesondere jene, die sich für den indirekt Vertretenen aufgrund fehlender Ansprüche gegenüber dem Dritten ergeben.⁷³

ccc. Ergebnis

- 20 Gestützt auf die soeben getätigten Ausführungen lässt sich die indirekte Stellvertretung wie folgt definieren: Die indirekte Stellvertretung ist ein Modus der Interessenvertretung,⁷⁴ bei welchem der indirekte Stellvertreter mit Wirkung für sich einen Vertrag abschliesst, gleichzeitig aber dem indirekt Vertretenen gegenüber verpflichtet ist, auf ihn das wirtschaftliche Ergebnis dieses Geschäfts durch weitere Rechtsakte zu übertragen. Bei der indirekten Stellvertretung sind folglich drei Personen über zwei autonome Rechtsverhältnisse miteinander verbunden, wobei der indirekte Stellvertreter gewissermassen das Bindeglied zwischen dem Grundverhältnis und dem Drittvertrag bildet. Die so definierte indirekte Stellvertretung ermöglicht es, rechtsgeschäftlich jemanden für sich handeln zu lassen, ohne dabei selber in den Vordergrund treten zu müssen.

cc. Zur Terminologie insbesondere

- 21 Von der Begriffsbeschreibung zu unterscheiden ist die Terminologie. Bisher wurde die im schweizerischen Recht mehrheitlich verwendete Bezeichnung «*indirekte Stellvertretung*» ohne weitere Begründung übernommen. An dieser Stelle wird dargelegt, weshalb diese Terminologie vorliegend für zweckmässig erachtet wird.⁷⁵

71 JENNY, Warenkommission, S. 3; KOLLER, OR AT, N 21.07; OFK-SCHÖBI, N 18 zu Art. 32 OR; PROJER, Stimmrechtsvertretung, Fn. 406; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 40.05; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 5.

72 KOLLER, OR AT, N 21.07; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 40.05. Vgl. JENNY, Warenkommission, S. 3.

73 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 114 ff.

74 NEUNER, AT BGB, § 49 N 57. Vgl. VON HESS, Vertretungswirkung, S. 12; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 5.

75 Zur «*Zweckmässigkeit*» des Rechtsbegriffs siehe BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 330 ff.

Zwar hat sich der Terminus «*indirekte Stellvertretung*» im rechtswissenschaftlichen Diskurs fest etabliert,⁷⁶ doch gibt es in der Literatur dazu auch kritische Stimmen.⁷⁷ Als Kritikpunkt wird insbesondere angeführt, dass unter der Bezeichnung «*Stellvertretung*» im Gesetz ohne weiteren Zusatz die «*direkte Stellvertretung*» – also der Eintritt von Vertretungswirkung – verstanden wird.⁷⁸ Folglich stelle der Terminus «*indirekte Stellvertretung*» einen Widerspruch in sich selbst dar.⁷⁹ Anstatt der Bezeichnung «*indirekte Stellvertretung*» werden daher vereinzelt auch andere Begriffe vorgeschlagen, wie etwa «*Kommissionsgeschäft im weiteren Sinne*»⁸⁰ bzw. «*d’interposition de personnes*»,⁸¹ oder statt vom «*indirekten Stellvertreter*» wird vom «*Vermittler*»⁸² gesprochen. Diese abweichende Terminologie ist jedoch abzulehnen. Denn sie lässt ausser Acht, dass die indirekte Stellvertretung eben nicht mit dem Grundverhältnis (z.B. einem Kommissionsvertrag) gleichgesetzt werden kann und darf. Vielmehr umfasst die indirekte Stellvertretung zwei autonome Rechtsverhältnisse, die drei Personen miteinander verbinden.⁸³ Diesem Umstand trägt die Bezeichnung «*indirekte Stellvertretung*» meines Erachtens am besten Rechnung. Daher wird vorliegend von einem erweiterten Begriff der «*Stellvertretung*» ausgegangen, der als Oberbegriff für die «*direkte Stellvertretung*» und die «*indirekte Stellvertretung*» fungiert.⁸⁴ «*Stellvertretung*» ist demnach jedes rechtsgeschäftliche Handeln für einen anderen, dem der Erfolg dieses Handelns mit allen Vor- und Nachteilen unmittelbar oder mittelbar zugutekommen soll.⁸⁵

Im Folgenden wird somit die Terminologie «*indirekte Stellvertretung*»²³ übernommen. Die an diesem Vorgang Beteiligten werden sodann als «*indirekt*

76 Z.B. BGer 2C_255/2020 vom 18. August 2020, E. 4.2.2; BGer 2C_767/2018 vom 8. Mai 2019, E. 2.1.2; BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2; BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; ENGEL, traité, S. 407; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1425; GUHL/KOLLER, OR, § 18 N 8; HUGUENIN, AT/BT, N 1032; ZUFFEREY, représentation indirecte, N1 sowie bereits im Titel.

77 Vornehmlich BUCHER, OR AT, S. 597f.; DE SAUSSURE, acte juridique, S. 50 f.; DROIN, représentation indirecte, S. 138 ff.; ENGEL, traité, S. 407; LABAND, Stellvertretung, S. 195; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, Fn. 1601; ZK-KLEIN, N 116 zu Art. 32 OR.

78 DE SAUSSURE, acte juridique, S. 50 f. Vgl. auch ENGEL, traité, S. 407; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, Fn. 1601; ZK-KLEIN, N 116 zu Art. 32 OR.

79 DE SAUSSURE, acte juridique, S. 50; LABAND, Stellvertretung, S. 195, spricht von einer «*contradictio in adjecto*».

80 WEIDMANN, Kommissionsgeschäft, S. 34.

81 DROIN, représentation indirecte, S. 140.

82 MÜLLER-ERZBACH, mittelbare Stellvertretung, S. 5.

83 Siehe vorne Rn. 15 ff.

84 Vgl. BSK-WATTER, N 1f. zu Art. 32 OR; HÖNSCH, mittelbare Stellvertretung, S. 9; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 14; VON SAVIGNY, Obligationenrecht, S. 60 ff.; ferner VON BÜREN, OR AT, S. 167; VON HESS, Vertretungswirkung, S. 12.

85 Vgl. PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 14.

Vertretener», «indirekter Stellvertreter» und «Dritter» bezeichnet. Für die beiden Schuldverhältnisse werden die Termini «Grundverhältnis» bzw. «Grundvertrag», wenn der vertragsrechtliche Charakter besonders hervorgehoben werden soll, respektive «Drittvertrag» verwendet.

2. Motive zur indirekten Stellvertretung

- 24 Die indirekte Stellvertretung ermöglicht dem indirekt Vertretenen, eine andere Person für sich rechtsgeschäftlich handeln zu lassen und dabei selber im Hintergrund zu bleiben. Dies, weil die rechtlichen Wirkungen des Drittvertrags beim indirekten Stellvertreter eintreten. Gegenüber dem Dritten kann der indirekte Stellvertreter daher die Identität des indirekt Vertretenen oder gar den Umstand, dass er als indirekter Stellvertreter fungiert, verschweigen.⁸⁶ Für den indirekt Vertretenen gibt es unterschiedliche Beweggründe, nicht in Erscheinung treten zu wollen. Beispielsweise kann es sein, dass er schlicht keinen Kontakt zu einer bestimmten Drittperson wünscht, etwa infolge persönlicher Antipathie oder eines fehlenden Vertrauensverhältnisses oder aus unternehmerischen Überlegungen⁸⁷ heraus.⁸⁸ Auch sonst kann die Sorge, von einer bestimmten Drittperson als Geschäftspartner abgelehnt zu werden, einen legitimen Beweggrund für die indirekte Stellvertretung darstellen.⁸⁹ Darüber hinaus kann es der indirekt Vertretene auch generell aus Gründen der Diskretion bevorzugen, im Hintergrund zu bleiben.⁹⁰ Zu denken wäre etwa an den Kunsthandel, wenn eine Person ein berühmtes Kunstwerk ersteigern will, sich dem medialen Interesse aber nicht aussetzen möchte. Allerdings spielt hier nicht nur ein persönliches Bedürfnis nach Diskretion eine Rolle. Auch wirtschaftliche Überlegungen können dafür sprechen, ungenannt bleiben zu wollen. Etwa wenn zu befürchten ist, dass es andernfalls zu einer nachteiligen Preisentwicklung kommen könnte.⁹¹ Möchte beispielsweise ein

86 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 159.

87 Beispiel: Ein Unternehmen benötigt zu Forschungszwecken bestimmte Technologien oder Rohstoffe, möchte aber nicht, dass Konkurrenzunternehmen von diesem Bedarf erfahren und daraus Rückschlüsse auf die Art der Forschung ziehen können.

88 BK-FELLMANN, N 38 zu Art. 394 OR; BSK-WATTER, N 29 zu Art. 32 OR; VON BÜREN, OR AT, S. 167. Vgl. NEUNER, AT BGB, § 49 N 60.

89 Besonders anschaulich kommt dieses Motiv in BGE 86 II 33 zum Tragen. Ein gewisser Herr Heinrich Welti wollte ein Grundstück erwerben. Da er mit der Verkäuferin verfeindet war und befürchtete, dass diese ihm das Grundstück nicht verkaufen würde, betraute er eine andere Person damit, das Grundstück mit seinen finanziellen Mitteln zu kaufen und anschließend auf ihn weiterzuübertragen.

90 Vgl. BSK-LENZ/VON PLANTA, Vorbem. zu Art. 425-438 OR, N 2; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, N 1242.

91 ENGEL, traité, S. 407; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 30.

bedeutendes Museum ein Gemälde ersteigern, so wäre es ratsam, nicht in Erscheinung zu treten, um den Preis nicht in die Höhe zu treiben.⁹²

Doch selbst dann, wenn es dem indirekt Vertretenen gar nicht darum geht, im Hintergrund zu bleiben (schliesslich muss die indirekte Stellvertretung dem Dritten nicht unbedingt verschwiegen werden⁹³), können andere Gründe für die indirekte Stellvertretung sprechen. Zum einen kann dem indirekt Vertretenen der Abschluss bestimmter Geschäfte durch private oder öffentlich-rechtliche Normen untersagt sein.⁹⁴ Diesfalls kann die indirekte Stellvertretung Abhilfe schaffen. Praktische Bedeutung erlangt die indirekte Stellvertretung deshalb im Börsenhandel, da hier nur teilnehmen kann, wem eine Bewilligung durch die FINMA erteilt wurde.⁹⁵ Zum anderen kann auch der Wunsch wegleitend sein, sich gewisse Eigenschaften oder Ansprüche des indirekten Stellvertreters zunutze zu machen, um ein besseres wirtschaftliches Ergebnis zu erzielen. Hier geht es beispielsweise darum, sich den Kredit des indirekten Stellvertreters nutzbar zu machen oder von dessen Rabattansprüchen gegenüber dem Dritten zu profitieren.⁹⁶ Allein die Absicht, von spezifischen Fachkenntnissen oder Erfahrungen des indirekten Stellvertreters Gebrauch zu machen, bedingt aber nicht, gerade einen indirekten Stellvertreter zu bestellen.⁹⁷ Schliesslich tritt auch der direkte Stellvertreter als Verhandlungspartner auf und gibt eine eigene Willenserklärung ab.⁹⁸

Bisher wurde auf die Motive des indirekt Vertretenen eingegangen. Darüber hinaus kann auch der indirekte Stellvertreter ein legitimes Interesse daran haben, selber Partei des Geschäfts mit dem Dritten zu werden. So etwa, wenn er für sich *und* den indirekt Vertretenen Waren erwirbt und aufgrund der grösseren Menge einen Rabatt erhält.⁹⁹ Der Wunsch nach indirekter Stellvertretung kann aber auch vom Dritten ausgehen.¹⁰⁰ Hier wäre an den Fall zu denken, dass der Dritte einen inländischen Vertragspartner wünscht, der

92 ENGEL, traité, S. 407.

93 Vgl. hinten Rn. 101 f.

94 Vgl. BK-FELLMANN/MÜLLER, N 36 zu Art. 543 OR; BSK-WATTER, N 29 zu Art. 32 OR; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 30; VON BÜREN, OR AT, S. 167.

95 Gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 41 FINIG benötigen Wertpapierhäuser eine Bewilligung der FINMA. Als Wertpapierhaus gilt, wer in eigenem Namen für Rechnung der Kunden Effekten handelt (Art. 41 lit. a FINIG). Vgl. auch ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, N 1242.

96 MÜLLER-ERZBACH, mittelbare Stellvertretung, S. 5 *in fine*; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 29. Vgl. ferner auch HEFTI, Stellvertretung, S. 142.

97 Vgl. PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 29.

98 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 17; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N 139.

99 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 168, m.w.H.

100 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 164 f.

indirekt Vertretene aber im Ausland wohnhaft ist und zur Lösung des Problems einen im Inland wohnhaften indirekten Stellvertreter bestellt.

27 Nicht zuletzt können auch dogmatische Überlegungen für die indirekte Stellvertretung sprechen. Zwar wird der juristische Laie diesbezüglich oftmals keine Gedanken anstellen (können), sodass die nachstehenden Ausführungen in der Praxis wohl eher selten das Motiv für die indirekte Stellvertretung bilden, doch sei nichtsdestotrotz an dieser Stelle folgender Hinweis angebracht. Bei der direkten Stellvertretung wird der Dritte den direkten Stellvertreter i.d.R. dazu auffordern, eine Vollmacht vorzuweisen.¹⁰¹ Zu diesem Zweck stellt der Vertretene häufig eine Vollmachtsurkunde aus,¹⁰² welche der direkte Stellvertreter anschliessend dem Dritten vorlegt.¹⁰³ Enthält diese Urkunde, etwa aus verhandlungstaktischen Gründen, keine oder keine der tatsächlich erteilten Vollmacht entsprechende Beschränkung der Vertretungsmacht und überschreitet der direkte Stellvertreter i.d.F. den Umfang der tatsächlich erteilten Vollmacht, so wird der gutgläubige Dritte in seinem Vertrauen auf den kundgegebenen Umfang der Vollmacht geschützt (Art. 33 Abs. 3 OR) und der (direkt) Vertretene an den Vertrag gebunden.¹⁰⁴ Ein solches Risiko besteht bei der indirekten Stellvertretung nicht, da hier der indirekte Stellvertreter selber Partei des abgeschlossenen Geschäfts wird und somit keiner Vollmacht bedarf.

28 Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass zahlreiche gute Gründe dafür bestehen, sich im konkreten Fall der indirekten Stellvertretung zu bedienen. Es ist daher nur sachlogisch, dass sich, neben der direkten Stellvertretung, die indirekte Stellvertretung seit der Antike als Rechtsinstitut erhalten hat.¹⁰⁵

3. Einschränkungen

29 Der soeben definierte Untersuchungsgegenstand ist in zweierlei Hinsicht explizit einzuschränken. *Erstens* soll die indirekte Stellvertretung aus dem Blickwinkel des allgemeinen Schuldrechts untersucht werden. Ausgeklammert

101 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N162f. zu Art. 33 OR.

102 BSK-WATTER, N33 zu Art. 33 OR. Er kann dem Dritten aber auch auf anderen Wegen die Vollmacht mitteilen (siehe dazu ZK-KLEIN, N176 ff. zu Art. 33 OR).

103 Dabei fungiert der direkte Stellvertreter als Bote des Vertretenen (exemplarisch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N131 zu Art. 33 OR; KOLLER, OR AT, N19.09; ZK-KLEIN, N178 zu Art. 33 OR).

104 Weiterführend dazu BK-ZÄCH/KÜNZLER, N126 ff. zu Art. 33 OR; ZK-KLEIN, N158 ff. zu Art. 33 OR.

105 Während die indirekte Stellvertretung bereits im römischen Recht bekannt war, hat sich die direkte Stellvertretung erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts in der Rechtswissenschaft etablieren können. Zur Entwicklung des Stellvertretungsrechts siehe ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N1 ff.

werden also Konstellationen indirekter Stellvertretung, die spezialgesetzliche Materien betreffen.¹⁰⁶ *Zweitens* wird auf eine spezielle Rechtsvergleichung verzichtet. Das bedeutet jedoch nicht, dass ausländische Lehrsätze unberücksichtigt bleiben. Denn gerade im Schuldrecht bestehen im deutschsprachigen Rechtskreis viele Gemeinsamkeiten, insbesondere bei den rechtlichen Grundbegriffen und Prinzipien, sodass eine Berücksichtigung des deutschen Schrifttums buchstäblich angezeigt ist.¹⁰⁷

§3 Gang der weiteren Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der soeben definierten indirekten Stellvertretung. Vorab werden zunächst einige Grundbegriffe und Prinzipien des allgemeinen Schuldrechts erläutert. Neben dem Begriff des Verpflichtungsgeschäfts soll der Verfügungsbegriff näher untersucht und das dieser Arbeit zugrunde liegende Verständnis des Verfügungsvorgangs dargestellt werden. Darüber hinaus erfolgt eine Systematisierung der verschiedenen Arten von Zustimmungsgeschäften. Nachdem die terminologischen und dogmatischen Grundlagen für den Fortgang der Untersuchung geschaffen wurden, wird im darauffolgenden Kapitel die indirekte Stellvertretung von anderen schuldrechtlichen Rechtsfiguren abgegrenzt. Dies soll die Konturen der indirekten Stellvertretung weiter schärfen. Als dann werden in den Kapiteln 4 und 5 die beiden Rechtsverhältnisse beleuchtet, welche der indirekten Stellvertretung zugrunde liegen. Kapitel 4 ist dabei dem Grundverhältnis gewidmet und Kapitel 5 dem Drittvertrag. Dabei gilt es in einem ersten Schritt jeweils eine rechtliche Qualifikation vorzunehmen. In einem zweiten Schritt werden die sich aus der wirtschaftlichen – nicht aber rechtlichen – Verbundenheit von Grundverhältnis und Drittvertrag ergebenden Schutzdefizite aufgezeigt und denkbare Lösungsansätze für das jeweilige Rechtsverhältnis und die daran beteiligten Personen beschrieben. Anschliessend sind die Verfügungs- und Erwerbsvorgänge bei der indirekten Stellvertretung gesondert zu betrachten. Denn regelmässig wird es zwischen den Beteiligten zu einem Gütertausch kommen. In Kapitel 6 geht es um die Frage, auf welchen Wegen dabei die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters über Vermögensgegenstände des indirekt Vertretenen begründet werden kann. Hierbei wird die Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung näher untersucht.

106 So etwa bei der indirekten Stellvertretung im Börsenhandel oder im Mehrwertsteuerrecht (vgl. Art. 20 Abs. 3 MWSTG).

107 So schon MINNIG, Grundfragen, N 1.4. Vgl. auch PETER, Einfluss, S. 336f.

Kapitel 7 hat hingegen den Erwerb vom Dritten und die Weiterübertragung der erworbenen Werte auf den indirekt Vertretenen zum Gegenstand. Schliesslich werden in Kapitel 8 die Ergebnisse dieser Untersuchung zusammengefasst dargestellt.

Kapitel 2

Grundlagen

§ 1 Einleitung

Die Untersuchung der indirekten Stellvertretung bedingt ein präzises Verständnis gewisser unserer Rechtsordnung zugrunde liegender Prinzipien und Begriffe. Da deren Bedeutungsgehalt nicht unumstritten ist, ist es wichtig, darzulegen, wie sie in der vorliegenden Arbeit verstanden werden. Im Folgenden ist somit auf einige Grundlagen einzugehen.

Wie bereits im vorhergehenden Kapitel erörtert, beruht die indirekte Stellvertretung auf zwei autonomen Schuldverhältnissen.¹⁰⁸ Nach klassischem Verständnis wird zwischen dem *Schuldverhältnis (i.e.S.)* und dem *Schuldverhältnis (i.w.S.)* unterschieden.¹⁰⁹ Als *Schuldverhältnis (i.e.S.)* wird die isolierte Rechtspflicht-Beziehung bezeichnet, mithin die einzelne Obligation.¹¹⁰ Diese verbindet den Gläubiger, dem das Forderungsrecht zusteht, mit dem zur Leistung verpflichteten Schuldner.¹¹¹ Forderung und Schuld sind also korrelative Begriffe.¹¹² Beide haben eine Leistung, d.h. ein Tun, Dulden oder Unterlassen, zum Inhalt.¹¹³ Demgegenüber umfasst das *Schuldverhältnis (i.w.S.)* alle sich aus einem einheitlichen Entstehungsgrund ergebenden Rechtsbeziehungen.¹¹⁴

108 Siehe vorne Rn. 15 ff.

109 Z.B. BÄRTSCHI, Relativität, S. 14; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 33 ff.; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 177 ff., 256 ff.; GUHL/KOLLER, OR, § 2 N 1 f.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.01 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 86 ff. M.w.H. BUCHER, Schuldverhältnis, S. 108 ff., insbesondere S. 117 ff.

110 BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 177; GUHL/KOLLER, OR, § 2 N 1; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.01; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 86.

111 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 34; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 177; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 86 f.; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 6 ff., m.w.H. Vgl. auch BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Vorbem. zu Art. 1-40f OR, N 4; BUCHER, Schuldverhältnis, S. 99.

112 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 88; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 87.

113 ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 33. Die geschuldete Leistungshandlung kann entweder aus dem Vermögen des Schuldners erfolgen (Verfügungsgeschäft) oder aus seinen persönlichen, physischen Kräften stammen. Siehe dazu MINNIG, Grundfragen, N 2.9.

114 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 36; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 257; GUHL/KOLLER, OR, § 2 N 2; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.03 f.

Ein Schuldverhältnis i.w.S. kann aus Rechtsgeschäft – vornehmlich aus Vertrag –, Gesetz, Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubter Handlung etc. hervorgehen.¹¹⁵

- 33 Neben dem Drittvertrag ist auch das Grundverhältnis regelmässig vertraglicher Natur.¹¹⁶ Deshalb wird in den nachfolgenden Ausführungen auch auf gewisse rechtsgeschäftliche Grundbegriffe näher eingegangen. Von Interesse sind zunächst die Begriffe des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts, welche sich aus einer Einteilung der Rechtsgeschäfte nach ihren Wirkungen ergeben. Im Zusammenhang mit dem Begriff des Verpflichtungsgeschäfts (Rn. 34 ff.) wird der Relativitätsgrundsatz erneut aufgegriffen und dessen Konsequenzen für die indirekte Stellvertretung werden dargelegt. Alsdann ist der Verfügungsbegriff zu klären (Rn. 44 ff.). Denn ein präzises Verständnis der Verfügung ist Voraussetzung dafür, die Vorgänge beim Gütertausch zwischen den an der indirekten Stellvertretung Beteiligten nachvollziehen zu können. Die Einteilung der Rechtsgeschäfte in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte ist keineswegs erschöpfend. Für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist des Weiteren die Kategorie der Zustimmungsgeschäfte (Rn. 62 ff.). Ein genaueres Verständnis hiervon ist notwendig, um weiter hinten die Verfügungsermächtigung erfassen und von der Vollmacht bei der direkten Stellvertretung unterscheiden zu können.

§2 Der Begriff des Verpflichtungsgeschäfts

1. Im Allgemeinen

- 34 Unter dem Begriff des Verpflichtungsgeschäfts wird ein Rechtsgeschäft verstanden, das aus einer oder mehreren Willenserklärungen besteht, die entweder für sich alleine oder in Verbindung mit weiteren Tatbestandselementen auf die Begründung mindestens einer Obligation gerichtet sind.¹¹⁷ Regelmässig handelt es sich beim Verpflichtungsgeschäft um einen Vertrag, seltener – wie im Fall der Auslobung (Art. 8 OR) – um ein einseitiges Rechtsgeschäft.¹¹⁸
- 35 Die aus dem Verpflichtungsgeschäft hervorgegangene Obligation lässt eine rechtliche Beziehung des Gläubigers zur Person des Schuldners entstehen.

115 Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.04; ferner VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 2.

116 Siehe vorne Rn. 16 ff. und hinten Rn. 209 ff. sowie Rn. 294 ff.

117 Ausführlich MINNIG, Grundfragen, N 2.2 ff., insbesondere N 2.26. Siehe sodann BERGER, Schuldrecht, N 252; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 136; HUGUENIN, AT/BT, N 63; NEUNER, AT BGB, § 29 N 28; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.31.

118 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 136; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.32.

Aus der Perspektive des Schuldners führt die Verpflichtungslage zu einer Vermehrung seiner Passiven, ohne dass es zu einer unmittelbaren Einwirkung auf bestehende Vermögensgegenstände käme.¹¹⁹ Daher ist es dem Schuldner auch möglich, jederzeit eine weitere Verpflichtung desselben Inhalts einzugehen.¹²⁰ Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zum Verfügungsgeschäft dar.¹²¹ Der Gläubiger wiederum erlangt kein Recht an einem einzelnen Vermögensgegenstand des Schuldners, selbst wenn die Leistung eines solchen geschuldet wird.¹²² Nichtsdestotrotz kommt es zu einer Vermehrung seiner Aktiven. Dies, weil das Verpflichtungsgeschäft ein Forderungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner begründet.¹²³ Das Versprechen des Schuldners ist folglich als eine *Zuwendung* an den Gläubiger zu begreifen.¹²⁴

2. Die Relativität der Verpflichtung

a. Der Relativitätsgrundsatz – Im Allgemeinen

Im schweizerischen Recht gilt der sog. *Relativitätsgrundsatz*. Nach diesem nicht ausdrücklich im Gesetz verankerten,¹²⁵ aber als fester Bestandteil der Schuldrechtslehre anerkannten Grundsatz vermag ein Schuldverhältnis, vornehmlich ein Vertrag, nur Rechtswirkungen *inter partes*, mithin zwischen den als Parteien beteiligten Personen, zu entfalten.¹²⁶ Dies gilt sowohl für die isolierte Recht-Pflicht-Beziehung, d.h. die einzelne Obligation, als auch für den Vertrag.¹²⁷ Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen der Relativität des Vertrags und derjenigen der einzelnen Obligation ist allerdings gering.¹²⁸ In der

119 GUHL/KOLLER, OR, §12 N 6; HUGUENIN, AT/BT, N 63; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.31; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 232; VON TUHR, AT BGBII/1, S. 250; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 195.

120 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 195. Vgl. auch BERGER, Schuldrecht, N 261; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.39.

121 Grundlegend VON TUHR, AT BGBII/1, S. 250.

122 VON TUHR, AT BGBII/1, S. 250; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 195. Vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.31 *in fine*.

123 Vgl. VON TUHR, AT BGBII/1, S. 250.

124 Vgl. ferner FLUME, Rechtsgeschäft, S. 154.

125 BÄRTSCHI, Relativität, S. 71; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 45; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 263; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 106.

126 Siehe etwa BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 44 ff.; BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 261 ff.; CR-MORIN, N 40 zu Art. 1 OR; MINNIG, Grundfragen, N 2.22; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.06; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 99 ff. Vgl. aus der Rechtsprechung BGE 114 II 91 E. 4a.aa S. 97.

127 Weiterführend VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 99 ff.

128 BÄRTSCHI, Relativität, Fn. 336.

Literatur wird dieser Unterscheidung daher auch kaum Beachtung geschenkt. Obgleich der Relativitätsgrundsatz einen Grundpfeiler des Schuldrechts darstellt, handelt es sich hierbei nicht um ein starres Dogma.¹²⁹ Vielmehr sind Durchbrechungen des Relativitätsgrundsatzes möglich und vom Gesetzgeber in gewissen Bestimmungen bereits vorgesehen.¹³⁰ Der Relativitätsgrundsatz wirkt sich allgemein in zweierlei Hinsicht aus:

- 37 — *Erstens* beschränkt er die Wirkungen einer Recht-Pflicht-Beziehung auf diejenigen Personen, die willentlich den Tatbestand zur Entstehung einer solchen Beziehung verwirklicht haben.¹³¹ Folglich werden Dritte aus einem fremden Vertrag weder berechtigt noch verpflichtet.¹³² Diese Wirkungsbeschränkung ist eine Folge der Privatautonomie.¹³³ Denn dem Individuum ist es grundsätzlich anheimgestellt, vertragliche Rechtsverhältnisse einzugehen oder davon abzusehen (*Abschlussfreiheit*).¹³⁴
- 38 — *Zweitens* führt der Relativitätsgrundsatz zu einer Beschränkung der Schutzmöglichkeiten bestimmter subjektiver Rechte.¹³⁵ Denn infolge des Relativitätsgrundsatzes wird zwischen relativen und absoluten Rechten unterschieden.¹³⁶ Während Erstere nur den konkret Verpflichteten zu einem bestimmten Verhalten anhalten, sind Letztere von jedermann zu beachten.¹³⁷ Da sich die relativen Rechte nur an den Verpflichteten richten, können nicht am Schuldverhältnis beteiligte Dritte ein solches (fremdes) Forderungsrecht grundsätzlich auch nicht verletzen.¹³⁸

129 BÄRTSCHI, Relativität, S. 82; VON CAEMMERER, Drittschadensersatz, S. 342 f.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 113. Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3918.

130 So z.B. in Art. 262 Abs. 3 OR, der es dem Vermieter ermöglicht, einen vom Untermieter verursachten Schaden direkt geltend zu machen. Siehe auch Art. 399 Abs. 3 OR. Dazu hinten Rn. 332 ff.

131 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 44 f.; MINNIG, Grundfragen, N 2.23; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 99.

132 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 104 f., m.w.H.

133 MINNIG, Grundfragen, N 2.23.

134 Ausführlich zu den Ausprägungen der Vertragsfreiheit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 612 ff.

135 Vgl. MINNIG, Grundfragen, N 2.25.

136 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 46; MINNIG, Grundfragen, N 2.24; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 9; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 61. Vgl. BGE 114 II 91 E. 4a.aa S. 97.

137 Grundlegend zur Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Rechten VON TUHR, AT BGB I, S. 203 ff.

138 Vgl. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 46 ff., insbesondere N 49; ENGEL, traité, S. 18 ff.; MINNIG, Grundfragen, N 2.24.

Für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist die Wirkungsbeschränkungsfunktion des Relativitätsgrundsatzes. Darauf ist sogleich näher einzugehen. 39

b. Bedeutung für die indirekte Stellvertretung

Infolge des Relativitätsgrundsatzes beschränken sich die Wirkungen des Grundverhältnisses und des Drittvertrags auf die am jeweiligen Schuldverhältnis als Parteien beteiligten Personen. Regelmässig liegen zwei rechtlich voneinander unabhängige Verträge vor.¹³⁹ Folglich wird der indirekt Vertretene aus dem Drittvertrag zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten weder berechtigt noch verpflichtet.¹⁴⁰ Mangels vertraglicher Anspruchsgrundlage steht dem indirekt Vertretenen auch kein vertraglicher Schadenersatzanspruch im Fall einer Vertragsverletzung des Dritten zu. Gleichzeitig treffen die aus einer solchen Vertragsverletzung resultierenden Schäden aber typischerweise den indirekt Vertretenen, dem die Leistung des Dritten letztlich zukommt.¹⁴¹ Somit führt der Relativitätsgrundsatz im Rahmen der indirekten Stellvertretung dazu, dass der Umstand, wonach der indirekt Vertretene schlussendlich das wirtschaftliche Resultat des Drittvertrags empfängt, rechtlich ausgeblendet wird.¹⁴² Dies hat u.a. zur Folge, dass das wirtschaftliche Resultat des Drittvertrags gesondert durch weitere Rechtsakte vom indirekten Stellvertreter auf den indirekt Vertretenen übertragen werden muss.¹⁴³ Der indirekte Stellvertreter kann dem indirekt Vertretenen das Ergebnis aus dem Drittvertrag dabei auf zwei Wegen zukommen lassen: Entweder tritt er das aus dem Drittvertrag entstandene, auf Leistung des Dritten gerichtete, Forderungsrecht dem indirekt Vertretenen ab oder er überträgt ihm die vom Dritten in Erfüllung von dessen Leistungspflicht erworbenen Vermögensgegenstände.¹⁴⁴ Der indirekt Vertretene profitiert also nicht unmittelbar vom Drittvertrag. Dies gilt umgekehrt auch für den Dritten, der aus dem Grundverhältnis für sich keinerlei Ansprüche ableiten kann.¹⁴⁵ So könnte 40

139 Siehe vorne Rn. 16 ff.

140 BK-FELLMANN/MÜLLER, N 33 zu Art. 543 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 115; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 111.

141 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658. Weiterführend dazu hinten Rn. 344 ff.

142 Vgl. KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 64 *in initio*, die jedoch zu Unrecht daraus schlussfolgern, die indirekte Stellvertretung weise keine rechtlichen Besonderheiten auf.

143 BGE 100 II 200 E. 8a S. 211 f.; BERGER, Schuldrecht, N 837 ff.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 115. Vgl. auch BK-FELLMANN/MÜLLER, N 33 zu Art. 543 OR; HUGUENIN, AT/BT, N 1032.

144 Vgl. ENGEL, traité, S. 410; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 44.

145 BK-FELLMANN/MÜLLER, N 30 zu Art. 543 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 80 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 112.

der Dritte im Fall des Konkurses seines Vertragspartners nicht vom indirekt Vertretenen verlangen, was der indirekte Stellvertreter sonst als Auslagenersatz für die Befriedigung des Dritten erhalten hätte.

- 41 Aus dem Relativitätsgrundsatz ergibt sich zudem, dass Willensmängel nur in demjenigen Vertragsverhältnis geltend gemacht werden können, das sie betreffen.¹⁴⁶ Beispielsweise kann der Dritte den Vertrag mit dem indirekten Stellvertreter nicht unter Berufung auf einen Willensmangel anfechten, der auf den Grundvertrag zurückzuführen ist.¹⁴⁷ So vermag sich der Dritte allein aufgrund des Umstandes, dass sein Vertragspartner als indirekter Stellvertreter fungiert – und als solcher das wirtschaftliche Resultat einer anderen Person zukommen lässt –, nicht vom Drittvertrag zu lösen.¹⁴⁸ Denn das Nicht-Weiterübertragen der eigenen Leistung durch den Vertragspartner kann bei objektiver Betrachtung für gewöhnlich nicht als notwendige Grundlage des Vertrags erachtet werden.¹⁴⁹ Nur ausnahmsweise wird sich der Dritte auf einen Grundlagenirrtum berufen können.¹⁵⁰ Will der Dritte vermeiden, dass sein Vertragspartner als indirekter Stellvertreter handelt, so kann er dies nur erreichen, indem er in den Vertrag eine Bestimmung aufnimmt, die die Weiterübertragung beschränkt.¹⁵¹ Freilich wird sich jemand, der als indirekter Stellvertreter auftritt, auf eine solche Bestimmung nicht einlassen.

- 42 Auch der indirekt Vertretene kann sich im Grundvertrag nicht auf Willensmängel berufen, die das Vertragsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten betreffen.¹⁵² Nicht anders ist es für den indirekten

146 CHK-KUT, N 42 zu Art. 32 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 117. Vgl. BIERMANN, *Kommissionsvertrag*, S. 35; PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 68.

147 DROIN, *représentation indirecte*, S. 88.

148 Vgl. DROIN, *représentation indirecte*, S. 89 ff.; PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 68.

149 Vgl. DROIN, *représentation indirecte*, S. 90. Weiterführend zum Grundlagenirrtum BK-SCHMIDLIN, N 90 ff. zu Art. 24 OR.

150 Beispiel: Der Dritte steht zur Person des indirekt Vertretenen in einem ausgeprägten Konkurrenzverhältnis. Würde er die Leistung, die er dem indirekten Stellvertreter erbringt, seinem Konkurrenten erbringen, so könnte daraus ein erheblicher Geschäftsnachteil resultieren. Das Nicht-Weiterübertragen der Leistung ist diesfalls eine objektiv wesentliche Grundlage des Vertrags, die – sofern für den Vertragspartner bei Abschluss des Geschäfts erkennbar – zur Anfechtung des Vertrags berechtigt. Vgl. auch PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 68. Zum Erfordernis der Erkennbarkeit der Bedeutung des Irrtums BK-SCHMIDLIN, N 180 ff. zu Art. 24 OR, m.w.H.

151 So auch PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 68.

152 Explizit CHK-KUT, N 42 zu Art. 32 OR. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass bei der indirekten Stellvertretung eine Wissenszurechnung nicht in Frage kommt. Hierfür sei auf die Ausführungen weiter hinten zum gutgläubigen Erwerb vom Dritten verwiesen (siehe Rn. 526 ff.).

Stellvertreter, und zwar in beide Richtungen. Im Grundvertrag können keine den Drittvertrag angehenden Willensmängel geltend gemacht werden und umgekehrt.¹⁵³ So kann sich der indirekte Stellvertreter z.B. bei Ungültigkeit des Grundvertrags nicht von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Dritten unter Berufung auf einen Irrtum befreien. Möglich ist aber, dass der indirekte Stellvertreter in diesem Fall seinen Pflichten aus dem Drittvertrag nicht nachkommen kann, etwa weil er die dem Dritten versprochene, aber dem indirekt Vertretenen gehörende, Sache nun nicht wirksam auf den Dritten übertragen kann. Der indirekte Stellvertreter würde dem Dritten gegenüber schadenersatzpflichtig. Diesen Schaden könnte er sich gestützt auf eine *culpa in contrahendo*-Haftung vom indirekt Vertretenen als Haftungsinteresse ersetzen lassen, sofern die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.¹⁵⁴

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die indirekte Stellvertretung massgeblich vom Relativitätsgrundsatz geprägt ist. So beschränken sich die Wirkungen des Grundverhältnisses und des Drittvertrags auf die am jeweiligen Rechtsgeschäft als Parteien beteiligten Personen. Daraus resultieren in gewissen Fällen Schutzdefizite für einzelne an der indirekten Stellvertretung Beteiligte. Punktuelle Durchbrechungen des Relativitätsgrundsatzes können somit angezeigt sein und sind daher im weiteren Verlauf dieser Untersuchung zu diskutieren.

§3 Der Verfügungsbegriff

1. Im Allgemeinen

Der Verfügungsbegriff wurde vom schweizerischen Gesetzgeber nicht als solcher definiert. Gleichwohl kann seine Definition im Wesentlichen als unstrittig angesehen werden.¹⁵⁵ So handelt es sich bei der Verfügung um ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis¹⁵⁶ unmittelbar übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird.¹⁵⁷ Mittels Verfügung

153 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N117.

154 Weiterführend zur *culpa in contrahendo* GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 963 ff.

155 HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 967; MINNIG, Grundfragen, N 2.13.

156 Verfügungsobjekt bilden in erster Linie die subjektiven Rechte. Ob auch ein Rechtsverhältnis, insbesondere ein Schuldverhältnis als Ganzes, als Objekt einer Verfügung fungieren kann, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Zum Meinungsstand: Dafür z.B. LAUKO, Abtretung, S. 17; THIELE, Zustimmung, S. 39 ff., m.w.H.; VON TUHR, AT BGB II/1, S. 238. Dagegen z.B. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 140; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 137; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.33.

157 Siehe vornehmlich VON TUHR, AT BGB II/1, S. 238 ff. Siehe sodann BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Vorbem. zu Art. 1-40f OR, N 22; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 137;

wird somit unmittelbar auf einen Vermögensgegenstand eingewirkt.¹⁵⁸ Hierbei handelt es sich allerdings nicht um einen tatsächlichen Vorgang. Vielmehr liegt der Verfügung tatbestandlich ein Rechtsgeschäft (*Verfügungsgeschäft*) zugrunde, welches in Verbindung mit weiteren Elementen, wie beispielsweise der Besitzübergabe bei beweglichen Sachen, zu einer unmittelbaren Änderung in der Rechtszuordnung führt.¹⁵⁹ Während also das Verfügungsgeschäft das der Verfügung tatbestandlich zugrunde liegende Rechtsgeschäft darstellt, geht der Verfügungsbegriff darüber hinaus, da er den gesamten Vorgang beschreibt, insbesondere die durch das Verfügungsgeschäft ausgelösten Rechtsfolgen.¹⁶⁰ Um den Verfügungsbegriff besser erfassen zu können, sind im Folgenden die Wirkungen des Verfügungsgeschäfts zu erläutern.

2. Wirkungen der Verfügung

a. Herrschende Lehre

- 45 Die herrschende Lehre geht davon aus, dass lediglich solche Einwirkungen auf einen Vermögensgegenstand als Verfügung zu qualifizieren sind, die eine unmittelbare Verminderung der Aktiven des Verfügenden zur Folge haben.¹⁶¹ Das Verfügungsgeschäft führt somit stets zu einer Schmälerung bestehender Rechte.¹⁶²

NEUNER, AT BGB, § 29 N 31; MINNIG, Grundfragen, N 2.13; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.33; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 194.

158 Der Verfügungsbegriff ist eng mit demjenigen des Vermögens verbunden. In der vorliegenden Untersuchung wird unter dem Begriff des «*Vermögens*» die Summe aller verfügbaren Rechtspositionen (subjektive Rechte, Anwartschaften) einer Person verstanden. Nicht zum Vermögen gehören die persönlichen Fähigkeiten eines Rechtssubjekts sowie dessen Persönlichkeitsrechte. Sie sind folglich einer Verfügung nicht zugänglich. Da das Vermögen als Vorbedingung der freien Persönlichkeitsentfaltung untrennbar mit der Person verbunden ist, kann das Vermögen selber nie das Objekt einer Verfügung sein. Verfügungsobjekt bilden vielmehr die einzelnen Vermögensgegenstände, wobei eine Verfügung über sämtliche Vermögensgegenstände unter Beachtung des Spezialitätsprinzips denkbar ist. Weiterführend zum Verfügungsbegriff SCHMID, Vermögensverwaltung, N 2.01 ff.

159 MINNIG, Grundfragen, N 2.14, Fn. 90; HURNI, Vermögensübertragung, S. 118 f. Vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.34.

160 LAUKO, Abtretung, S. 17.

161 BSK-WOHLFART/MEYER HONEGGER, N 10 zu Art. 204 SchKG; HUGUENIN, AT/BT, N 64; PETER, Eigentumsübertragung, S. 139; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.33; THIELE, Zustimmung, S. 32; VON TUHR, AT BGB II/1, S. 238, § 54 Fn. 10; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 194; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 52 zu Art. 1 OR. Vgl. auch FLUME, Rechtsgeschäft, S. 140 *in fine*, S. 141 *in initio*.

162 THIELE, Zustimmung, S. 32.

b. Minderheitsmeinung

Im Schrifttum wird die herrschende Lehre vereinzelt kritisiert und ein weitergehender Verfügungsbegriff vorgeschlagen.¹⁶³ So sind LAUKO zufolge alle «[...] Änderungen eines bestehenden Rechts oder Rechtsverhältnisses unabhängig davon, ob dessen Inhalt vermindert oder erweitert wird, als Verfügungen anzusehen [...]».¹⁶⁴ LAUKO beschränkt den Verfügungsbegriff somit nicht auf die Verminderung bestehender Aktiven, sondern fasst auch deren Erweiterung als Verfügung auf.¹⁶⁵ Ihm zufolge ist jedes Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeit von der gegenstandsbezogenen Rechtsmacht einer Partei abhängt, als Verfügung zu qualifizieren.¹⁶⁶ Da die Fähigkeit, in positiver Weise inhaltsändernd auf einen Vermögensgegenstand einzuwirken, nur demjenigen zukomme, dem eine besondere Rechtsmacht über diesen Vermögensgegenstand zusteht, sei auch dieser Fall als Verfügung anzusehen.¹⁶⁷ Diesem weitergehenden Verständnis der Verfügung liegt der Gedanke zugrunde, dass sich der Verfügungsbegriff wesentlich an jenem der Verfügungsmacht orientiert. Da LAUKO unter dem Begriff «*Verfügungsmacht*» jedes gegenstandsbezogene rechtliche Können versteht, welches auf der Inhaberschaft am betreffenden Vermögensgegenstand basiert, gelangt er zu einem weitergehenden Verfügungsbegriff.¹⁶⁸

c. Stellungnahme

Die soeben dargelegte Minderheitsmeinung vermag nicht zu überzeugen.⁴⁷ Zwar ist richtig, dass rechtliche Einwirkungen auf einen Vermögensgegenstand stets eine besondere Rechtsmacht des Handelnden voraussetzen, doch unterscheiden sich die verschiedenen Arten von Einwirkungen in ihren jeweiligen Rechtswirkungen.¹⁶⁹ Wird beispielsweise ein bestehender Vermögensgegenstand erweitert, so wird dadurch die Macht des Rechtsinhabers über diesen Gegenstand nicht verbraucht.¹⁷⁰ Vielmehr bleibt der Rechtsinhaber weiter in der Lage, den Gegenstand ganz oder teilweise aus seinem Vermögen

163 So vornehmlich LAUKO, Abtretung, S. 15 ff. Für das deutsche Recht etwa HAU, Vertragsanpassung, S. 39 ff.

164 LAUKO, Abtretung, S. 94.

165 Als Beispiel für eine Rechtserweiterung nennt LAUKO die Erhöhung des Forderungsbetrags oder des Zinsfusses (LAUKO, Abtretung, S. 93).

166 LAUKO, Abtretung, S. 18 f., 26 ff.

167 LAUKO, Abtretung, S. 93 f.

168 LAUKO, Abtretung, S. 26 ff.

169 Vgl. ferner VON TUHR, AT BGBII/1, S. 365.

170 Vgl. ferner VON TUHR, AT BGBII/1, § 54 Fn. 9, 10.

auszuscheiden, um ihn etwa auf eine andere Person zu übertragen. Ähnlich verhält es sich bei der Ausübung eines Rechts wie etwa des Stimmrechts einer Beteiligung. Zwar bedarf es auch hierfür einer entsprechenden Rechtsmacht des Handelnden, die i.d.R. auf der Rechtsinhaberschaft an der Beteiligung basiert oder vom Rechtsinhaber einem Dritten eingeräumt werden kann,¹⁷¹ doch bleibt die Güterzuordnung des Beteiligungsrechts selbst unverändert.

48 In den soeben genannten Fällen eine Verfügung zu erblicken, würde den Verfügungsbegriff seiner Konturen berauben. In der vorliegenden Untersuchung wird daher an der herrschenden Auffassung festgehalten, wonach das Verfügungsgeschäft charakteristischerweise auf bestehende Vermögensgegenstände in vermindernder Weise einwirkt und so rechtszuordnungsändernde Wirkungen entfaltet. Damit ist die Verfügung nicht die einzige, wohl aber die wichtigste Art rechtlicher Einwirkung auf einen Vermögensgegenstand.¹⁷² Keine Verfügung ist hingegen die Erweiterung oder die Ausübung eines Rechts.¹⁷³

49 Dass das Verfügungsgeschäft zu seiner Gültigkeit eine entsprechende gegenstandsbezogene Rechtsmacht (*Verfügungsmacht*) des Verfügenden voraussetzt,¹⁷⁴ ist eine logische Konsequenz der soeben beschriebenen Wirkung der Verfügung, nicht aber der Ausgangspunkt für die dogmatische Erfassung des Verfügungsbegriffs.¹⁷⁵ Im Unterschied zu den übrigen Arten rechtlicher Einwirkung auf einen Vermögensgegenstand wird die Rechtsmacht des Handelnden bei der Verfügung konsumiert.¹⁷⁶ Dementsprechend kann bei mehreren sich widersprechenden Verfügungen nur die zeitlich erste gültig sein (*Prioritätsprinzip*).¹⁷⁷

50 Der Gedanke, wonach die Verfügung bestehende Rechte schmälert, lässt sich mittelbar auch aus dem Gesetz ableiten. So besagt etwa Art. 19 Abs. 1 ZGB: «Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben». Der

171 Vgl. beispielhaft Art. 689b Abs. 2 OR; CHK-RAEMY/GABRIEL, N 6f. zu Art. 689b OR, m.w.H.

172 Vgl. VON TUHR, AT BGB II/1, S. 365.

173 HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 967; VON TUHR, AT BGB II/1, S. 238.

174 Z.B. BERGER, Schuldrecht, N 260 f.; BUCHER, OR AT, S. 43; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 142; HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 969; HUGUENIN, AT/BT, N 65; NEUNER, AT BGB, § 29 N 34; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.35. Vgl. auch ZK-SCHRANER, Vorbem. zu Art. 68–96 OR, N 64 ff.

175 A.A. LAUKO, Abtretung, S. 18 ff.; wohl auch FLUME, Rechtsgeschäft, S. 142.

176 BUCHER, OR AT, S. 46; HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 969.

177 BERGER, Schuldrecht, N 261; BUCHER, OR AT, S. 46; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 143; HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 969; HUGUENIN, AT/BT, N 65; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.39.

Passage «*Rechte aufgeben*» wurde bisher nur wenig Beachtung geschenkt.¹⁷⁸ Während der Gesetzgeber anerkanntermassen mit der Umschreibung «*Verpflichtungen eingehen*» den Abschluss von Verpflichtungsgeschäften unter den Vorbehalt der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters stellt,¹⁷⁹ ergibt sich das Zustimmungserfordernis für die Verfügungsgeschäfte nach der hier vertretenen Auffassung aus dem Ausdruck «*Rechte aufgeben*».¹⁸⁰ Denn unter der Bezeichnung «*Rechte aufgeben*» ist nichts anderes zu verstehen, als in vermindelter Weise auf einen Vermögensgegenstand einzuwirken, mithin darüber zu verfügen. Diese These wird zusätzlich durch Art. 729 ZGB untermauert. Nach Art. 729 ZGB «[geht] [d]as Fahrniseigentum [...], trotz Verlust des Besitzes, erst dadurch unter, dass der Eigentümer sein **Recht aufgibt** [...]».¹⁸¹ Art. 729 ZGB normiert den Tatbestand der Dereliktion. Bei der Dereliktion handelt es sich um eine Verfügung des Eigentümers.¹⁸² Folglich wird auch in Art. 729 ZGB die Umschreibung «*Rechte aufgeben*» zur Bezeichnung eines Verfügungsvorgangs verwendet.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Verfügungsgeschäft unmittelbar auf die Vermögensgegenstände des Verfügenden in rechtsvermindernder Weise einwirkt. Der Verfügungsbegriff ist folglich als «*Rechte aufgeben*» bzw. «*Rechte schmälern*» zu definieren. 51

3. Einteilung der Verfügungsgeschäfte

Nachdem soeben die Wirkungen der Verfügung untersucht worden sind, sind die Verfügungsgeschäfte im Folgenden nach der Anzahl der Willenserklärungen einzuteilen. Dabei wird sich zeigen, dass der Verfügung ein ein- oder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zugrunde liegen kann. Ein einseitiges Rechtsgeschäft ist prinzipiell immer dann anzunehmen, wenn die Handlung 52

178 Exemplarisch BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 67 zu Art. 19-19c ZGB.

179 BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 67 zu Art. 19-19c ZGB; BSK-FANKHAUSER, N 16 ff. zu Art. 19 ZGB.

180 Dies wird in der Literatur übersehen. Da nämlich anerkanntermassen Verfügungen der Handlungsfähigkeit des Verfügenden bedürfen (so z.B. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 17 zu Art. 19-19c ZGB), stellt sich die Literatur auf den Standpunkt, dass der Wortlaut von Art. 19 ZGB zu eng sei, «[...] da nicht bloss die Verpflichtungsfähigkeit, sondern die Geschäftsfähigkeit schlechthin unter dem Vorbehalt der Zustimmung steht; neben der Begründung von Verpflichtungen kommen auch Verfügungsgeschäfte [...] in Betracht [...]» (BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 67 zu Art. 19-19c ZGB). Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 ZGB keineswegs zu eng, da er sowohl die Verpflichtungs- als auch die Verfügungsgeschäfte unter den Zustimmungsvorbehalt stellt.

181 Hervorhebung hinzugefügt.

182 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 144; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 8 zu Art. 729 ZGB.

des Verfügenden auf die reine Aufgabe eines Rechts gerichtet ist.¹⁸³ Hauptbeispiel in diesem Kontext ist die zuvor bereits erwähnte Dereliktion (Art. 729 ZGB).¹⁸⁴ Dabei gibt der Eigentümer den Besitz an einer Sache auf, in der rechtsgeschäftlichen Absicht, auf das Eigentumsrecht zu verzichten.¹⁸⁵

53 Soll der Vermögensgegenstand aber auf eine andere Person übertragen oder zu Gunsten einer anderen Person belastet werden, so liegt der Verfügung nach der herrschenden Lehre tatbestandlich ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zugrunde, sprich ein Verfügungsvertrag.¹⁸⁶ In der Doktrin ist diese Ansicht nicht ohne Kritik geblieben. So präzisiert etwa FLUME: «Die Eigentumsübertragung z.B. ist eine Verfügung nur hinsichtlich der Übertragung, nicht aber hinsichtlich des Erwerbs des Eigentums und nur der Übertragende und nicht der Erwerber trifft mit der Eigentumsübertragung eine Verfügung».¹⁸⁷ «Soweit [aber] das Verfügungsgeschäft unmittelbar zugleich auf den Rechtserwerb eines anderen gerichtet ist (Paradigma: die Eigentumsübertragung), bedarf die Verfügung eines Vertrages».¹⁸⁸ Demgegenüber lehnt PETER den Verfügungsvertrag gänzlich ab. Ihm zufolge ist die Idee des Verfügungsvertrags unvereinbar mit dem Begriff des Verfügungsgeschäfts, da sich dieses stets als ein einseitiges Rechtsgeschäft erweise.¹⁸⁹

54 Der soeben dargestellten Kritik von FLUME, wonach lediglich der Übertragende eine Verfügung trifft, das Verfügungsgeschäft an sich aber ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, wird hier zugestimmt. Denn dogmatisch ist der Verfügungsvorgang wie folgt zu erklären: Nach der hier vertretenen Auffassung richtet sich der rechtsgeschäftliche Wille des Übertragenden quasi als *logische Sekunde* vor dem eigentlichen Übertragungsakt darauf, das zu übertragende Recht aus seinem Vermögen auszuschneiden, mithin das Recht aufzugeben. Dieser Vorgang ist in der Tat stets einseitiger Natur.¹⁹⁰ Insoweit kann der Kritik von PETER gefolgt werden. Allerdings ist damit nur ein Teil des gesamten Vorgangs erklärt. Denn im Unterschied zum Verfügungsvorgang

183 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 144.

184 BERGER, Schuldrecht, N 256; HUGUENIN, AT/BT, N 64; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.34. Der Verzicht auf eine Forderung hingegen ist als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft aufzufassen. Siehe FLUME, Rechtsgeschäft, S. 144.

185 Vgl. Art. 729 ZGB. Weiterführend BSK-RUSCH/SCHWANDER, N 2f. zu Art. 729 ZGB.

186 BERGER, Schuldrecht, N 255; HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 967; HUGUENIN, AT/BT, N 64; HURNI, Vermögensübertragung, S. 118 *in fine*; MINNIG, Grundfragen, Fn. 90; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 3.34; THIELE, Zustimmung, S. 32; VON TUHR, AT BGB II/1, S. 242.

187 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 140 *in fine*, S. 141 *in initio*. Vgl. auch HAEDICKE, Verfügungsbegriff, S. 967.

188 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 144.

189 PETER, Eigentumsübertragung, S. 139.

190 Vgl. THIELE, Zustimmung, S. 32.

bei der Dereliktion erfolgt die Aufgabe des Rechts vorliegend zwecks dessen Übertragung auf eine andere Person. Zusätzlich zum Willen zur Rechtsaufgabe bildet der Verfügende also einen rechtsgeschäftlichen Übertragungswillen.¹⁹¹ Da das Prinzip der Privatautonomie den Zugriff Fremder auf ein Vermögen selbst dann ausschliesst, wenn sich dieser Zugriff vermögensmehrend auswirkt, muss auch der Erwerber einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen (Erwerbs-)Willen aufweisen.¹⁹² Obgleich einzig der Übertragende ein Recht aufgibt, ist der Übertragungsvorgang als Ganzes somit zweiseitiger Natur, sodass an der Idee des Verfügungsvertrags festzuhalten ist.

4. Zur Unterscheidung von Verfügungsmacht und Verfügungsfähigkeit

Die Begriffe «*Verfügungsmacht*» und «*Verfügungsfähigkeit*» hängen eng mit demjenigen der Verfügung zusammen. Allerdings herrscht im schweizerischen Recht diesbezüglich ein uneinheitlicher Sprachgebrauch.¹⁹³ Eine klare begriffliche Unterscheidung scheint deshalb angezeigt. Wie bereits dargelegt, liegt der Verfügung tatbestandlich ein Rechtsgeschäft zugrunde.¹⁹⁴ So wie die Verpflichtungsgeschäfte bedürfen auch die Verfügungsgeschäfte zu ihrer Gültigkeit der Geschäftsfähigkeit der Parteien.¹⁹⁵ Darüber hinaus muss dem Verfügenden eine besondere Rechtsmacht am Verfügungsobjekt zustehen, andernfalls er nicht in der Lage wäre, in rechtszuordnungsändernder Weise auf das Verfügungsobjekt einzuwirken.¹⁹⁶

An diese beiden Gültigkeitsvoraussetzungen knüpfen nach meinem Dafürhalten die Begriffe der Verfügungsfähigkeit und der Verfügungsmacht an. Die *Verfügungsmacht* ist zu definieren als die Fähigkeit eines Rechtssubjekts, über bestimmte Gegenstände seines Vermögens zu disponieren.¹⁹⁷ Die Verfügungsmacht basiert auf einer besonderen Beziehung des Verfügenden

191 Vgl. STAEHELIN, Verfügung, S. 2 *in initio*.

192 Vgl. HURNI, Vermögensübertragung, S. 118; ferner in anderem Zusammenhang LAUKO, Abtretung, S. 94.

193 DÖBELI, Auswirkungen, Fn. 667. Weiterführend LAUKO, Abtretung, S. 23 ff. Zusätzlich zu den Begriffen «*Verfügungsmacht*» und «*Verfügungsfähigkeit*» verwendet das Gesetz bisweilen noch den Begriff «*Verfügungsbefugnis*» (so z.B. in der Marginalie zu Art. 178 ZGB; vgl. auch ZK-SCHRANER, Vorbem. zu Art. 68-96 OR, N 64).

194 Siehe vorne Rn. 44.

195 ZK-SCHRANER, Vorbem. zu Art. 68-96 OR, N 52 ff. Vgl. auch BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 67 zu Art. 19-19c ZGB.

196 Vgl. die Literaturhinweise vorne in Fn. 174.

197 Z.B. BK-ZOBL/THURNHERR, N 733 zu Art. 884 ZGB; DÖBELI, Auswirkungen, Fn. 667; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 142; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 164; SAUSER-HALL, Verfügungsmacht, Nr. 572, m.w.H.

zum Verfügungsobjekt, die sich i.d.R. aus der materiellen Rechtsinhaberschaft am Verfügungsobjekt ergibt.¹⁹⁸ Bei der Verfügungsmacht handelt es sich um eine zum Inhalt des Rechts gehörende Befugnis.¹⁹⁹

- 57 Von der Verfügungsmacht zu unterscheiden ist die Verfügungsfähigkeit.²⁰⁰ Unter der *Verfügungsfähigkeit* ist die für jedes Verfügungsgeschäft erforderliche Geschäftsfähigkeit des Verfügenden zu verstehen.²⁰¹ Im Unterschied zur Verfügungsmacht handelt es sich bei der Verfügungsfähigkeit nicht um eine gegenstandsbezogene Rechtsmacht, sondern um eine allgemeine Fähigkeit einer Person.²⁰²

5. Exkurs: Übertragung von Fahrniseigentum

- 58 Zwar wird auch die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nahezu einhellig als rechtsgeschäftlicher Vorgang begriffen,²⁰³ doch ist im schweizerischen Recht umstritten, wo die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen des Übertragenden und des Erwerbenden zu verorten sind. Während ein Teil der Literatur einen eigenständigen *dinglichen Vertrag* (Verfügungsvertrag) annimmt,²⁰⁴ lokalisieren andere Autoren die Einigung über den Eigentumsübergang entweder im Kausalgeschäft²⁰⁵ oder fassen die Besitzübertragung als rechtsgeschäftlichen Akt auf.²⁰⁶ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung befasst sich naturgemäss nicht abstrakt mit dieser Frage. Nichtsdestotrotz hat das Bundesgericht in jüngerer Zeit wiederholt von einem «*dinglichen Vertrag*»

198 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 142; SAUSER-HALL, Verfügungsmacht, Nr. 572.

199 BK-ZOBL/THURNHERR, N 734 zu Art. 884 ZGB; VON TUHR, AT BGB II/1, S. 365.

200 Richtig SAUSER-HALL, Verfügungsmacht, Nr. 572. Vgl. auch BK-ZOBL/THURNHERR, N 47, 733 f. zu Art. 884 ZGB; HAEDICKE, Verfügungsbegriff, Fn. 30; LAUKO, Abtretung, S. 23. A.A. offenbar HOLENSTEIN, Verfügungsberechtigter, S. 20. Unklar HURNI, Vermögenübertragung, S. 111 *in fine*.

201 LAUKO, Abtretung, S. 23; SAUSER-HALL, Verfügungsmacht, Nr. 572. Vgl. HAEDICKE, Verfügungsbegriff, Fn. 30.

202 Weiterführend VON TUHR, AT BGB II/1, S. 334.

203 Statt vieler ROCHAT, titre d'aliénation, N 468. A.A., soweit ersichtlich, einzig PIOTET: «*ce n'est pas la volonté des parties, mais bien la loi, qui fait passer la propriété à l'acquéreur quand il devient possesseur de la chose mobilière en exécution de l'acte juridique de base [...]*» (PIOTET, transferts, N 43).

204 BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 41 zu Art. 12 ZGB; BSK-RUSCH/SCHWANDER, N 5 f. zu Art. 714 ZGB; HONSELL, OR BT, S. 53 f.; HONSELL, Tradition, S. 352; LIVER, SPR V/1, S. 317 f.; OFTINGER, Eigentumsübertragung, S. 56 ff.; STAEHELIN, Verfügung, S. 6; STEINAUER, droits réels II, N 2959 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Zivilgesetzbuch, § 103 N 5; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 147 *in fine*, S. 148 *in initio*; ZK-SCHÖNBERGER/JÄGGI, N 95 zu Art. 1 OR; ZK-SCHÖNLE, N 27 zu Art. 184 OR.

205 HOWALD, dinglicher Vertrag, S. 99; SIMONIUS, Kauf, S. 41; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 41 zu Art. 714 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 300 zu Art. 884 ZGB.

206 BK-ZOBL/THURNHERR, N 653 ff. zu Art. 884 ZGB.

gesprochen, ohne diesbezüglich Näheres auszuführen.²⁰⁷ Im Folgenden wird zum dinglichen Vertrag Stellung genommen. Nicht nur, weil dies im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem Verfügungsbegriff angezeigt ist, sondern auch, weil die Problematik weiter hinten noch relevant sein wird, und zwar bei der Frage, wie und in welchem Zeitpunkt der indirekt Vertretene das Recht an den beweglichen Sachen erwirbt, die der Dritte dem indirekten Stellvertreter überträgt.²⁰⁸ Allerdings kann im Rahmen dieser Arbeit keine gebührende Untersuchung dieser Problematik erfolgen. Vielmehr wird nachstehend erläutert, wie die Übertragung von Fahrniseigentum vor dem Hintergrund des soeben zum Verfügungsbegriff Gesagten aus Sicht der Autorin zu verstehen ist.

Die Übertragung von Fahrniseigentum ist ein rechtsgeschäftlicher Vorgang, welcher aus der Perspektive des Verfügenden auf die Aufgabe eines Rechts zwecks dessen Übertragung auf eine andere Person gerichtet ist. Der Übertragungsvorgang besteht dabei aus zwei übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen, die auf die Übertragung bzw. den Erwerb des Eigentumsrechts gerichtet sind. Folglich liegt dem Vorgang tatbestandlich ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zugrunde.²⁰⁹ Diesem Verfügungsvertrag quasi als eine logische Sekunde vorgelagert ist der Wille des Übertragenden, das Eigentumsrecht aus seinem Vermögen auszuschneiden.²¹⁰

Zur Frage, wo die soeben beschriebenen Willenserklärungen zu verorten sind, ist wie folgt Stellung zu nehmen: Die Übergabe einer Sache in Form der Übertragung der tatsächlichen Gewalt (Art. 922 Abs. 1 ZGB) ist als ein Realakt aufzufassen,²¹¹ der noch einer rechtlichen Deutung bedarf. Denn der Besitz kann aus verschiedenen Gründen übertragen werden, etwa aus Anlass einer Miete, einer Hinterlegung oder eben zur Eigentumsübertragung.²¹² Infolge der tatsächlichen Natur der Besitzübergabe kann das Verfügungsgeschäft nicht in der zur Eigentumsübertragung notwendigen *traditio* erblickt werden. Vielmehr geht das Verfügungsgeschäft der Besitzübergabe voraus und

207 Siehe vornehmlich BGE 142 III 746 E. 2.1 S. 751. Siehe sodann BGer 4A_314/2016, 4A_320/2016 vom 17. November 2016, E. 4.1; BGer 6B_994/2010 vom 7. Juli 2011, E. 5.3.3.2. Undeutlicher noch BGE 55 II 302 E. 2 S. 306 ff.; BGE 114 II 45 E. 4e S. 51.

208 Siehe hinten Kapitel 7.

209 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 144. Vgl. VON TUHR, Eigentumsübertragung, S. 66 f.

210 Vgl. vorne Rn. 54.

211 BGE 121 III 345 E. 2a S. 347. Siehe z.B. auch BK-STARK/LINDENMANN, N 83 zu Art. 922 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 429; STEINAUER, droits réels I, N 285; ZK-HOMBERGER, N 7 zu Art. 922 ZGB.

212 OFTINGER, Eigentumsübertragung, S. 56 *in fine*, S. 57 *in initio*. Nach Art. 714 Abs. 1 ZGB bedarf es zur Übertragung des Fahrniseigentums des Übergangs des Besitzes auf den Erwerber. Die Übertragung des Besitzes dient der Publizität. Dadurch soll nämlich offenkundig gemacht werden, dass die bewegliche Sache einen neuen Eigentümer hat (siehe z.B. CHK-HITZ, N 10 zu Art. 714 ZGB).

bildet deren rechtlichen Zweck. Die Übertragungs- und die Erwerbserklärung können aber auch nicht als Teil des Kausalgeschäfts angesehen werden. Beim Kausalgeschäft handelt es sich nämlich um ein Verpflichtungsgeschäft, zumeist um einen Kaufvertrag.²¹³ Der Bestand der Aktiven des Schuldners wird durch das Verpflichtungsgeschäft aber nicht verändert.²¹⁴ Demgegenüber entfaltet das Verfügungsgeschäft charakteristischerweise rechtszuordnungsändernde Wirkungen.²¹⁵ Eine Verortung der auf Eigentumsübertragung gerichteten Willenserklärungen im Kausalgeschäft wäre mit der Trennung von Verpflichtung und Verfügung unvereinbar.²¹⁶ Denn andernfalls würde das Kausalgeschäft nicht nur eine Verpflichtungslage herbeiführen, sondern gleichzeitig auch die auf Rechtsaufgabe und Übertragung bzw. Erwerb gerichteten Willenserklärungen der Parteien beinhalten. Folglich ist die Einigung über die Eigentumsübertragung bei Fahrnis als ein eigenständiger *dinglicher Vertrag* aufzufassen. Die anschliessende Besitzübergabe tritt dabei als ein zur gültigen Eigentumsübertragung notwendiges Vollzugselement hinzu.²¹⁷

6. Ergebnis

- 61 Verfügen bedeutet *Rechte schmälern oder Rechte aufgeben*. Indem der Verfügende nämlich ein Recht aus seinem Vermögen ausscheidet, wirkt er auf bestehende Aktiven in vermindender Weise ein, sei es zwecks Übertragung des Rechts auf eine andere Person oder um das Recht zu Gunsten eines anderen zu belasten oder zur reinen Rechtsaufgabe. Tatbestandlich liegt der Verfügung stets ein Rechtsgeschäft zugrunde. Hierbei kann es sich um ein ein- oder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft handeln. Ein zweiseitiges Verfügungsgeschäft ist beispielsweise der dingliche Vertrag bei der Übertragung von Fahrniseigentum. Charakteristisch für das Verfügungsgeschäft ist, dass es auf bestehende Vermögensgegenstände in vermindender Weise einwirkt und damit rechtszuordnungsändernde Wirkungen entfaltet. Darin unterscheidet sich das Verfügungsgeschäft vom zumeist vorangehenden Verpflichtungsgeschäft. Zu seiner Gültigkeit bedarf das Verfügungsgeschäft sowohl der Verfügungsfähigkeit, d.h. der Geschäftsfähigkeit des Verfügenden, als auch der Verfügungsmacht, mithin der Fähigkeit des Verfügenden, über das Verfügungsobjekt zu disponieren.

213 Statt vieler BSK-RUSCH/SCHWANDER, N 3 zu Art. 714 ZGB.

214 Siehe vorne Rn. 35.

215 Siehe vorne Rn. 48.

216 Vgl. ferner auch BSK-RUSCH/SCHWANDER, N 5 zu Art. 714 ZGB; STAEHELIN, Verfügung, S. 5 f.; VON TUHR, Eigentumsübertragung, S. 67 f.

217 Vgl. ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 95 zu Art. 1 OR.

§4 Der Begriff des Zustimmungsgeschäfts

1. Ausgangslage und Einschränkung für die vorliegende Arbeit

Der Begriff des *Zustimmungsgeschäfts* wurde vom schweizerischen Gesetzgeber nicht definiert.²¹⁸ Auch in der schweizerischen Literatur hat sich bisher keine einheitliche Begriffsbeschreibung herausgebildet.²¹⁹ Teils wird der Zustimmungsbegriff gar wegen seiner Vieldeutigkeit abgelehnt.²²⁰ In der Tat verhält es sich so, dass der Begriff der Zustimmung im Zusammenhang mit unterschiedlichen juristischen Tatbeständen verwendet wird und ihm je nach Tatbestand ein anderer Bedeutungsgehalt zukommt.²²¹ Relevant für die vorliegende Untersuchung ist die Zustimmung verstanden als Gültigkeitsvoraussetzung eines Rechtsgeschäfts. So vermag beispielsweise der Verkaufskommissionär über das im Eigentum des Kommittenten stehende Kommissionsgut nur mit dessen Zustimmung gültig zu verfügen.²²² Die Zustimmung des Kommittenten fungiert also als Gültigkeitsvoraussetzung für das Verfügungsgeschäft des Kommissionärs. Im Folgenden wird unter dem Begriff «*Zustimmung*» die vom Gesetz verlangte Einverständniserklärung zu einem fremden Rechtsgeschäft verstanden, von der die Gültigkeit dieses Rechtsgeschäfts abhängt.²²³ Die Zustimmung selber ist dabei ebenfalls rechtsgeschäftlicher Natur.²²⁴

Das schweizerische Recht enthält zahlreiche Vorschriften, in welchen die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Zustimmung einer weiteren Person

218 Anders ist die Rechtslage in Deutschland. Das BGB enthält in den §§182 ff. allgemeine Regeln zu den Zustimmungsgeschäften. Weiterführend dazu etwa Staudinger-KLUMPP, 2019, N 1 ff. zu §182 BGB.

219 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 4 zu Art. 32 OR; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 59 ff. zu Art. 1 OR. Auch VOGT, Zustimmung, S. 3 ff.

220 So etwa BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 4 *in fine* zu Art. 32 OR.

221 Beispiel: Teilweise meint das Gesetz mit dem Begriff «*Zustimmung*» die Abgabe der Ja-Stimme zu einem Beschluss (z.B. Art. 534 Abs. 1, Art. 727a Abs. 2, Art. 786 Abs. 1 OR). In anderem Zusammenhang wiederum ist die Zustimmung einer Vertragspartei zu einem bestimmten rechtsgeschäftlichen Verhalten der Gegenpartei, wie beispielsweise im Fall der Untermiete (Art. 262 Abs. 1 OR), als eine Art Erlaubnis aufzufassen, die eine Vertragsverletzung ausschliesst (siehe auch Art. 291 Abs. 1 und Art. 561 OR). Auch im deutschen Recht ist diese Vieldeutigkeit des Zustimmungsbegriffs anzutreffen. Siehe dazu Staudinger-GURSKY, 2014, Vorbem. zu §§182-185 BGB, N 6 ff.

222 Eingehend dazu hinten Rn. 371.

223 Vgl. Staudinger-GURSKY, 2014, Vorbem. zu §§182-185 BGB, N 1. Weiterführend FLUME, Rechtsgeschäft, S. 885 ff.; VOGT, Zustimmung, S. 15 ff.

224 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 889 f.; MüKo-BAYREUTHER, N 1 zu §182 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 2 zu §182 BGB; VOGT, Zustimmung, S. 26 f.; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 60 zu Art. 1 OR. Krit. THIELE, Zustimmung, S. 253 ff.

abhängig gemacht wird.²²⁵ Dies, weil das betreffende Rechtsgeschäft entweder unmittelbar in die Rechtssphäre des Zustimmenden eingreift – zu denken wäre beispielsweise an das vom direkten Stellvertreter im fremden Namen abgeschlossene Vertretungsgeschäft – oder zumindest die Interessen des Zustimmenden tangiert.²²⁶ Zudem statuiert das Gesetz ein Zustimmungserfordernis in Fällen, in welchen eine Person gesetzlich zur Aufsicht über eine andere Person berufen wird.²²⁷ Exemplarisch hierfür sei das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu einem Geschäft einer urteilsfähigen handlungsunfähigen Person erwähnt (Art. 19 Abs. 1 und Art. 19a Abs. 1 ZGB).

- 64 Das Zustimmungsgeschäft im hier verstandenen Sinne ist eine besondere Erscheinungsform der Rechtsgeschäfte.²²⁸ Es handelt sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das gegenüber dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft (dem *Hauptrechtsgeschäft*) verselbstständigt ist und darauf abzielt, eine Rechtsbedingung dieses Hauptrechtsgeschäfts, nämlich das Zustimmungserfordernis, zu erfüllen.²²⁹ Das Zustimmungsgeschäft weist somit einen *Doppelcharakter* auf: Es ist einerseits ein selbstständiges einseitiges Rechtsgeschäft und andererseits ein Hilfsrechtsgeschäft zum Hauptrechtsgeschäft.²³⁰

2. Einteilung der Zustimmungsgeschäfte

a. Vorgehen

- 65 Die Zustimmungsgeschäfte lassen sich nach mehreren Gesichtspunkten einteilen. Für die vorliegende Untersuchung wird in einem ersten Schritt nach dem Zeitpunkt der Zustimmungserteilung zwischen einer dem Hauptrechtsgeschäft vorangehenden Zustimmung und der nachträglichen Genehmigung differenziert.²³¹ Diese Einteilung entspricht auch der vom Gesetzgeber vor-

225 Z.B. Art. 494 Abs. 1 OR; Art. 19 Abs. 1, Art. 19a Abs. 1, Art. 183 Abs. 2 und Art. 887 ZGB. Siehe darüber hinaus auch Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1, Art. 348 Abs. 2, Art. 458 Abs. 1, Art. 543 Abs. 3 OR; Art. 166 Abs. 2 ZGB.

226 Z.B. Art. 494 Abs. 1 OR; Art. 169 Abs. 1, Art. 178 und Art. 636 Abs. 1 ZGB. Zu den verschiedenen Funktions- und Strukturtypen von Zustimmungsgeschäften siehe THIELE, Zustimmung, S. 139 ff.; VOGT, Zustimmung, S. 43 ff.

227 Siehe vornehmlich VOGT, Zustimmung, S. 57 ff.

228 Vgl. ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 135 ff.; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 50 ff. zu Art. 1 OR.

229 Vgl. MüKo-BAYREUTHER, N 1 f. zu § 182 BGB; Staudinger-GURSKY, 2014, Vorbem. zu §§ 182-185 BGB, N 37; ferner VON TUHR, AT BGB II/2, S. 214.

230 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 889 f. Vgl. auch NEUNER, AT BGB, § 54 N 19.

231 Zusätzlich zur hier relevanten Einteilung nach dem Zeitpunkt der Zustimmung werden in der Literatur noch weitere Einteilungskriterien genannt, wie etwa die Funktion oder Struktur der Zustimmung. Siehe dazu THIELE, Zustimmung, S. 139 ff.; VOGT, Zustimmung, S. 43 ff.

genommenen Unterscheidung. So sieht z.B. Art. 19a Abs. 1 ZGB vor, dass «[...] der gesetzliche Vertreter die Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend im Voraus geben oder das Geschäft nachträglich genehmigen [kann]».

Während das Gesetz die nachträgliche Zustimmung durchwegs als «Genehmigung» bezeichnet,²³² ist die Terminologie im Hinblick auf die vorgängige Zustimmung uneinheitlich. So verwendet der Gesetzgeber namentlich die Begriffe «Vollmacht»,²³³ «Ermächtigung»²³⁴ und seltener «Einwilligung».²³⁵ Anders als bei der Genehmigung sind bei der vorgängigen Zustimmung verschiedene Formen erkennbar, die unterschiedliche Wirkungen zeitigen.²³⁶ Beispielsweise unterscheidet sich die Vollmacht des direkten Stellvertreters von der vorgängigen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu einem Geschäft einer urteilsfähigen handlungsunfähigen Person. Die vorgängigen Zustimmungsgeschäfte sind daher in einem weiteren Schritt nach ihren Wirkungen einzuteilen, wobei das Zustimmungsgeschäft in allen Fällen den Oberbegriff bildet.

Problematisch ist allerdings, dass das Gesetz zwar verschiedene Begriffe zur Beschreibung einer vorgängigen Zustimmung kennt, den verschiedenen Arten vorgängiger Zustimmungsgeschäfte dabei aber nicht Rechnung trägt. Vielmehr weist das Gesetz einen uneinheitlichen Sprachgebrauch auf.²³⁷ So verwendet es den Begriff «Ermächtigung» an einigen Stellen als Synonym für die Vollmacht des direkten Stellvertreters (z.B. Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 OR) und an anderer Stelle mit einem abweichenden Bedeutungsgehalt (vgl. Art. 933 ZGB).²³⁸

Wie bereits bemerkt, wird in der vorliegenden Untersuchung eine Einteilung der vorgängigen Zustimmungsgeschäfte nach ihren Wirkungen angestrebt. Eine solche Einteilung würde sich jedoch als wenig zweckmässig erweisen, wenn den herausgebildeten Arten nicht auch terminologisch klare Konturen verliehen werden. Zumal die einzelnen Arten vorgängiger Zustimmungsgeschäfte im Fortgang der Untersuchung in verschiedenen Themenkomplexen

232 So z.B. Art. 38, Art. 39, Art. 424 (Marginalie) OR; Art. 19a, Art. 19b Abs. 1 ZGB.

233 So z.B. Art. 34 Abs. 3, Art. 36 Abs. 1, Art. 37, Art. 39 Abs. 1, Art. 40, Art. 348b Abs. 2 sowie die Marginalie, Art. 459 (Marginalie), Art. 462 OR.

234 So z.B. Art. 32 Abs. 1, Art. 33, Art. 34 Abs. 1, Art. 35 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1, Art. 348b Abs. 1 und 2, Art. 396 Abs. 2 und 3, Art. 418e, Art. 458 Abs. 1, Art. 459, Art. 543 Abs. 3 OR; Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1, Art. 933 ZGB.

235 Art. 535 Abs. 3 OR; Art. 228 Abs. 1 ZGB.

236 Vgl. VOGT, Zustimmung, S. 67 ff.

237 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 4 zu Art. 32 OR; VOGT, Zustimmung, S. 12; ferner ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 59 zu Art. 1 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, § 42 Fn. 14; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 16 zu Art. 32 OR.

238 Vgl. ferner VON TUHR/PETER, OR AT, § 42 Fn. 14. Zur Bedeutung des Begriffs «Ermächtigung» in Art. 933 ZGB siehe hinten Rn. 377 ff.

wieder aufgegriffen werden. Dieser Zweckmässigkeitsgedanke rechtfertigt es, für die bisher zur Bezeichnung vorgängiger Zustimmungen verwendeten Begriffe eine teils vom Gesetzestext und von der Literatur abweichende Bedeutung festzusetzen, mithin eine synthetische Begriffsbildung vorzunehmen.²³⁹ Die nachfolgende Begriffsbildung ist somit eine unentbehrliche Grundlage für das Verständnis der vorliegenden Untersuchung.

b. Dichotomie der vorgängigen Zustimmungsgeschäfte

- 69 Alle Formen vorgängiger Zustimmungsgeschäfte verbindet die Gemeinsamkeit, dass sie eine Rechtsbedingung²⁴⁰ des Hauptrechtsgeschäfts erfüllen und so dessen gültiges Zustandekommen ermöglichen.²⁴¹ Darüber hinaus vermag ein Teil von ihnen für sich allein genommen rechtliche Wirkungen zu entfalten, und zwar, indem dem Adressaten der Zustimmungserklärung die Macht verliehen wird, durch das Hauptrechtsgeschäft unmittelbar in die Rechtssphäre des Zustimmenden einzugreifen.²⁴² Der andere Teil hingegen entfaltet keine selbständigen Rechtswirkungen. Diese Dichotomie ist wegleitend für die nachfolgende Einteilung.

aa. Die Zustimmung als Erteilung einer Machtbefugnis

aaa. Dogmatik der Machtbefugnisse

- 70 Grundsätzlich kann jeder nur für sich selber bzw. für sein eigenes Vermögen die rechtlichen Verhältnisse regeln.²⁴³ So vermag eine geschäftsfähige Person im Allgemeinen nur ihre eigene Rechtssphäre rechtsgeschäftlich zu gestalten. Das Handeln aufgrund eigener Geschäftsfähigkeit ist dabei weder als ein

239 Einlässlich zur synthetischen Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft WANK, Begriffsbildung, S. 69 ff.

240 Mit dem Begriff «*Rechtsbedingung*» ist eine Tatsache gemeint, die kraft gesetzlicher Anordnung zu den Willenserklärungen der Parteien hinzutreten muss, damit der Tatbestand des Rechtsgeschäfts verwirklicht wird. Von der gewillkürten Bedingung (Art. 151 ff. OR) unterscheidet sie sich einerseits dadurch, dass sie auf Gesetz beruht, und andererseits durch ihre rückwirkende Kraft. Die Bestimmungen über die gewillkürten Bedingungen (Art. 151 ff. OR) finden daher keine Anwendung auf Rechtsbedingungen. Siehe CHK-ROTH PELLANDA, N 8 zu Art. 151 OR; NEUNER, AT BGB, § 52 N 7 f.

241 Beispiel: Ein gültiges Vertretungsgeschäft zwischen dem direkt Vertretenen und dem Dritten kann grundsätzlich nur zustande kommen, wenn der direkte Stellvertreter zuvor zum Abschluss eines solchen Rechtsgeschäfts bevollmächtigt wurde (Art. 32 Abs. 1 OR), der Vertretene mithin im Vorfeld seine «*Zustimmung*» erteilt hat (vgl. VOGT, Zustimmung, S. 67 ff.).

242 Vgl. ferner VOGT, Zustimmung, S. 67 ff.; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 228 *in fine*, S. 229 *in initio*; NEUNER, AT BGB, § 54 N 26.

243 BRÜGGEMANN, Ermächtigung, S. 1; EGGEL, Surrogation, N 3.177; VON TUHR, AT BGB II/1, S. 365 (hinsichtlich der Verfügungsmacht).

subjektives Recht noch als eine besondere Befugnis zu qualifizieren. Vielmehr handelt es sich um eine allgemeine Fähigkeit.²⁴⁴

Privatrechtliche Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre setzen hingegen 71 eine besondere Fähigkeit, mithin eine Machtbefugnis der handelnden Person, voraus.²⁴⁵ Kennzeichen dieser besonderen rechtlichen Erscheinung ist, dass «[...] sie das rechtliche «Können» einer Person in Bezug auf einen fremden Rechtskreis erweiter[t] [...]»,²⁴⁶ ohne dass der befugten Person dabei irgendwelche Pflichten auferlegt werden.²⁴⁷ Die Erteilung einer Machtbefugnis setzt ein besonderes Rechtsverhältnis voraus zwischen der befugten Person und derjenigen Person, in deren Rechtssphäre eingegriffen werden soll. Rechtsgeschäftlich wird ein solches Rechtsverhältnis beispielsweise durch eine Vollmacht zur direkten Stellvertretung begründet.²⁴⁸

Die Literatur hat sich bisher nur unvollständig mit der Systematik und 72 Terminologie der Machtbefugnisse auseinandergesetzt.²⁴⁹ Ungeklärt ist insbesondere, welche Formen von Machtbefugnissen existieren.²⁵⁰ Nach meinem Dafürhalten gibt es zwei Möglichkeiten, auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken, und damit auch zwei Formen von Machtbefugnissen. Die erste Form besteht in der Fähigkeit, eine fremde Rechtssphäre rechtsgeschäftlich zu gestalten. Dabei wird die zustimmende Person aus dem Hauptrechtsgeschäft unmittelbar rechtsgeschäftlich berechtigt und verpflichtet.²⁵¹ Diese Form der Machtbefugnis ist *personenbezogen* und wird in der Literatur vornehmlich als «*Vertretungsmacht*» bezeichnet.²⁵² Die zweite Form ist *gegenstandsbezogen* und befähigt die befugte Person zur unmittelbaren Einwirkung auf einen fremden Vermögensgegenstand.²⁵³ Da die wichtigste Einwirkung

244 VON TUHR, AT BGBl, S. 160 *in fine*, S. 161 *in initio*.

245 SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.147.

246 SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.147. Vgl. auch EGGEL, Surrogation, N 3.178; VON TUHR, AT BGBl, S. 165.

247 VON TUHR, AT BGBl, S. 169 ff., m.w.H.

248 Siehe zum Ganzen SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.147; VON TUHR, AT BGBl, S. 164 *in fine*. Darüber hinaus kann eine Machtbefugnis auch aufgrund gesetzlicher Anordnung entstehen. Beispielhaft hierfür sei die elterliche Vertretungsmacht für minderjährige Kinder erwähnt (Art. 304 Abs. 1 ZGB).

249 SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.148; VON TUHR, AT BGBl, S. 165.

250 Vgl. die Übersicht bei EGGEL, Surrogation, N 3.178. Vgl. auch SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.166.

251 Vgl. SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.155; VON TUHR, AT BGBl, S. 165.

252 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 904 *in initio*; SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.147, 3.155; VON TUHR, AT BGBl, S. 165. Darüber hinaus wird in der Literatur kontrovers diskutiert, ob auch eine Verpflichtungsmacht existiert. Siehe dazu hinten Fn. 275.

253 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 904 *in initio*; SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.147, 3.161; VON TUHR, AT BGBl, S. 166.

auf einen Vermögensgegenstand in einer Verfügung besteht,²⁵⁴ ist namentlich dieser Hauptfall zu betrachten. Dabei wird der befugten Person Verfügungsmacht hinsichtlich eines fremden Vermögensgegenstands verliehen, sodass sie in der Lage ist, im eigenen Namen über diesen Wert zu disponieren.²⁵⁵

bbb. Die Vollmacht

73 Die «Vollmacht»²⁵⁶ ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das den Bevollmächtigten dazu befähigt, die Rechtssphäre des Vollmachtgebers rechtsgeschäftlich zu gestalten, ihn mithin unmittelbar rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten.²⁵⁷ Die Vollmacht verleiht dem Bevollmächtigten somit eine personenbezogene Form von Machtbefugnis, welche als «Vertretungsmacht» zu bezeichnen ist.²⁵⁸ Damit bringt die Vollmacht für sich allein genommen rechtliche Wirkungen hervor.²⁵⁹ Überdies ermöglicht sie das gültige Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR). Darin äussert sich ihr Charakter als Zustimmungsgeschäft.²⁶⁰ Zudem ist die Vollmacht untrennbar mit der Rechtsfigur der direkten Stellvertretung verbunden.²⁶¹

74 Dogmatisch ist die Vertretungsmacht als *erweiterte Geschäftsfähigkeit* zu qualifizieren.²⁶² Abweichend vom Grundsatz, dass jede Person einzig für sich selber rechtsgeschäftlich tätig werden kann, vermag der Bevollmächtigte

254 Siehe vorne Rn. 48.

255 Eingehend zum Ganzen hinten Rn. 396 ff. Zur Unterscheidung von Vertretungs- und Verfügungsmacht auch SIMOKAT, Verfügungsmacht, S. 19 f.

256 Die nachstehende Begriffsbildung orientiert sich vordergründig an der bürgerlichen Stellvertretung. Zu den Besonderheiten der handelsrechtlichen Vollmachten siehe vornehmlich BUCHER, OR AT, S. 623 ff.; GUHL/KOLLER, OR, § 20 N 1 ff.

257 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 29 zu Art. 33 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1319 ff.; VON TUHR, AT BGBI, S. 165.

258 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 904 *in initio*. Der Begriff der «Vertretungsbefugnis» wird in der vorliegenden Arbeit für den Bereich der bürgerlichen Stellvertretung abgelehnt. Siehe hinten Rn. 388, Rn. 406 sowie Fn. 1318.

259 Vgl. VON TUHR, AT BGB II/2, S. 378. In der Literatur ist umstritten, ob die Vertretungsmacht für den Bevollmächtigten ein subjektives Recht darstellt. Zum Meinungsstand: Dafür BSK-WATTER, N 15 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1320; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 83. Dagegen BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 29 zu Art. 33 OR. Mangels praktischer Bedeutung für den Fortgang der Untersuchung wird auf diese Frage nicht weiter eingegangen.

260 Vgl. THIELE, Zustimmung, S. 145 ff.; VOGT, Zustimmung, S. 67; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 215.

261 Ausführlich zur direkten Stellvertretung hinten Rn. 87 ff.

262 Vgl. ARROYO, Vollmacht, S. 621; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 2 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 19 zu Art. 32 OR; GAUTSCHI, Geschäftsführung, S. 97; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 307; VON TUHR, AT BGBI, S. 165. Für eine andere Betrachtungsweise siehe MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung, S. 34 ff.

aufgrund der ihm zukommenden Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten entstehen zu lassen (sog. *Vertretungsgeschäft*).²⁶³ Konkret heisst das, dass das vom Bevollmächtigten mit dem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäft tatbestandlich dem Vollmachtgeber zugerechnet wird.²⁶⁴ Obgleich der Bevollmächtigte eine eigene Willenserklärung abgibt, wird er nicht Partei des abgeschlossenen Geschäfts.²⁶⁵ Dies gilt sowohl bei Verpflichtungs- als auch bei Verfügungsgeschäften.²⁶⁶ Verfügt also der Bevollmächtigte befugterweise über einen Wert des Vollmachtgebers, so wird das tatbestandlich dieser Verfügung zugrunde liegende Verfügungsgeschäft dem Vollmachtgeber zugerechnet. Denn die Vollmacht erweitert die Verfügungsfähigkeit des Bevollmächtigten.²⁶⁷ Dem Bevollmächtigten wird aber keine gegenstandsbezogene Machtbefugnis, sprich keine Verfügungsmacht am Wert des Vollmachtgebers, eingeräumt.²⁶⁸

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Bevollmächtigte nach beinahe unbestrittener Auffassung selber nicht geschäftsfähig, sondern bloss urteilsfähig sein muss.²⁶⁹ Dies, weil das abgeschlossene Geschäft – wie soeben bemerkt – tatbestandlich dem Vollmachtgeber zugerechnet wird.²⁷⁰ Der Vollmachtgeber hingegen muss geschäftsfähig sein. Für den Akt der Vollmachterteilung gilt dies ausnahmslos.²⁷¹ Schliesslich wäre es mit dem Schutzgedanken von Art. 12 ZGB unvereinbar, wenn eine Person, die selber nicht für sich rechtsgeschäftlich tätig werden kann, eine andere Person befähigen könnte, rechtsgeschäftlich für sie zu handeln.²⁷² Darüber hinaus muss der

263 Vgl. BSK-WATTER, N 1 f. zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1307; HUGUENIN, AT/BT, N 1022, 1025; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 348.

264 Vgl. z.B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 148 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 23 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1314 f.

265 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 17; ENGEL, traité, S. 380; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N 139.

266 Die Bestimmungen der Art. 32 ff. OR finden auf Verfügungsgeschäfte sinngemäss Anwendung (z.B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 110; BSK-WATTER, N 3 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1312).

267 Zum Begriff der «*Verfügungsfähigkeit*» siehe vorne Rn. 57. Teilweise ähnlich argumentiert auch LAUKO, Abtretung, S. 100.

268 A.A. offenbar VON TUHR, AT BGBI, S. 166 *in initio*; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 216 f.

269 Statt vieler ZK-KLEIN, N 3 zu Art. 32 OR, der darauf hinweist, dass diese Auffassung aus bis heute anhaltenden Auswirkungen der Geschäftsherrentheorie resultiert, die den direkten Stellvertreter dem Boten annäherte. A.A. KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 65.

270 Vgl. statt vieler BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 130 zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 3 zu Art. 32 OR.

271 BK-BECKER, N 4 zu Art. 32 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 31 zu Art. 33 OR; BSK-WATTER, N 21 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 601; CHK-KUT, N 30 zu Art. 32 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 359; ZK-KLEIN, N 10 zu Art. 32 OR.

272 Vgl. ZK-KLEIN, N 10 zu Art. 32 OR.

Vollmachtgeber grundsätzlich auch im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses durch den Bevollmächtigten handlungsfähig sein. Dies gilt deshalb, weil die Wirkungen des Geschäfts bei ihm eintreten.²⁷³ In der Literatur wird es aber für zulässig erachtet, eine Weitergeltung der Vollmacht über den Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus festzulegen.²⁷⁴

- 76 Der Bevollmächtigte kann von der ihm eingeräumten Vertretungsmacht grundsätzlich nur dann gültig Gebrauch machen, wenn er im fremden Namen handelt.²⁷⁵ Dies hat der Gesetzgeber in Art. 32 Abs. 1 OR so vorgesehen. Einzige Ausnahme bildet der Fall, in welchem es dem Dritten gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesst (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR).²⁷⁶

ccc. Die Ermächtigung

- 77 Unter dem Begriff «Ermächtigung» ist ein einseitiges Rechtsgeschäft zu verstehen, das den Ermächtigten dazu befähigt, unmittelbar auf einen fremden Vermögensgegenstand rechtsgeschäftlich einzuwirken.²⁷⁷ Die Ermächtigung verleiht somit eine gegenstandsbezogene Machtbefugnis.²⁷⁸ Da die wichtigste Einwirkung auf einen Vermögensgegenstand in einer Verfügung besteht, ist die Verfügungsermächtigung die häufigste Ermächtigungsart.²⁷⁹

273 BSK-WATTER, N 21 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 30 zu Art. 32 OR. Vgl. auch ZK-KLEIN, N 10 zu Art. 32 OR.

274 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 16 zu Art. 35 OR; CHK-KUT, N 30 zu Art. 32 OR; KOLLER, OR AT, N 16.16; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, 42.25; ZK-KLEIN, N 11 zu Art. 32 OR und N 70 ff. zu Art. 35 OR. Siehe auch ARROYO, Vollmacht, S. 621f. Weiterführend dazu vor dem Hintergrund des geltenden Erwachsenenschutzrechts HRUBESCH-MILLAUER/JAUSSI, Vermögenssorge, S. 1284 ff.

275 Insofern kann im schweizerischen Recht eine sog. «*Verpflichtungsmacht*», welche dem Befugten ermöglicht, im eigenen Namen eine fremde Person unmittelbar als Schuldner zu verpflichten, nicht gültig rechtsgeschäftlich begründet werden (vgl. SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.166). Denn eine solche Machtbefugnis wäre dogmatisch als erweiterte Geschäftsfähigkeit zu qualifizieren. Art. 32 Abs. 1 OR sieht aber vor, dass von einer erweiterten Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nur im fremden Namen Gebrauch gemacht werden kann. Die in der Literatur kontrovers diskutierte Figur der «*Verpflichtungsermächtigung*» (siehe BRÜGGEMANN, Ermächtigung, S. 4 ff.) ist somit bereits wegen Art. 32 Abs. 1 OR für das schweizerische Recht abzulehnen. Siehe aus deutscher Sicht auch Staudinger-GURSKY, 2014, N 108 ff. zu § 185 BGB.

276 Ausführlich dazu hinten Rn. 117 ff.

277 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 901 ff.; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 216; ferner HOFSTETTER, SPR VII/6, § 5 Fn. 1.

278 DORIS, Ermächtigung, S. 27; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 904 *in initio*.

279 Darüber hinaus kann einer anderen Person beispielsweise auch die Machtbefugnis verliehen werden, ein fremdes Recht auszuüben. So kann eine Person etwa ermächtigt werden, das Stimmrecht einer fremden Inhaberaktie im eigenen Namen auszuüben (vgl. Art. 689b Abs. 2 OR). In diesem Fall liegt keine Verfügungsermächtigung vor, sondern eine Ausübungsermächtigung. Vgl. auch BSK-PÖSCHEL, N 19 zu Art. 689b OR; CHK-RAEMY/GABRIEL, N 7 zu Art. 689b OR.

Die Verfügungsermächtigung verleiht dem Ermächtigten Verfügungsmacht hinsichtlich eines fremden Vermögensgegenstands und ermöglicht damit das gültige Zustandekommen des vom Ermächtigten mit dem Dritten abgeschlossenen Verfügungsgeschäfts.²⁸⁰

Anders als die Vollmacht erweitert die Ermächtigung nicht die Geschäftsfähigkeit des Ermächtigten. Folglich ist das vom Ermächtigten getätigte Verfügungsgeschäft ein Eigengeschäft des Ermächtigten.²⁸¹ Während also Tatbestand und Wirkungen des Vertretungsgeschäfts in der Person des Vollmachtgebers zusammentreffen, fallen Tatbestand und Wirkungen des vom Ermächtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts auseinander.²⁸² Das Verfügungsgeschäft wird nämlich tatbestandlich dem Ermächtigten als dessen Eigengeschäft zugerechnet, wohingegen die Wirkungen des Verfügungsgeschäfts direkt beim Ermächtigenden eintreten, der sein Recht verliert. Da der Ermächtigte Partei des von ihm abgeschlossenen Geschäfts wird, muss er – im Unterschied zum Bevollmächtigten – zum einen geschäftsfähig sein²⁸³ und zum anderen im eigenen Namen auftreten.

bb. Die Zustimmung als reines Hilfsrechtsgeschäft – Einwilligung

Während die Vollmacht und die Ermächtigung einer anderen Person eine Machtbefugnis hinsichtlich eines fremden Rechtskreises verleihen, ist dies bei der «*Einwilligung*» zu einem fremden Rechtsgeschäft nicht der Fall. Vielmehr beschränken sich die Wirkungen der Einwilligung darauf, das Zustimmungserfordernis des Hauptrechtsgeschäfts zu erfüllen und so dessen gültiges Zustandekommen zu ermöglichen.²⁸⁴ Die Einwilligung ist folglich ein reines Hilfsrechtsgeschäft.²⁸⁵ Beispielhaft dafür sei die vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu einem Geschäft einer urteilsfähigen handlungsunfähigen Person erwähnt. Da das von der urteilsfähigen handlungsunfähigen Person abgeschlossene Rechtsgeschäft ein Geschäft dieser Person selber ist und nicht auf die Rechtssphäre des zustimmenden gesetzlichen Vertreters einwirkt,²⁸⁶ ist dessen vorherige Zustimmung auch nicht als Erteilung einer Machtbefugnis aufzufassen. Genauer gesagt erschöpft sich deren Wirkung darin, ein gesetzliches Gültigkeitserfordernis des Hauptrechtsgeschäfts zu

280 Siehe hinten Rn. 396 ff.

281 DORIS, Ermächtigung, S. 80.

282 Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 27; THIELE, Zustimmung, S. 146.

283 DORIS, Ermächtigung, S. 164.

284 Vgl. Staudinger-GURSKY, 2014, Vorbem. zu §§ 182-185 BGB, N 37.

285 Vgl. Staudinger-GURSKY, 2014, Vorbem. zu §§ 182-185 BGB, N 37.

286 BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, N 71, 85 zu Art. 19-19c ZGB; HOFER, Personenrecht, N 78.

erfüllen. Obgleich diesbezüglich häufig von der «*Ermächtigung*» des gesetzlichen Vertreters gesprochen wird,²⁸⁷ handelt es sich hierbei nicht um eine Ermächtigung in dem Sinne, wie sie hier verstanden wird. Für diese Art von Zustimmungsgeschäft soll der Begriff «*Einwilligung*» vorbehalten werden.

c. Die nachträgliche Zustimmung – Genehmigung

- 80 Die einem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft zeitlich nachgelagerte Zustimmung heisst «*Genehmigung*».²⁸⁸ Die Genehmigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäft nachträglich Gültigkeit verleiht.²⁸⁹ Damit entfaltet die Genehmigung eine unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung. Es handelt sich somit um eine begründende Gestaltungserklärung, die grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderprüflich ist.²⁹⁰
- 81 Mit der Genehmigung bringt der zur Zustimmung Berechtigte zum Ausdruck, dass er den Inhalt des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts billigt. Die Genehmigungserklärung muss sich daher auf den gesamten Umfang des abgeschlossenen Geschäfts beziehen.²⁹¹ Dabei wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Hauptrechtsgeschäfts zurück, sodass dessen Wirkungen retrospektiv zu betrachten sind, wie wenn es der Genehmigung nicht bedurft hätte.²⁹² Zwar ist die rückwirkende Kraft der Genehmigung im schweizerischen Recht gesetzlich nicht explizit verankert, doch wird sie als selbstverständlich vorausgesetzt.²⁹³
- 82 Dogmatisch betrachtet vervollständigt die Genehmigung den Tatbestand eines in Entstehung befindlichen Rechtsgeschäfts, sodass bis zum Genehmigungszeitpunkt ein in einem Schwebezustand befindlicher Tatbestand vorliegt, der bereits gewisse Bindungswirkungen entfaltet.²⁹⁴ Daher ist beispiels-

287 Z.B. BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, N 102 zu Art. 19-19c ZGB; BSK-FANKHAUSER, N 4 zu Art. 19a ZGB; HOFER, Personenrecht, N 63; OFK-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, N 4 zu Art. 19a ZGB.

288 Dies entspricht der vom Gesetz verwendeten Terminologie (siehe Art. 38, Art. 39, Art. 424 OR; Art. 19a, Art. 19b Abs. 1 ZGB).

289 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 48 zu Art. 38 OR; MüKo-BAYREUTHER, N 1 f. zu § 184 BGB; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 235.

290 BERGER, Schuldrecht, N 874; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 48, 50 f. zu Art. 38 OR; MüKo-BAYREUTHER, N 2 zu § 184 BGB; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 235; ZK-KLEIN, N 80 zu Art. 38 OR.

291 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 52 zu Art. 38 OR; ZK-KLEIN, N 81 zu Art. 38 OR.

292 BSK-WATTER, N 8 zu Art. 38 OR; VON BÜREN, OR AT, S. 163; VON TUHR/ESCHER, OR AT, S. 260; VOGT, Zustimmung, S. 92, m.w.H.

293 So etwa VON TUHR/PETER, OR AT, § 20 Fn. 71.

294 Vgl. ferner VON TUHR, AT BGB II/2, S. 239. Zum dogmatischen Verständnis der Genehmigung hinten Rn. 456.

weise der Dritte, der mit einem *falsus procurator* kontrahiert hat, bereits an seine Willenserklärung gebunden (vgl. Art. 38 OR).

Anders als die vorgängige Zustimmung ist die Genehmigung eine «[...] 83
strukturell und funktionell eigenständige Rechtsfigur». ²⁹⁵ Unabhängig davon, ob die Verfügung eines Nichtberechtigten, das durch einen *falsus procurator* abgeschlossene Rechtsgeschäft oder die von einer urteilsfähigen handlungsunfähigen Person eingegangene Verbindlichkeit genehmigt wird, führt in allen Fällen die Genehmigung rückwirkend zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts.

3. Ergebnis

Als «*Zustimmung*» ist die vom Gesetz verlangte Einverständniserklärung zu 84
einem fremden Rechtsgeschäft zu bezeichnen, deren Vorliegen für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts unabdingbar ist. Durch das Zustimmungsgeschäft wird somit eine Rechtsbedingung des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts (Hauptrechtsgeschäfts) erfüllt. Das Zustimmungsgeschäft ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Wird die Zustimmungserklärung zeitlich vor dem Abschluss des Hauptrechtsgeschäfts abgegeben, so ist danach zu unterscheiden, ob mit der Zustimmungserklärung lediglich eine Rechtsbedingung des Hauptrechtsgeschäfts erfüllt wird oder dem Zustimmungsadressaten darüber hinaus noch eine Machtbefugnis verliehen wird. Im erstgenannten Fall wird von einer «*Einwilligung*» gesprochen. Im zweitgenannten Fall ist weiter danach zu differenzieren, ob dem Adressaten eine personenbezogene oder eine gegenstandsbezogene Form von Machtbefugnis erteilt wird. Wird die Geschäftsfähigkeit des Adressaten über die eigene Rechtssphäre hinaus erweitert, so handelt es sich um eine personenbezogene Machtbefugnis. Es liegt eine «*Vollmacht*» vor. Wird der Adressat hingegen dazu befähigt, unmittelbar auf einen fremden Vermögensgegenstand rechtsgeschäftlich einzuwirken, so ist von einer «*Ermächtigung*» zu sprechen. Die dem Hauptrechtsgeschäft zeitlich nachfolgende Zustimmung wird einheitlich als «*Genehmigung*» bezeichnet.

295 MüKo-BAYREUTHER, N1 zu §184 BGB.

Kapitel 3

Abgrenzung der indirekten Stellvertretung von anderen Rechtsfiguren

Im vorliegenden Kapitel wird die indirekte Stellvertretung auf Basis der in Kapitel 1 erarbeiteten Begriffsbestimmung von anderen Rechtsfiguren abgegrenzt, nämlich von der direkten Stellvertretung (Rn. 86 ff.), der Treuhand (Rn. 146 ff.), der Anweisung (Rn. 181 ff.), dem Vertrag zu Gunsten Dritter (Rn. 190 ff.) sowie der Versicherung für fremde Rechnung (Rn. 194 ff.). Ziel dieses Kapitels ist es, die Konturen der indirekten Stellvertretung damit weiter zu schärfen. 85

§ 1 Direkte Stellvertretung

Die nachfolgenden Ausführungen sind der Abgrenzung der indirekten Stellvertretung von der direkten, bürgerlichen Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR gewidmet. Nach einigen grundsätzlichen Ausführungen zur direkten Stellvertretung (Rn. 87 f.) werden die allgemeinen Unterscheidungsmerkmale der beiden Rechtsfiguren beschrieben (Rn. 89 ff.). Alsdann ist auf die konkrete Abgrenzung zwischen direkter und indirekter Stellvertretung näher einzugehen. Wegleitend hierfür ist zunächst, wie der Stellvertreter im konkreten Fall gegenüber dem Dritten auftritt (Rn. 96 ff.). Sodann ist zu erörtern, welchen Einfluss die «*Gleichgültigkeit*» des Dritten (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR) auf die Abgrenzungsfrage hat (Rn. 117 ff.). Schliesslich werden die Ergebnisse zusammengefasst (Rn. 144 f.). 86

1. Grundsätzliches zur direkten Stellvertretung

Grundsätzlich entfalten Rechtshandlungen nur Wirkungen in der Rechtssphäre dessen, der sie vornimmt.²⁹⁶ Abweichend von diesem Grundsatz treten bei der direkten Stellvertretung die Wirkungen des rechtserheblichen Handelns des 87

296 Siehe z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N1306; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 63; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N40.01; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 347.

Stellvertreters unmittelbar in der Person des (direkt) Vertretenen ein.²⁹⁷ Es ist also der direkt Vertretene, der aus dem Handeln des Vertreters berechtigt und verpflichtet wird (Art. 32 Abs. 1 OR). Darin besteht die Vertretungswirkung.²⁹⁸ Die Rechtssphäre des direkten Stellvertreters bleibt hingegen unberührt, weshalb er auch nicht handlungsfähig, sondern lediglich urteilsfähig sein muss.²⁹⁹ Obgleich die Regeln zur direkten Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) systematisch unter dem Abschnitt zur «Entstehung der Obligation aus Vertrag» eingeordnet sind und auch in Art. 32 Abs. 1 OR sowie dessen Folgebestimmungen häufig vom Abschluss «eines Vertrags» durch den direkten Stellvertreter die Rede ist, ist die direkte Stellvertretung anerkanntermassen bei allen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen möglich.³⁰⁰ Auf die Verfügungsgeschäfte sind die Art. 32 ff. OR allerdings nur analog anwendbar.³⁰¹ Darüber hinaus tritt die Vertretungswirkung auch bei anderen rechtserheblichen Handlungen ein. Dies gilt insbesondere für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, wie die Mahnung.³⁰² Ausgeschlossen ist die direkte Stellvertretung bei sogenannten vertretungsfeindlichen Geschäften, wie etwa der Heirat.³⁰³ Auch unerlaubtes Verhalten kann nicht mit Wirkung für andere erfolgen.³⁰⁴

88 Indem der direkte Stellvertreter die Rechtssphäre des Vertretenen rechtsgeschäftlich gestaltet, wirkt er unmittelbar auf einen fremden Rechtskreis ein.³⁰⁵ Sein Handeln setzt also eine entsprechende personenbezogene Machtbefugnis, genauer gesagt Vertretungsmacht, voraus (vgl. Art. 32 Abs. 1 OR).³⁰⁶ Privatauto-

297 Exemplarisch BSK-WATTER, N 1 f. zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1307; HUGUENIN, AT/BT, N 1022, 1025; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 347 f.

298 So explizit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1314.

299 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 130 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 21 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1340; HUGUENIN, AT/BT, N 1025, 1065; ZK-KLEIN, N 3 zu Art. 32 OR. A. M. GUHL/KOLLER, OR, § 18 N 13; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 65. Vgl. auch vorne Rn. 75.

300 Z. B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 101 ff.; BSK-WATTER, N 3 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 600; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1312; HUGUENIN, AT/BT, N 1027; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 41.01; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 351.

301 Z. B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1312; LOHER, Kommissionsgut, S. 924.

302 BSK-WATTER, N 4 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1312; HUGUENIN, AT/BT, N 1027; SCHWAGER, Vertretung, S. 8; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 351; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40, N 37.

303 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 76 ff., m. w. H. Sowie z. B. auch BSK-WATTER, N 3 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1341; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 41.01.

304 Statt vieler BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 115 f.; BSK-WATTER, N 6 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 599; MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung, S. 57; SCHWAGER, Vertretung, S. 10.

305 Siehe vorne Rn. 87.

306 Vgl. statt vieler BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 2 ff. zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1319; ZK-KLEIN, N 45 zu Art. 32 OR.

nom wird die Vertretungsmacht durch eine Vollmacht seitens des (direkt) Vertretenen begründet.³⁰⁷ Dogmatisch betrachtet verleiht die Vollmacht dem direkten Stellvertreter eine «*erweiterte Geschäftsfähigkeit*», die es ihm ermöglicht, ein Geschäft abzuschließen, das tatbestandlich dem Vertretenen zugerechnet wird.³⁰⁸ Zusätzlich zur Vertretungsmacht setzt Art. 32 Abs. 1 OR voraus, dass der direkte Stellvertreter im Namen des Vertretenen handelt. Dieses Erfordernis ist im Interesse des Dritten aufgestellt, dem es i.d.R. auf die Person des Vertragspartners ankommt.³⁰⁹ Nur ausnahmsweise, wenn es dem Dritten nämlich gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesst (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR), kann für den Eintritt der Vertretungswirkung vom Erfordernis des Handelns im fremden Namen dispensiert werden, da der Dritte diesfalls nicht schutzbedürftig ist.³¹⁰

2. Unterscheidungsmerkmale der beiden Rechtsfiguren

Beiden Arten der Stellvertretung ist gemeinsam, dass der Stellvertreter rechtsgeschäftlich für eine andere Person handelt.³¹¹ Dies geschieht dadurch, dass entweder die Wirkungen des Handelns unmittelbar beim Vertretenen eintreten (direkte Stellvertretung) oder aber der wirtschaftliche Erfolg des abgeschlossenen Geschäfts durch weitere selbstständige Rechtsakte auf den Vertretenen überführt wird (indirekte Stellvertretung).³¹² Während rein wirtschaftlich betrachtet in beiden Fällen vergleichbare Ergebnisse erzielt werden,³¹³ bleiben in rechtlicher Hinsicht die Unterschiede zwischen der direkten und der indirekten Stellvertretung markant. Direkte und indirekte Stellvertretung unterscheiden sich namentlich durch folgende Merkmale:

- Durch den *Anwendungsbereich*. Wie zuvor bereits beschrieben, können alle rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen und auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen von einem direkten Stellvertreter mit unmittelbarer Wirkung für den direkt Vertretenen vorgenommen werden.³¹⁴ Die

307 Vgl. Art. 33 Abs. 2 OR. Der in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur vielfach synonym zur Vollmacht verwendete Begriff «*Ermächtigung*» wird in dieser Arbeit exklusiv in einem anderen Zusammenhang gebraucht, siehe vorne Rn. 65 ff., insbesondere Rn. 77.

308 Ausführlich zur Dogmatik der Vollmacht vorne Rn. 73 ff.

309 BUCHER, OR AT, § 33 Fn. 67. Vgl. auch ZK-KLEIN, N 68 zu Art. 32 OR.

310 Weiterführend dazu hinten Rn. 117 ff.

311 Vgl. KOLLER, OR AT, N 21.04 ff.; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 347 f.

312 Siehe z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1424 ff.; KOLLER, OR AT, N 21.04; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 40.04 f.; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 348.

313 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 234 ff., m.w.H. Vgl. ferner auch MÜLLER-ERZBACH, mittelbare Stellvertretung, S. 5.

314 Siehe vorne Rn. 87.

indirekte Stellvertretung hingegen ist auf den Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten gerichtet, wodurch sich der indirekte Stellvertreter einen Leistungsanspruch verschafft, dessen wirtschaftliches Ergebnis er anschliessend auf den indirekt Vertretenen überträgt.³¹⁵ Hier geht es um den Abschluss von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften. Eine isolierte rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder eine isolierte rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die ein Geschäft des Vertretenen mit dem Dritten betrifft, ist der indirekten Stellvertretung somit nicht zugänglich. Insofern ist der Anwendungsbereich der indirekten Stellvertretung enger gefasst.

- 91 — Durch das Erfordernis einer *Machtbefugnis*. Da die Handlungen des direkten Stellvertreters unmittelbar in die Rechtssphäre des Vertretenen eingreifen, setzen sie eine entsprechende Machtbefugnis des direkten Stellvertreters voraus. Konkret ist hier von Vertretungsmacht zu sprechen.³¹⁶ Beruht die Vertretungsmacht auf einem Rechtsgeschäft, so liegt eine Vollmacht und damit eine besondere Art eines vorgängigen Zustimmungsgeschäfts vor.³¹⁷ Häufig ist die Vollmacht noch in ein vertragliches Grundverhältnis zwischen dem direkten Stellvertreter und dem Vertretenen eingebettet, vom dem sie aber rechtlich zu trennen ist.³¹⁸ Ist hingegen bei Abschluss des Vertretungsgeschäfts gar keine oder keine genügende Vollmacht vorhanden, so hängt die Gültigkeit des Vertretungsgeschäfts dem Grundsatz nach von einer zeitlich nachgelagerten Genehmigung des (direkt) Vertretenen ab (Art. 38 Abs. 1 OR). Bei der indirekten Stellvertretung ist der rechtliche Vorgang ein anderer. Da der indirekte Stellvertreter ein Eigengeschäft abschliesst, bedürfen seine Handlungen auch keiner Machtbefugnis.³¹⁹ Schliesslich greift er durch den Drittvertrag nicht unmittelbar in die Rechtssphäre des indirekt Vertretenen ein. Einzige Ausnahme bildet der Fall, in welchem der indirekte Stellvertreter über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügen soll. Da der indirekte Stellvertreter diesfalls unmittelbar in die Vermögenssphäre des indirekt Vertretenen eingreift, bedarf er hierfür einer entsprechenden gegenstandsbezogenen Machtbefugnis. Diese wird ihm

315 Siehe vorne Rn. 18.

316 Vgl. etwa BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 2 ff. zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1319; ZK-KLEIN, N 45 zu Art. 32 OR. Vgl. auch vorne Rn. 72.

317 Siehe vorne Rn. 73 ff.

318 BSK-WATTER, N 8 zu Art. 33 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1351; KOLLER, OR AT, N 18.05; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 42.05 ff.

319 A.A. wohl DROIN, représentation indirecte, S. 65 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 221. Siehe auch hinten Rn. 199 ff.

durch eine vorgängige Verfügungsermächtigung seitens des indirekt Vertretenen eingeräumt.³²⁰ Auf die Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung wird weiter hinten noch vertieft eingegangen.³²¹

- Durch die *Wirkungen*. Der indirekte Stellvertreter wird mit Wirkung für sich gegenüber einem Dritten rechtsgeschäftlich tätig. Es liegt mithin ein Eigengeschäft des indirekten Stellvertreters vor.³²² Demgegenüber handelt der direkte Stellvertreter mit unmittelbarer Wirkung für den (direkt) Vertretenen. Schliesst er also mit dem Dritten ein Geschäft ab, so entfaltet dieses seine Wirkungen direkt zwischen dem Dritten und dem (direkt) Vertretenen (sog. Vertretungsgeschäft).³²³ Dieser unterschiedliche Mechanismus greift sowohl beim Verpflichtungsgeschäft als auch beim Verfügungsgeschäft des Stellvertreters.³²⁴ Der direkt Vertretene erwirbt also die Gegenstände unmittelbar vom Dritten und der Dritte unmittelbar vom direkt Vertretenen, weil eben das Verfügungsgeschäft zwischen dem direkt Vertretenen und dem Dritten zustande kommt.³²⁵ Aus diesem Grund darf der direkt Vertretene den direkten Vertreter auch nicht zum Eigentümer der auf den Dritten zu übertragenden Gegenstände gemacht haben. Soweit ersichtlich, wurde dieser Zusammenhang in der Literatur bisher aber noch nicht klar beschrieben. Nach meinem Dafürhalten ist dies jedoch nur die logische Schlussfolgerung daraus, dass das Verfügungsgeschäft bei der direkten Stellvertretung tatbestandlich dem direkt Vertretenen zugerechnet wird und es somit auf seine Verfügungsmacht ankommt. Hätte der Vertretene zuvor seinen direkten Stellvertreter zum Rechtsinhaber gemacht, so könnte das Verfügungsgeschäft – mangels Verfügungsmacht des direkt Vertretenen – nicht seine rechtszuordnungsändernde Wirkung entfalten.³²⁶

Im Unterschied dazu handelt es sich beim Verfügungs- bzw. Erwerbsakt des indirekten Stellvertreters um ein Eigengeschäft.³²⁷ Dies ist

320 Vgl. auch LOHER, Kommissionsgut, S. 929 f.; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 626 ff.

321 Siehe hinten Rn. 371 ff.

322 Exemplarisch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 166 ff. zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 29 zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 118 zu Art. 32 OR.

323 Siehe vorne Rn. 87 f.

324 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 924 *in initio*. Siehe vorne Rn. 87.

325 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 10 ff. zu Art. 923 ZGB; LOHER, Kommissionsgut, S. 924 *in initio*; ferner RÜMELIN, Handeln, S. 158.

326 Zur Bedeutung der Verfügungsmacht siehe vorne Rn. 55 f.

327 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32 OR; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; BERGER, Kommissionsgeschäft, S. 32 f.

in zweierlei Hinsicht von Bedeutung: Einerseits wird der indirekte Stellvertreter beim Erwerb vom Dritten selber Rechtsinhaber der erworbenen Werte, sodass es eines weiteren Übertragungsaktes auf den indirekt Vertretenen bedarf.³²⁸ Für den indirekt Vertretenen ist dies insofern nachteilig, als ihm durch die zwei Übertragungsakte zusätzlicher Aufwand entstehen kann, etwa besondere Kosten.³²⁹ Soll der indirekte Stellvertreter andererseits dem Dritten Gegenstände des indirekt Vertretenen zukommen lassen, so muss ihm zuvor Verfügungsmacht über diese Gegenstände gewährt werden, sei es durch Erteilung einer Verfügungsermächtigung oder durch eine vorgängige Eigentumsübertragung auf den indirekten Stellvertreter.³³⁰ Schliesslich kommt es hier – im Unterschied zur direkten Stellvertretung – auf die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters an.³³¹

- 94 — Durch *das Auftreten gegenüber dem Dritten*. Der direkte Stellvertreter muss dem Dritten grundsätzlich im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses ausdrücklich oder stillschweigend erklären, dass er mit Wirkung für einen anderen handelt. Dies ist in Art. 32 Abs. 1 OR explizit so vorgesehen. Während also der direkte Stellvertreter im fremden Namen handelt, schliesst der indirekte Stellvertreter das Geschäft mit Wirkung für sich, d.h. im eigenen Namen ab.³³²
- 95 — Durch *die Anforderungen an die Person des Stellvertreters*. Da der indirekte Stellvertreter mit Wirkung für sich handelt, muss er auch handlungsfähig sein.³³³ Demgegenüber genügt es, wenn der direkte Stellvertreter urteilsfähig ist.³³⁴

328 Vgl. z.B. BK-GAUTSCHI, N 1a zu Art. 434 OR; BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CHK-PFENNINGER, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BEREY/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR. Ein Erwerb des indirekten Stellvertreters vom Dritten findet aber nur statt, wenn es auch der indirekte Stellvertreter ist, der den erworbenen Leistungsanspruch ausübt. Ist die Forderung aus dem Drittvertrag hingegen zuvor per (Legal-)Zession auf den indirekt Vertretenen übergegangen, so kann dieser unmittelbar vom Dritten erwerben. Siehe dazu hinten Rn. 515 ff.

329 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 155, m.w.H.

330 Vgl. BSK-LENZ/VON PLANTA, N 4 zu Art. 434 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 224 ff.

331 Vgl. ferner RÜMELIN, Handeln, S. 153; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 622 ff.

332 BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 5. Vgl. BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BGer 4A_59/2009 vom 7. September 2009, E. 4.1; BSK-WATTER, N 29 ff. zu Art. 32 OR; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 44 ff.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 275 ff.

333 DROIN, représentation indirecte, S. 61 *in fine*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 216 f.

334 Statt vieler BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 129 f. zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 3 zu Art. 32 OR. Vgl. auch vorne Rn. 75.

3. Abgrenzung von direkter und indirekter Stellvertretung

Vorstehend wurde gezeigt, dass sich die direkte und die indirekte Stellvertretung in mehreren Gesichtspunkten unterscheiden.³³⁵ Schlussendlich sind all diese Unterscheidungsmerkmale darauf zurückzuführen, dass der Stellvertreter entweder sich selber berechtigt und verpflichtet (indirekte Stellvertretung) oder unmittelbar den Vertretenen (direkte Stellvertretung). Entscheidend ist also, ob im konkreten Fall ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft abgeschlossen wurde.³³⁶ Den Ausgangspunkt für die Abgrenzung von direkter und indirekter Stellvertretung bildet daher die Frage, wie der Stellvertreter gegenüber dem Dritten auftritt (Rn. 97 ff.). Erklärt er nämlich, mit Wirkung für einen anderen zu handeln (Handeln im fremden Namen), so ist ein Eigengeschäft und damit eine indirekte Stellvertretung von vornherein ausgeschlossen, unabhängig davon, ob das Vertretungsgeschäft von einer entsprechenden Vollmacht gedeckt ist oder nicht.³³⁷ Tritt der Stellvertreter hingegen im eigenen Namen auf, so ist i.d.R. von einem Eigengeschäft und damit von einer indirekten Stellvertretung auszugehen. Absolut gilt diese Aussage jedoch nicht.³³⁸ Sind nämlich die Voraussetzungen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR («*Gleichgültigkeit des Dritten*») erfüllt, so kann, selbst wenn der Stellvertreter im eigenen Namen gehandelt hat, ein Vertretungsgeschäft vorliegen. Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmung sind daher in einem zweiten Schritt zu analysieren (Rn. 117 ff.).

a. Ausgangspunkt: Auftreten des Stellvertreters gegenüber dem Dritten

aa. Handeln im fremden Namen

Zum Grundtatbestand der direkten Stellvertretung gehört, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt (Art. 32 Abs. 1 OR). Der direkte Stellvertreter hat also spätestens im Zeitpunkt der massgeblichen rechtserheblichen Handlung dem Dritten zu erklären, dass er mit Wirkung für einen anderen handelt.³³⁹ Das Prinzip der Offenkundigkeit der direkten Stellvertretung dient dazu, die Interessen des Dritten zu schützen, dem es für gewöhnlich auf die

335 Siehe vorne Rn. 89 ff.

336 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 7 zu Art. 32 OR.

337 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 7 zu Art. 39 OR; ZK-KLEIN, N 2 zu Art. 39 OR.

338 Siehe in diesem Zusammenhang auch die Kritik an der herrschenden Auffassung, welche die indirekte Stellvertretung als «*Handeln im eigenen Namen und auf fremde Rechnung*» definiert (vorne Rn. 8 ff.).

339 Z.B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 28 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1328; SCHMIDT-GABAIN, Vertretungsverhältnisse, S. 130; ZK-KLEIN, N 80 zu Art. 32 OR.

Person des Vertragspartners ankommt.³⁴⁰ Grundsätzlich kann die Erklärung, im fremden Namen zu handeln, ausdrücklich oder stillschweigend (Art. 32 Abs. 2 OR) erfolgen.³⁴¹ Bei formbedürftigen Rechtsgeschäften ist ein stillschweigendes Handeln im fremden Namen jedoch nicht möglich, sofern sich der gesetzliche Formzwang auf die am Geschäft beteiligten Personen erstreckt.³⁴² Hier muss sich die Identität des Vertretenen aus der Urkunde selber ergeben.³⁴³

- 98 Entscheidend für die Frage, ob der Stellvertreter im fremden Namen gehandelt hat, ist – sofern sich die beiden nicht richtig verstanden haben –, wie die Erklärung des Stellvertreters vom Dritten nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste.³⁴⁴ Die Erklärung, im fremden Namen zu handeln, beinhaltet dabei für gewöhnlich zwei Elemente: zum einen die Mitteilung des Vertreters, dass er kein Eigengeschäft beabsichtigt, sondern für einen anderen handelt, und zum anderen den Hinweis auf die Identität des Vertretenen.³⁴⁵ Ausreichend ist aber die Kundgabe, dass kein Eigengeschäft gewollt ist. Die Identität des Vertretenen muss also nicht unbedingt offengelegt werden, um den Tatbestand des Handelns im fremden Namen zu erfüllen (sog. «*Handeln für wen es angeht*»).³⁴⁶ So kann der Vertretene im Zeitpunkt der Vertreterhandlung überhaupt noch nicht feststehen (*objektive Unbestimmtheit*) oder nur noch nicht genannt worden sein (*subjektive Unbestimmtheit*).³⁴⁷ Da aber das Vertretungsverhältnis offengelegt wurde und damit den Interessen des Dritten

340 BUCHER, OR AT, § 33 Fn. 67. Vgl. auch DORIS, Stellvertretung, S. 163; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1338; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 426.

341 Exemplarisch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 28 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 12 zu Art. 32 OR; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 427 f. Nahezu einhellig wird die Möglichkeit, stillschweigend im fremden Namen zu handeln, aus Art. 32 Abs. 2 OR («[...] wenn der [Dritte] aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste [...]») hergeleitet (BGE 90 II 285 E. 1b S. 289; sowie statt vieler BSK-WATTER, N 17 zu Art. 32 OR). A.A. einzig ZK-KLEIN, N 47, 96 ff. zu Art. 32 OR.

342 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 52 zu Art. 32 OR, m.w.H. Auch CHK-KUT, N 26 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1336. Vgl. auch BGE 112 II 330 E. 1a S. 332.

343 Vgl. BGE 112 II 330 E. 1a S. 332. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 52 zu Art. 32 OR.

344 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 201. Vgl. auch BGer 5A_27/2016 vom 28. Juni 2016, E. 4.2.2; BGer 4A_638/2015 vom 9. März 2016, E. 3.2.2; BSK-WATTER, N 18 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 23 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1335.

345 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 30 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, § 33 Fn. 68; ZK-KLEIN, N 46 zu Art. 32 OR.

346 BGE 60 II 492 E. 2 S. 497 f.; BGE 84 II 13 E. 3 S. 21. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 20 ff. zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 55 zu Art. 32 OR, je m.w.H. Auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1332; STÄHELI, Handeln, S. 45. A.A. BUCHER, OR AT, S. 619 f. Weiterführend zur gegenteiligen Ansicht hinten Rn. 125.

347 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1332; STÄHELI, Handeln, S. 22 f.

Genüge getan ist, kann der direkte Stellvertreter nicht auf ein Eigengeschäft belangt werden, wenn der Vertretene später nicht bezeichnet werden kann.³⁴⁸

Gegenstand einer früher kontrovers geführten Diskussion war die Frage, 99 ob das Vorliegen eines Vertretungswillens seitens des direkten Stellvertreters als Voraussetzung für den Eintritt der Vertretungswirkung zu erachten ist. Während das Bundesgericht in seiner älteren Rechtsprechung einen solchen Willen als Tatbestandsmerkmal der direkten Stellvertretung ansah,³⁴⁹ hat es, auf begründete Kritik hin, seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass es einzig darauf ankommt, ob der Dritte nach Treu und Glauben auf ein Vertretungsverhältnis schliessen durfte bzw. musste.³⁵⁰ Die geänderte Rechtsprechung steht im Einklang mit der herrschenden Lehre und ist auch in der Sache richtig.³⁵¹ Schliesslich ist die Erklärung des Vertreters, wie jede andere Willenserklärung, nach den allgemeinen Regeln, namentlich nach dem Vertrauensprinzip, auszulegen. Daraus ergibt sich, dass der innere Wille gegenüber der Kundgabe in den Hintergrund zu treten hat.³⁵² Entscheidend für die Frage, ob das Vertretungsverhältnis offengelegt wurde, ist also, sofern sich Erklärender und Empfänger nicht tatsächlich richtig verstanden haben (subjektive Auslegung), das Ergebnis der vertrauensrechtlichen Interpretation der Willenserklärung (objektive Auslegung).

bb. Handeln im eigenen Namen

Handelt der Stellvertreter im eigenen Namen, so äussert er spätestens im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses den Willen, sich persönlich zu verpflichten. 100 Die Erklärung kann wiederum ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.³⁵³ Mangelt es an einem tatsächlichen Konsens, so gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung.³⁵⁵ Massgeblich ist also, wie der Erklärungsgegner das Auftreten des Stellvertreters verstehen durfte bzw. musste, nicht aber, wie

348 Vgl. ZK-KLEIN, N 57 zu Art. 32 OR.

349 BGE 100 II 200 E. 8a S. 211; BGE 88 II 191 E. 2b S. 193.

350 BGer 5A_27/2016 vom 28. Juni 2016, E. 4.2.2; BGer 4A_638/2015 vom 9. März 2016, E. 3.2.2; BGer 4A_421/2015 vom 11. Februar 2016, E. 4.3.2; BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2; BGE 120 II 197 E. 2b.aa S. 200.

351 BSK-WATTER, N 18 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 23 zu Art. 32 OR; CR-CHAPPUIS, N 14 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1335; HUGUENIN, AT/BT, N 1061; KOLLER, OR AT, N 16.05; OFK-SCHÖBI, N 5 zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 83 zu Art. 32 OR.

352 ZK-KLEIN, N 83 zu Art. 32 OR.

353 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 167 zu Art. 32 OR; ENGEL, traité, S. 407. Vgl. auch BSK-WATTER, N 29 zu Art. 32 OR.

354 Explizit BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 167 zu Art. 32 OR.

355 BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Einleitung vor Art. 1ff. OR, N 77; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 212. Vgl. auch KRAUSKOPF, Schuldanerkennung, N 45 ff.

sich der Stellvertreter ausdrücken wollte.³⁵⁶ Ergibt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, dass der Stellvertreter im eigenen Namen gehandelt hat, so ist – Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR vorbehalten –³⁵⁷ ein Eigengeschäft und damit eine indirekte Stellvertretung anzunehmen.

101 Auf folgenden Aspekt ist an dieser Stelle besonders einzugehen: Ein Handeln im eigenen Namen kann grundsätzlich auch dann angenommen werden, wenn der Dritte wusste, dass sein Geschäftspartner das wirtschaftliche Resultat des Geschäfts auf eine andere Person überführen muss.³⁵⁸ Heikel zu beurteilen ist jedoch, inwieweit im Einzelfall das Wissen des Dritten um die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse bei der vertrauenstheoretischen Interpretation der Willenserklärung des Stellvertreters für ein Handeln im fremden Namen sprechen könnte.³⁵⁹ Meines Erachtens muss in einem solchen Fall zunächst ermittelt werden, von wem der Dritte diese Information hatte. Erfährt er nämlich von einer am Vorgang nicht beteiligten vierten Person, dass sein Geschäftspartner wirtschaftlich für eine andere Person handelt, so ist dieser Umstand bei der vertrauenstheoretischen Auslegung der Willenserklärung des Stellvertreters nur dann zu berücksichtigen, wenn das Verhalten des Vierten mit der Erklärung des Stellvertreters im Zusammenhang steht, und sei es auch nur, weil die Mitteilung des Vierten für den Stellvertreter erkennbar war.³⁶⁰ Schliesslich können bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nur solche Umstände berücksichtigt werden, die einen hinreichenden Bezug zum Erklärungsstatbestand aufweisen.³⁶¹ Sofern die Mitteilung des Vierten bei der Auslegung zu berücksichtigen ist, kann sie unter Umständen ein zusätzliches Indiz für ein Handeln im fremden Namen sein. Ausschlaggebend bleibt aber das Verhalten des Stellvertreters in seiner Gesamtheit.

102 Besonders heikel wird die Abgrenzung, wenn der Stellvertreter selber vor bzw. bei Geschäftsabschluss ausdrücklich oder stillschweigend auf den Vertretenen hinweist.³⁶² Denn dies kann ein wichtiges Indiz für ein Handeln im fremden Namen sein. Zwingend ist ein solcher Rückschluss aber keineswegs.³⁶³ Vielmehr sind auch hier alle weiteren Umstände des Einzelfalls zu berück-

356 Vgl. BGer 4A_421/2015 vom 11. Februar 2016, E. 4.3.2; ZK-KLEIN, N 67 zu Art. 32 OR.

357 Siehe hinten Rn. 117 ff. Vgl. auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 5.

358 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 167, 175 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 30 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 597. Vgl. auch BGE 100 II 200 E. 8a S. 211 *in fine*, S. 212 *in initio*; REICHEL, Vertragsschluss, S. 173. A.A. wohl PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 41 *in initio*.

359 BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BGer 4A_59/2009 vom 7. September 2009, E. 4.1; BGer 4C.436/1999 vom 28. März 2000, E. 3b.aa.

360 Vgl. KOLLER, OR AT, N 9.11.

361 Vgl. BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; KOLLER, OR AT, N 9.07.

362 Vgl. BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BGer 4A_59/2009 vom 7. September 2009, E. 4.1.

363 Vgl. DROIN, représentation indirecte, S. 50; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 279 ff.

sichtigen. So wäre etwa denkbar, dass der indirekte Stellvertreter zwar auf den indirekt Vertretenen hinweist, gleichzeitig aber ausdrücklich erklärt, sich selber berechtigen und verpflichten zu wollen. Diesfalls ist weiterhin von einem Handeln im eigenen Namen auszugehen. Folglich ist eine indirekte Stellvertretung auch bei Kenntnis des Dritten ohne Weiteres möglich.³⁶⁴

cc. Leitlinien zur Interpretation der Erklärung des Stellvertreters

Nach einer eher theoretischen Erörterung der beiden Arten des Auftretens des Stellvertreters gegenüber dem Dritten sind nachfolgend einige Leitlinien zur praktischen Unterscheidung zwischen dem Handeln im eigenen und jenem im fremden Namen darzulegen. Wie zuvor bereits bemerkt, erweist sich diese Unterscheidung insbesondere dann als schwierig, wenn der Stellvertreter selber den Dritten darauf hinweist, dass er im Interesse einer anderen Person tätig wird.³⁶⁵ Allerdings gibt es gewisse Tatsachen, die im konkreten Fall bei der Interpretation stärker zu berücksichtigen sind als andere und die das Potential haben, das Auslegungsergebnis in die eine oder in die andere Richtung zu beeinflussen. Im Folgenden werden derartige, in Rechtsprechung und Literatur diskutierte Umstände näher beschrieben. Zu beachten ist aber, dass es sich hierbei um reine Richtlinien handelt. Für die vertrauensrechtliche Interpretation der Willenserklärung entscheidend sind und bleiben immer sämtliche Umstände des Einzelfalls.³⁶⁶

Der Stellvertreter kann auf verschiedene Weise ausdrücklich auf den Vertretenen hinweisen. Erklärt er beispielsweise explizit, er handle «*im Namen von X*» oder «*namens von Herrn/Frau X*», so handelt er ausdrücklich im fremden Namen und damit als direkter Stellvertreter.³⁶⁷ Etwas schwieriger in der Interpretation erweist sich bereits die Erklärung, «*in Vertretung von Herrn/Frau X*» zu handeln.³⁶⁸ Denn rein rechtlich betrachtet kann der Begriff «*Stellvertretung*» als Oberbegriff sowohl die direkte als auch die indirekte Stellvertretung erfassen.³⁶⁹ Bei der Auslegung der Erklärung des Stellvertreters

364 Explizit BGE 100 II 200 E. 8a S. 211 *in fine*, S. 212 *in initio*; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 30 zu Art. 32 OR; DROIN, *représentation indirecte*, S. 47 ff.; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 96 ff. Vgl. auch ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 15 zu Art. 425 OR.

365 Siehe vorne Rn. 102.

366 Vgl. z.B. BGE 125 III 305 E. 2b S. 308; BK-MÜLLER, N 153 zu Art. 1 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 209; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 195 zu Art. 1 OR.

367 So auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 43 zu Art. 32 OR; CR-CHAPPUIS, N 12 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 22 zu Art. 32 OR; ENGEL, *traité*, S. 376; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1330. Vgl. auch BGE 23 I 1792 E. 2 S. 1795.

368 Vgl. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 330. A.A. wohl BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 43 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 22 zu Art. 32 OR.

369 Siehe vorne Rn. 22 *in fine*. Vgl. auch ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 330.

müssen aber derartige dogmatische Finessen, die wohlgermerkt selbst in der juristischen Literatur nicht unumstritten sind, für gewöhnlich ausgeblendet werden. Relevant ist vielmehr, wie ein verständig und redlich urteilender juristischer Laie die Willenserklärung in guten Treuen verstehen durfte und musste.³⁷⁰ Da der juristische Laie den Begriff «Vertretung» i.d.R. mit der direkten Stellvertretung assoziiert, ist die Formel «in Vertretung von Herrn/Frau X» ein deutlicher Hinweis auf ein Handeln im fremden Namen.³⁷¹ Als weit- aus problematischer bei der Interpretation erweisen sich Wendungen wie «auf Rechnung von», «für X» oder auch «im Auftrag von X».³⁷² Rechtlich lässt sich daraus wiederum nichts ableiten. Schliesslich kann sowohl mittels Abschluss eines Eigen- als auch mittels Abschluss eines Vertretungsgeschäfts rechtsgeschäftlich für eine andere Person gehandelt werden,³⁷³ und auch ein Rechtshandlungsauftrag kann in direkter oder indirekter Stellvertretung erfüllt werden.³⁷⁴ Verglichen mit der Wendung «in Vertretung von Herrn/Frau X» sind die soeben genannten Wendungen zudem auch im alltäglichen Sprachgebrauch nicht so eng mit der direkten Stellvertretung verbunden.³⁷⁵ Im Zweifel ist jedoch auch hier ein Handeln im fremden Namen anzunehmen.³⁷⁶ Eine Ausnahme davon ist aber dann zu machen, wenn der fragliche Geschäftsabschluss in einen Bereich fällt, in welchem die indirekte Stellvertretung üblich ist. Zu denken ist etwa an den Antiquitätenhandel. Legt hier der Stellvertreter offen, «im Auftrag einer Person X» zu handeln, so vermag dies der Annahme eines Eigengeschäfts nicht entgegenzustehen.³⁷⁷ Darüber hinaus sprechen für eine indirekte Stellvertretung etwa auch Hinweise auf den «wirtschaftlich Berechtigten» oder den «definitiv Berechtigten».³⁷⁸

370 Vgl. z.B. BGE 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159; BGE 142 III 239 E. 5.2.1 S. 253; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 209; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 27.41.

371 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 330. Ohne weitere Begründung auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 43 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 22 zu Art. 32 OR.

372 Vgl. BGE 126 III 59 E. 1b S. 64; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 168 zu Art. 32 OR; ENGEL, traité, S. 376; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 315f., 331ff. A.A. wohl CR-CHAPPUIS, N 12 zu Art. 32 OR, zumindest bezüglich der Wendung «im Auftrag von».

373 Siehe vorne Rn. 89 *in initio*. Vgl. in diesem Kontext auch BGE 126 III 59 E. 1b S. 64.

374 Z.B. BK-FELLMANN, N 11 zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 4 zu Art. 396 OR; CR-WERRO, N 7 zu Art. 396 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 47; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4400.

375 Vgl. ferner ENGEL, traité, S. 376.

376 HEFTI, Stellvertretung, S. 25; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 315ff., 331ff. So wohl auch BGE 126 III 59 E. 1b S. 64. Vgl. auch BGE 90 II 285 E. 1b S. 289f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 43 zu Art. 32 OR; ENGEL, traité, S. 376.

377 Vgl. DROIN, représentation indirecte, S. 50; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 327.

378 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 335ff., m.w.H.

Sofern das Geschäft zwischen dem Stellvertreter und dem Dritten schriftlich abgefasst wird, stellt die Art und Weise, wie der Stellvertreter die Urkunde unterzeichnet, ein weiteres wichtiges Abgrenzungskriterium dar.³⁷⁹ Unterschreibt der Stellvertreter das Dokument nämlich mit seinem eigenen Namen, so bekundet er regelmässig, ein Eigengeschäft abschliessen zu wollen.³⁸⁰

Fraglich ist, inwieweit sich die Kenntnis des Dritten vom fehlenden Eigentum des Stellvertreters am Veräusserungsobjekt auf die Frage auswirkt, ob der Stellvertreter im eigenen oder im fremden Namen aufgetreten ist.³⁸¹ Da der direkte Stellvertreter nie, und der indirekte Stellvertreter dem Grundsatz nach nicht, das Eigentum an den Gegenständen des Vertretenen erwirbt,³⁸² kann aus der blossen Nichteigentümerstellung nicht auf ein Handeln im fremden Namen geschlossen werden. Sofern also im konkreten Fall nichts weiter für ein Auftreten im fremden Namen spricht, ist von einem Handeln im eigenen Namen auszugehen.³⁸³ Nach meinem Dafürhalten ist auch im täglichen Geschäftsverkehr allgemein bekannt, dass der Eigentümer nicht zwingend auch Vertragspartei sein muss.

Zusammenfassend ergeben sich für die Interpretation der Willenserklärung des Stellvertreters hinsichtlich der Art des Auftretens gegenüber dem Dritten folgende Leitlinien: Bei der Auslegung der Erklärung ist allgemein darauf zu achten, dass es sich beim Erklärenden und beim Empfänger i.d.R. um Personen ohne juristische Kenntnisse handelt. Folglich kommt es nicht auf den dogmatischen Sinngehalt der Erklärung an, sondern darauf, wie ein redlich und vernünftig urteilender juristischer Laie die Erklärung in guten Treuen verstehen durfte bzw. musste. Häufig wird daher ein ausdrücklicher Hinweis auf den Vertretenen nach dem Vertrauensprinzip als ein Handeln im fremden Namen zu interpretieren sein. Ausgenommen hiervon sind Geschäftsbereiche, in welchen die indirekte Stellvertretung üblich ist. Ein weiterer wichtiger Hinweis auf die Art des Auftretens gegenüber dem Dritten ist die Weise, wie der Vertreter eine allfällige Vertragsurkunde unterzeichnet. Die Verwendung des eigenen Namens ist dabei ein gewichtiges Indiz für ein Eigengeschäft. Schliesslich wurde aufgezeigt, dass fehlendes Eigentum des Stellvertreters keine Rückschlüsse auf die Art des Handelns zulässt.

379 Vgl. BGE 100 II 200 E. 8b S. 212; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 348 ff.

380 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 168 zu Art. 32 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 352. Anders aber BGE 90 II 285 E. 1b S. 289 f. Krit. zu diesem Entscheid BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 168 zu Art. 32 OR.

381 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 348 ff., m.w.H.

382 Siehe vorne Rn. 92.

383 Vgl. auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 348 ff.

dd. Beweislast

aaa. Allgemein

- 108 Das Handeln im fremden oder aber im eigenen Namen ist eine rechtsbegründende Tatsache.³⁸⁴ Fraglich ist somit, wer im Bestreitungsfall diese Tatsache nachzuweisen hat. Mangels einer gesetzlichen Sonderregelung findet die allgemeine Regel zur Beweislastverteilung im schweizerischen Zivilrecht gemäss Art. 8 ZGB Anwendung. Nach Art. 8 ZGB hat «[...] derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet». Im Bestreitungsfall hat folglich derjenige, der seinen Anspruch auf ein Handeln im eigenen oder im fremden Namen stützt, dafür auch den Nachweis zu erbringen.³⁸⁵ In der Rechtsprechung und der Literatur werden aber von dieser allgemeinen Regel abweichende Lösungen zur Beweislastverteilung vorgeschlagen. Im Folgenden wird auf diese Lösungsansätze näher eingegangen.

bbb. Vermutung für ein Handeln im eigenen Namen?

aaaa. Rechtsprechung und Herrschende Lehre

- 109 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre gehen von einer allgemeinen Vermutung aus, wonach eine Person ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen abschliesst.³⁸⁶ Schliesslich sei es als Normalfall des Rechtsverkehrs anzusehen, dass beim Abschluss eines Geschäfts jede Partei für sich selber handelt.³⁸⁷ Klagt also der Dritte gegen den Stellvertreter mit der Behauptung, es liege ein Eigengeschäft vor, so hat der Stellvertreter im Bestreitungsfall zu beweisen, dass er das Geschäft nicht für sich selber, sondern für eine andere Person abgeschlossen hat.³⁸⁸ Geht im umgekehrten Fall der (indirekte) Stellvertreter aus einem behaupteten Eigengeschäft gegen den Dritten vor, so wäre es am Dritten, ein Handeln im fremden Namen nachzuweisen.³⁸⁹
- 110 Zur Frage, um welche Art von Vermutung es sich hierbei handelt, schweigen allerdings die Vertreter dieser Auffassung. Da eine Vermutung für ein Handeln im eigenen Namen gesetzlich nicht vorgesehen ist, kann es sich nicht um

384 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 182 zu Art. 32 OR. Vgl. auch BK-BECKER, N 18 zu Art. 32 OR.

385 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 182 zu Art. 32 OR.

386 BGer 4C.154/2004 vom 20. August 2004, E. 2.2.2; BK-BECKER, N 18 zu Art. 32 OR; BK-FELLMANN, N 78 zu Art. 396 OR; BSK-WATTER, N 34 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 646 f.; CHK-KUT, N 44 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1338b; KOLLER, OR AT, N 17.02; KuKo-JUNG, N 12 *in fine* zu Art. 32 OR; OFK-SCHÖBI, N 6 zu Art. 32 OR; REICHEL, Vertragsschluss, S. 173; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 12 zu Art. 32 OR.

387 BSK-WATTER, N 34 zu Art. 32 OR.

388 BSK-WATTER, N 34 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 646 *in fine*, S. 647 *in initio*; CHK-KUT, N 44 zu Art. 32 OR.

389 CHK-KUT, N 44 zu Art. 32 OR.

eine gesetzliche Vermutung handeln.³⁹⁰ Vielmehr ist von einer *natürlichen (tatsächlichen) Vermutung* auszugehen.³⁹¹ Im Unterschied zur gesetzlichen Vermutung beruht die natürliche Vermutung auf der allgemeinen Lebenserfahrung.³⁹² Innerhalb der Gruppe der natürlichen Vermutungen ist zwischen der natürlichen Vermutung mit normativer Bedeutung und der natürlichen Vermutung im Einzelfall zu unterscheiden.³⁹³ Während *Ersterer* über den konkreten Sachverhalt hinaus Bedeutung zukommt,³⁹⁴ wurde *Letztere* nur in einem konkreten Einzelfall aufgestellt, weshalb sie auch einzig Gegenstand der Beweiswürdigung im Einzelfall ist.³⁹⁵ Die natürliche Vermutung mit normativer Bedeutung hingegen schliesst – gleich wie die gesetzliche Vermutung – von einer bekannten Tatsache auf die unbekannte (zu beweisende) Tatsache oder auf eine Rechtsfolge, wodurch der beweisbelasteten Partei der Beweis erleichtert wird.³⁹⁶

Vorliegend wird die Vermutung für ein Handeln im eigenen Namen aus der allgemeinen Lebenserfahrung abgeleitet und dabei nicht auf einen bestimmten Einzelfall beschränkt. Folglich handelt es sich um eine *natürliche Vermutung mit normativer Bedeutung*,³⁹⁷ die – wie eine gesetzliche Vermutung – die Beweisführung für die beweisbelastete Partei erleichtert. Zu beweisen ist nämlich nur der Geschäftsabschluss. Aus diesem Umstand wird dann auf ein Handeln im eigenen Namen geschlossen.³⁹⁸

bbbb. Minderheitsmeinung

Im Schrifttum wird die herrschende Meinung bisweilen abgelehnt.³⁹⁹ Nach Ansicht einiger Autoren darf aus der allgemeinen Lebenserfahrung nicht gefolgert werden, Eigengeschäfte seien die Regel und wer ein Vertretungsgeschäft behauptet, trage stets auch die Beweislast dafür. Schliesslich sei die

390 Vgl. BK-WALTER, N 389 zu Art. 8 ZGB; ZK-JUNGO, N 269 zu Art. 8 ZGB.

391 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 370. Vgl. auch REICHEL, Vertragsschluss, S. 173.

392 BK-WALTER, N 473 zu Art. 8 ZGB; ZK-JUNGO, N 278 zu Art. 8 ZGB.

393 Siehe ZK-JUNGO, N 279 ff. zu Art. 8 ZGB. Vgl. auch BK-WALTER, N 474 ff. zu Art. 8 ZGB; BSK-LARDELLI/VETTER, N 86 ff., insb. N 89 zu Art. 8 ZGB.

394 ZK-JUNGO, N 280 ff. zu Art. 8 ZGB, m.w.H.

395 ZK-JUNGO, N 282 zu Art. 8 ZGB.

396 BK-WALTER, N 473 zu Art. 8 ZGB; ZK-JUNGO, N 278 zu Art. 8 ZGB.

397 In diese Richtung auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 371.

398 Vgl. BGer 4C.154/2004 vom 20. August 2004, E. 2.2.2; BSK-WATTER, N 34 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 646 f.; CHK-KUT, N 44 zu Art. 32 OR; KOLLER, OR AT, N 17.02; KuKö-JUNG, N 12 *in fine* zu Art. 32 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 12 zu Art. 32 OR.

399 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 180 ff. zu Art. 32 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 376 ff. Wohl auch CR-CHAPPUIS, N 16 zu Art. 32 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 390 *in fine*, S. 391 *in initio*.

Eingliederung in einen fremden Rechtskreis heutzutage eine regelmässige Erscheinung.⁴⁰⁰ Die erwähnte Vermutung könne daher nicht aufrechterhalten werden.

cccc. Stellungnahme

113 Der soeben dargestellten Minderheitsmeinung, wonach eine Vermutung für ein Handeln im eigenen Namen abzulehnen ist, wird hier zugestimmt. Rein rechtlich betrachtet mag es zutreffend sein, dass die direkte Stellvertretung den Ausnahmefall bildet, der wirtschaftlichen Realität entspricht dies jedoch nicht.⁴⁰¹ In der heutigen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ist das Bedürfnis nach Arbeitsteilung gross. Der Abschluss von Vertretungsgeschäften ist ein unverzichtbares Instrument in der heutigen Wirtschaft.⁴⁰² Angesichts der weiten Verbreitung der direkten Stellvertretung ist nicht nachvollziehbar, wie aus der allgemeinen Lebenserfahrung eine natürliche Vermutung mit normativer Bedeutung für ein Auftreten im eigenen Namen abgeleitet werden kann. Folglich gilt wie in allen anderen Bereichen auch hier: Das Handeln im fremden oder aber im eigenen Namen ist eine rechtsbegründende Tatsache, die im Bestreitungsfall⁴⁰³ von demjenigen zu beweisen ist, der daraus Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB).

114 Im Übrigen sei an dieser Stelle noch klargestellt, dass nach meinem Dafürhalten auch keine rein auf die Beweiswürdigung beschränkte natürliche Vermutung im Einzelfall für ein Handeln im eigenen Namen angenommen werden darf. Zwar könnte man sich überlegen – ähnlich, wie die Rechtsprechung und die Lehre es beim Architekten tun –,⁴⁰⁴ auch hier gewisse Bereiche zu definieren, in welchen der Stellvertreter typischerweise im eigenen Namen auftritt, doch liesse dies ausser Acht, dass das Auftreten des Stellvertreters stets im konkreten Fall anhand einer vertrauenstheoretischen Interpretation

400 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 181 zu Art. 32 OR; VON TUHR/PETER, OR AT, § 44 Fn. 28; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 378.

401 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 377 f.

402 Vgl. z.B. NEUNER, AT BGB, § 49 N 1; VOGT, Zustimmung, S. 65.

403 In der Literatur wird bisweilen die Ansicht vertreten, dem direkt Vertretenen sei der Einwand abgeschnitten, der bevollmächtigte Vertreter habe nicht im fremden Namen, sondern im eigenen Namen gehandelt. Dies, weil die Offenlegung der Stellvertretung einzig im Interesse des Dritten erfolge (BUCHER, Aktionendenken, S. 56; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1338). Meines Erachtens kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Das Handeln im fremden Namen ist eine im Verhältnis zur Vertretungsmacht gleichwertige Voraussetzung der direkten Stellvertretung. Dem Vertretenen zu untersagen, das Fehlen einer solchen Voraussetzung geltend zu machen, erscheint mir nicht sachgerecht.

404 Siehe dazu sogleich Rn. 115 f.

zu beurteilen ist.⁴⁰⁵ Somit sollten selbst in Bereichen, in welchen häufiger zum Instrument der indirekten Stellvertretung gegriffen wird als in anderen, pauschale Annahmen über das Auftreten des Stellvertreters gegenüber dem Dritten unterbleiben.⁴⁰⁶

ccc. Vermutung für ein Handeln im fremden Namen?

Nach Ansicht des Bundesgerichts und der Doktrin ist zu vermuten, dass der Architekt im fremden Namen handelt.⁴⁰⁷ Dies gilt aber nur insoweit, als er bei der Verwirklichung des Bauvorhabens auch die typischen Leistungen erbringt wie etwa das Erstellen von Plänen oder die Besorgung der Bauaufsicht.⁴⁰⁸ Funktioniert er hingegen als Generalunternehmer, so ist keine Vermutung für ein Handeln im fremden Namen mehr anzunehmen.⁴⁰⁹ Bei der soeben erwähnten Vermutung handelt es sich um eine natürliche Vermutung, welche aus der allgemeinen Lebenserfahrung abgeleitet wird.⁴¹⁰ Das Bundesgericht spricht dieser Vermutung aber *keine normative Bedeutung* zu. Vielmehr sei sie nur im Rahmen der Beweiswürdigung relevant.⁴¹¹ Klagt also der Dritte gegen den Architekten mit der Behauptung, es liege ein Eigengeschäft vor, so hat der Architekt zwar zu beweisen, dass er im fremden Namen gehandelt hat, jedoch wird bei der Beweiswürdigung seine Stellung als Architekt zu seinen Gunsten berücksichtigt.⁴¹²

Darüber hinaus ist in der Literatur die Auffassung anzutreffen, dass eine derartige Vermutung, wie sie beim Architekten angenommen wird, auch in anderen Bereichen gelten solle, in denen die direkte Stellvertretung üblich ist.⁴¹³ Diese Aussage ist meines Erachtens äusserst heikel. Schliesslich haben die bisherigen Ausführungen ergeben, dass es bei der Beurteilung, ob ein

405 Siehe vorne Rn. 100 ff.

406 Vgl. in diesem Sinne auch BGer 4C.181/2002 vom 10. Oktober 2002, E. 1.3.

407 BGer 4A_435/2014 vom 5. Februar 2015, E. 4.1; BGer 4A_376/2011 vom 14. März 2012, E. 4.2.3; BGer 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000, E. 4; BGer 4C.189/1999 vom 19. April 2000, E. 2c; SJ 1988 26 E. 2a S. 27; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 183 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 17 zu Art. 32 OR; SCHWAGER, Architekt, S. 21; GUHL/KOLLER, OR, § 19 N 18; ZUFFEREY, l'architecte, S. 7 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 381 ff.

408 SJ 1988 26 E. 2a S. 27; BGer 4C.189/1999 vom 19. April 2000, E. 2c; SCHWAGER, Architekt, S. 21; ZUFFEREY, l'architecte, S. 7.

409 SJ 1988 26 E. 2a S. 27; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 183 zu Art. 32 OR; SCHWAGER, Architekt, S. 19 ff.; ZUFFEREY, l'architecte, S. 7.

410 BGer 4A_435/2014 vom 5. Februar 2015, E. 4.1; BGer 4A_376/2011 vom 14. März 2012, E. 4.2.3; BGer 4C.57/1999 vom 15. Mai 2000, E. 4; BGer 4C.189/1999 vom 19. April 2000, E. 2c; SJ 1988 26 E. 2a S. 27; SCHWAGER, Architekt, S. 21; ZUFFEREY, l'architecte, S. 8.

411 BGer 4A_435/2014 vom 5. Februar 2015, E. 4.1 i.V.m. E. 5.1.

412 Vgl. ZUFFEREY, l'architecte, S. 8.

413 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 384 f.

Handeln im eigenen oder im fremden Namen vorliegt, auf die vertrauensrechtliche Interpretation der Willenserklärung des Stellvertreters im Einzelfall ankommt.⁴¹⁴ Je nach Geschäftsbereich eine Vermutung in die eine oder andere Richtung zu statuieren, wäre daher nicht sachgerecht und würde verkennen, dass es zumeist um breit gefächerte Tätigkeitsbereiche geht, die rechtlich ganz unterschiedlich gestaltet werden können.⁴¹⁵ So hat auch das Bundesgericht etwa im Bereich der Tätigkeit von Werbeagenturen eine Vermutung für ein Handeln im fremden Namen explizit abgelehnt.⁴¹⁶ Was also bezüglich des Architekten wohl noch vertretbar erscheint, sollte nicht auf weitere Bereiche ausgedehnt werden. Folglich ist eine natürliche Vermutung auch ohne normativen Gehalt für ein Handeln im fremden Namen grundsätzlich abzulehnen.

b. Gleichgültigkeit des Dritten (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR)

- 117 Im Folgenden wird der Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» des Dritten hinsichtlich seines Geschäftspartners näher untersucht (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR). In einem ersten Schritt wird der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmung beschrieben (Rn. 118 ff.). Alsdann ist zu erörtern, wer sich auf die «*Gleichgültigkeit*» des Dritten berufen kann (Rn. 132 ff.). Schliesslich soll die Frage geklärt werden, welche Auswirkungen Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf den Anwendungsbereich der indirekten Stellvertretung hat (Rn. 136 ff.) und wie mit einer zuvor nicht vereinbarten indirekten Stellvertretung umzugehen ist (Rn. 143).

aa. Sachlicher Anwendungsbereich

aaa. Allgemein

- 118 Wie zuvor bereits ausgeführt, verlangt der Grundtatbestand der direkten Stellvertretung, dass der Vertreter im Namen des Vertretenen auftritt (Art. 32 Abs. 1 OR).⁴¹⁷ Von diesem Grundsatz gibt es aber eine Ausnahme. Davon handelt Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR: «*Hat der Vertreter bei dem Vertragsabschlusse sich nicht als solcher zu erkennen gegeben, so wird der Vertretene nur dann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet, [...] wenn es [dem Dritten] gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse*». Direkte Vertretungswirkungen können somit auch dann entstehen, wenn der Vertreter nicht im fremden Namen gehandelt hat. Voraussetzung ist aber, dass es dem Dritten bei Geschäftsabschluss nicht auf die Person seines Vertragspartners ankam.⁴¹⁸ Im Unterschied zum

414 Siehe vorne Rn. 103 ff.

415 Vgl. BGer 4C.181/2002 vom 10. Oktober 2002, E. 1.3.

416 BGer 4C.181/2002 vom 10. Oktober 2002, E. 1.3. *in fine*.

417 Siehe vorne Rn. 97 ff.

418 Vgl. VON BÜREN, OR AT, S. 165; ZK-KLEIN, N 86 zu Art. 32 OR.

Handeln im fremden Namen geht es beim Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» nicht um den Vertrauensschutz des Dritten, sondern um den Schutz des Vertretenen, der das Geschäft trotz eigengeschäftlichem Handeln seines Stellvertreters für sich beanspruchen will.⁴¹⁹ Darüber hinaus werden auch die Interessen des Stellvertreters geschützt, der seine Erklärung nicht gegen sich gelten lassen will.⁴²⁰ Damit führt Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR letztlich zu einer Vereinfachung im Geschäftsverkehr.⁴²¹

Die Berufung auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR setzt voraus, dass bei Geschäftsabschluss eine entsprechende Vollmacht vorlag.⁴²² Dies ergibt sich bereits aus der Marginalie von Art. 32 OR («*I. Mit Ermächtigung*»). Auch aus dem Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 OR ist herauszulesen, dass sich diese Bestimmung einzig auf das Tatbestandsmerkmal des Handelns im fremden Namen bezieht («*Hat der Vertreter [...] sich nicht als solcher zu erkennen gegeben [...]*»)⁴²³ Daraus ergibt sich, dass der Vertretene gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nur dann eigene Ansprüche gegen den Dritten geltend machen kann, wenn er den Vertreter zuvor im entsprechenden Umfang bevollmächtigt hatte.⁴²⁴ Eine nachträgliche Genehmigung ist hingegen ausgeschlossen. Auf jene Fälle, die den Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» des Dritten erfüllen, finden nämlich die Art. 38 f. OR keine Anwendung.⁴²⁵ Dies, weil zum einen Art. 38 Abs. 1 OR davon spricht, dass jemand «*[...] als Stellvertreter einen Vertrag abgeschlossen [...]*» hat, woraus zu schliessen ist, dass Art. 38 OR tatbestandlich ein Handeln im fremden Namen voraussetzt, nicht aber auf den Fall der «*Gleichgültigkeit*» des Dritten Anwendung findet.⁴²⁶ Zudem sprechen auch teleologische Überlegungen gegen die Möglichkeit einer Genehmigung in den Fällen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR. Indem nämlich Art. 38 Abs. 1 OR dem Vertretenen die Möglichkeit eröffnet, das Geschäft nachträglich zu genehmigen, trägt die Bestimmung dem Interesse des Vertretenen am Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts Rechnung. Gleichzeitig wird dem Dritten das Risiko des Nichtzustandekommens

419 Vgl. BGE 117 II 387 E. 2c S. 390 f. Siehe auch ZK-KLEIN, N 88 zu Art. 32 OR.

420 ZK-KLEIN, N 88 zu Art. 32 OR.

421 Vgl. VON BÜREN, OR AT, S. 165.

422 KOLLER, OR AT, N 16.25; ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 367; ZK-KLEIN, N 93 zu Art. 32 OR.

423 Vgl. KOLLER, OR AT, N 16.25.

424 Fraglich ist, ob Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auch auf Fälle anwendbar ist, in denen zwar keine Vollmacht erteilt wurde, der Dritte aber in seinem guten Glauben an das Bestehen einer Vollmacht zu schützen ist (vgl. Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR). Weiterführend dazu ZK-KLEIN, N 93 zu Art. 32 OR.

425 So explizit ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 368; ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR.

426 Vgl. BSK-WATTER, N 2 zu Art. 38 OR; CHK-KUT, N 2 zu Art. 38 OR; ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 368; ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR.

des zunächst schwebend unwirksamen Geschäfts aufgebürdet.⁴²⁷ Schliesslich ist der Dritte bereits während des Schwebezustands an seine Willenserklärung gebunden.⁴²⁸ Diese Risikoüberwälzung ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Vertreter dem Dritten das Vertretungsverhältnis bei Geschäftsabschluss offengelegt hat.⁴²⁹ Folglich kommt eine Genehmigung bei Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nicht in Betracht.

120 Anders, als wenn der Vertreter im fremden Namen gehandelt hat, setzt die Berufung auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR überdies einen Vertretungswillen seitens des Stellvertreters voraus.⁴³⁰ Zwar tritt der Wille des Vertreters, als solcher zu handeln, für gewöhnlich aus Gründen des Vertrauensschutzes gegenüber dem Dritten in den Hintergrund, doch geht es bei Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR gerade nicht um den Vertrauensschutz des Dritten, sondern um das Interesse des Vertretenen und des Vertreters am Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts.⁴³¹ Somit können sich weder der Stellvertreter noch der Vertretene gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf ein Vertretungsgeschäft berufen, wenn der Vertreter nicht den Willen hatte, von seiner Vollmacht Gebrauch zu machen. Andernfalls könnte der angeblich Vertretene einfach das Geschäft an sich ziehen, obgleich der Handelnde ein Eigengeschäft eingehen wollte.⁴³²

121 Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass bei formbedürftigen Geschäften kein gültiges Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts nach dem Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» des Dritten möglich ist, sofern sich das Vertretungsverhältnis aus dem Formalakt selber ergeben muss.⁴³³

bbb. Bezugsobjekt der Gleichgültigkeit

122 Vertretungswirkungen kommen ausnahmsweise auch dann zustande, wenn der Vertreter nicht im fremden Namen gehandelt hat, aber es dem Dritten dafür «*gleichgültig*» ist, «*[...] mit wem er den Vertrag schliess[t]*» (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR). Das fehlende Tatbestandsmerkmal des Handelns im fremden Namen kann also durch den Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» ersetzt werden.⁴³⁴

427 Weiterführend ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 371f.

428 BK-BECKER, N 1 zu Art. 38 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 33 zu Art. 38 OR; ZK-KLEIN, N 59 zu Art. 38 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 38 OR.

429 ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 371.

430 BGE 117 II 387 E. 2c S. 390; BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.2; BSK-WATTER, N 20 zu Art. 32 OR; KOLLER, OR AT, N 16.25.

431 Vgl. ZK-KLEIN, N 94 zu Art. 32 OR.

432 ZK-KLEIN, N 94 zu Art. 32 OR. Vgl. auch BGE 117 II 387 E. 2a S. 389.

433 Exemplarisch VON BÜREN, OR AT, Fn. 155; ZK-KLEIN, N 95 zu Art. 32 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 32 OR.

434 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1333; ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 367.

Hinsichtlich des Bezugsobjekts der «*Gleichgültigkeit*» werden aber divergierende Auffassungen vertreten. Einer Minderheitsmeinung zufolge bedeutet «*Gleichgültigkeit*», dass es dem Dritten nicht auf die *Identität* seines Vertragspartners ankam, der Dritte also bei Geschäftsabschluss vom Vertretungsverhältnis, nicht aber von der Person des Vertretenen Kenntnis hatte.⁴³⁵ Dies impliziert, dass die Preisgabe der Identität des Vertretenen konstitutiv für die Verwirklichung des Tatbestandes des Handelns im fremden Namen sei.⁴³⁶ Demgegenüber bezieht sich die «*Gleichgültigkeit*» nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre auf die *Art des Geschäfts* (Eigen- oder Vertretungsgeschäft), sodass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nur zur Anwendung gelangt, wenn der Vertreter eigengeschäftlich gehandelt hat.⁴³⁷ Im Folgenden ist auf die Argumente beider Seiten näher einzugehen (Rn. 123 f. und Rn. 125). Anschliessend ist dazu Stellung zu nehmen (Rn. 126).

aaaa. Rechtsprechung und herrschende Lehre

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre 123 ermöglicht Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR den Eintritt von Vertretungswirkungen, selbst wenn dem Dritten das Vertretungsverhältnis nicht offengelegt wurde, der Vertreter mithin eigengeschäftlich aufgetreten ist.⁴³⁸ Andernfalls wären nämlich ganze Geschäftsbereiche, in denen der Handelnde üblicherweise das Vertretungsverhältnis nicht offenlegt, von der direkten Stellvertretung ausgeschlossen.⁴³⁹ Gemeint sind damit vornehmlich die schuldrechtlichen Handgeschäfte des täglichen Lebens, wie etwa der Barkauf im Warenhaus oder auf dem Markt.⁴⁴⁰ Damit der Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» im Einzelfall erfüllt ist, genüge es nach der herrschenden Auffassung, dass der Dritte den Vertrag auch mit dem Vertretenen geschlossen hätte; nicht erforderlich sei hingegen, dass er bereit gewesen wäre, mit jeder beliebigen Person zu kontrahieren.⁴⁴¹

435 Siehe hinten Rn. 125.

436 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 619 *in fine*, S. 620 *in initio*.

437 Siehe hinten Rn. 123 f.

438 BGE 88 II 350 E. 1e S. 357; BGE 117 II 387 E. 2a S. 389; BGer 4A_270/2007 vom 19. Februar 2008, E. 5.4.1; BSK-WATTER, N 20 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 28 zu Art. 32 OR; CR-CHAPPUIS, N 13 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1333; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 71; KOLLER, OR AT, N 16.25; SCHMIDT-GABAIN, Vertretungsverhältnisse, S. 131; TERCIER/PIGHONNAZ, droit, N 430; VON BÜREN, OR AT, S. 165; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 387 f.; ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR.

439 Vgl. ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 373 f.; ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR.

440 Vgl. BSK-WATTER, N 20 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1333a.

441 BGE 117 II 387 E. 2c S. 390 f.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 90 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 20 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 28 zu Art. 32 OR; CR-CHAPPUIS, N 13 zu Art. 32 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1333; SCHMIDT-GABAIN, Vertretungsverhältnisse, S. 131; ZK-KLEIN, N 111 *in initio* zu Art. 32 OR.

Folglich bedeutet «*Gleichgültigkeit*», dass es dem Dritten bei Geschäftsabschluss nicht darauf ankam, ob der mit ihm abschliessende Vertreter ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft einging. Die «*Gleichgültigkeit*» wird demnach «*geschäftsbezogen*» interpretiert.⁴⁴²

- 124 Im Umkehrschluss hat dies zur Folge, dass die «*Geschäfte für wen es angeht*» unter den Tatbestand des Handelns im fremden Namen eingeordnet werden, da der Vertreter hier dem Dritten mitteilt, kein Eigengeschäft eingehen zu wollen.⁴⁴³ Lediglich die Identität des Vertretenen wird in diesen Fällen offen gelassen, weil entweder der Vertretene bei Geschäftsabschluss überhaupt noch nicht feststeht (*objektive Unbestimmtheit*) oder er nur noch nicht genannt worden ist (*subjektive Unbestimmtheit*).⁴⁴⁴ Gegen die Subsumtion der Vertretungsfälle «*für wen es angeht*» unter den Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» – und somit gegen die Minderheitsmeinung – spricht der damit verbundene Ausschluss dieser Fälle vom Anwendungsbereich der Art. 38 f. OR.⁴⁴⁵ «*Dieser Ausschluss [lässt] sich für die Fälle des Handelns für diejenigen, den es angeht, d.h. wo der Dritte weiss, dass er den Handelnden nicht auf einem Eigengeschäft behaften kann, [...] nicht rechtfertigen*».⁴⁴⁶

bbbb. Minderheitsmeinung

- 125 Einer Minderheitsmeinung zufolge können gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR keine Vertretungswirkungen entstehen, wenn der Vertreter im eigenen Namen aufgetreten ist.⁴⁴⁷ Die «*Gleichgültigkeit*» schaffe nämlich keinen neuen, von der Offenlegung des Vertretungsverhältnisses unabhängigen Vertretungstatbestand.⁴⁴⁸ Vielmehr bedeute «*Gleichgültigkeit*», dass es dem Dritten nicht auf die *Person* seines Vertragspartners ankommt; der Dritte also das Geschäft abschliesst, ohne dass die Person des Vertretenen benannt oder bestimmt ist, der Vertreter aber gleichwohl erklärt hat, kein Eigengeschäft zu wollen.⁴⁴⁹ Diese Interpretation der «*Gleichgültigkeit*» entspricht laut ihren Befürwortern

442 ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 367. Vgl. auch DORIS, Stellvertretung, S. 173.

443 So GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1332; KOLLER, OR AT, N 17.04; TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 429; ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR. Vgl. BGE 60 II 492 E. 2 S. 498 f.

444 Vgl. BGE 60 II 492 E. 2 S. 497 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1332; STÄHELI, Handeln, S. 22 f.

445 ZÄCH, Gleichgültigkeit, S. 371 ff.; ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR.

446 ZK-KLEIN, N 103 zu Art. 32 OR.

447 BUCHER, OR AT, S. 622 f.; BUCHER, Aktionendenken, S. 57 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 1063 f.; VIOLAND, Stellvertretung, S. 18 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 zu Art. 32 OR. Vgl. auch DROIN, indifférence, S. 458 ff., S. 472.

448 BUCHER, OR AT, S. 622. Vgl. ferner auch DROIN, indifférence, S. 462 ff.

449 BUCHER, OR AT, S. 619 f.

dem Zweck des Offenkundigkeitsprinzips am besten, da dem Dritten dadurch nicht gegen seinen Willen ein Vertragspartner aufgenötigt werden könne.⁴⁵⁰ Zudem deute auch der Ausdruck «*mit wem*» darauf hin, dass sich die «*Gleichgültigkeit*» auf die Person des Vertretenen beziehe, nicht aber auf das Vertretungsverhältnis an sich.⁴⁵¹ Folglich seien die «*Geschäfte für denjenigen, den es angeht*» unter Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zu subsumieren.⁴⁵²

cccc. Stellungnahme

Der soeben dargestellten herrschenden Ansicht, wonach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR von der Offenlegung der Vertretung dispensiert, wird hier zugestimmt. Es ist richtig, die Vertretungsfälle «*für wen es angeht*» unter den Tatbestand des Handelns im fremden Namen zu subsumieren und damit für die Offenlegung der direkten Vertretung die Erklärung des Vertreters genügen zu lassen, kein Eigengeschäft eingehen zu wollen. Dies nicht nur, weil dem Vertretenen damit die Möglichkeit verbleibt, das Vertretungsgeschäft «*für wen es angeht*» nachträglich zu genehmigen, sondern auch, weil auf diese Weise der Zweck des Offenkundigkeitsprinzips gewahrt wird, ohne das Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts übermässig zu erschweren.⁴⁵³ Wer dem Dritten nämlich erklärt, ein Vertretungsgeschäft abzuschliessen, ohne aber die Person des Vertretenen zu offenbaren, der hat sich gleichwohl als Vertreter zu erkennen gegeben, sodass es am Dritten ist, zu entscheiden, ob er sich auf das Geschäft mit einer unbekanntenen Person einlassen will oder nicht.⁴⁵⁴ In diesen Fällen die Vertretungswirkung an den Nachweis der «*Gleichgültigkeit*» des Dritten zu knüpfen, wäre meines Erachtens nicht sachgerecht, sind die Interessen des Dritten doch nicht gefährdet. Darüber hinaus wird durch die geschäftsbezogene Interpretation der «*Gleichgültigkeit*» dem Interesse des Vertretenen und des Vertreters am Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts angemessen Rechnung getragen, da Vertretungswirkungen ausnahmsweise bei einem eigengeschäftlichen Auftreten des Vertreters möglich sind.⁴⁵⁵ Entgegen der Ansicht BUCHERS⁴⁵⁶ besteht diesfalls nicht die Gefahr, dass dem Dritten gegen seinen Willen ein Vertragspartner aufgenötigt wird.⁴⁵⁷ Schliesslich können

450 BUCHER, OR AT, S. 622 *in fine*.

451 HUGUENIN, AT/BT, N1064.

452 Explizit BUCHER, OR AT, S. 620.

453 Vgl. ferner VON BÜREN, OR AT, S. 165.

454 Vgl. ZK-KLEIN, N103 zu Art. 32 OR.

455 Vgl. VON BÜREN, OR AT, S. 165; ZK-KLEIN, N107 zu Art. 32 OR.

456 BUCHER, OR AT, S. 622 *in fine*.

457 Ebenso KOLLER, OR AT, N16.25.

Vertretungswirkungen bei einem eigengeschäftlichen Handeln des Vertreters nur entstehen, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, ob der Handelnde ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft abschliesst (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR).

127 Darüber hinaus kann auch dem Argument der Minderheit, wonach der Ausdruck «*mit wem*» bedeutet, dass sich die «*Gleichgültigkeit*» auf die Person und nicht auf das Geschäft beziehe, nicht gefolgt werden.⁴⁵⁸ Denn der Ausdruck «*mit wem*» ist keineswegs so eindeutig, wie bisweilen behauptet wird. Schliesslich kann er doch auch bedeuten, dass sich die «*Gleichgültigkeit*» entweder auf den Handelnden (Eigengeschäft) oder eine andere Person (Vertretungsgeschäft) bezieht. Auch vor dem Hintergrund der Gesetzesfassung in französischer Sprache ist dieses Argument abzulehnen. Die französische Fassung bezieht die «*Gleichgültigkeit*» nämlich explizit auf die Alternative Abschlusspartner oder Vertretener («*[...] s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre*»).⁴⁵⁹ Die «*Gleichgültigkeit*» ist somit auch vom Gesetzeswortlaut her «*geschäftsbezogen*».

128 Problematisch ist allerdings die Behandlung jener Fälle, in denen der Vertreter erklärt, dass entweder er (Eigengeschäft) oder eine noch unbekannte Person (Vertretungsgeschäft) Vertragspartei wird. Denn von den «*gewöhnlichen*» Vertretungsfällen «*für wen es angeht*» unterscheiden sich diese Fälle dadurch, dass der Dritte den Handelnden auch auf ein Eigengeschäft behaften kann, was sonst beim Tatbestand des Handelns im fremden Namen nicht möglich ist.⁴⁶⁰ Zugleich handelt es sich aber auch nicht um ein rein eigengeschäftliches Auftreten des Vertreters, bei dem es nur unter der Voraussetzung von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zum Eintritt von Vertretungswirkungen kommen kann. Schliesslich erklärt der Vertreter, alternativ sich selber oder eine andere Person zu berechtigen und zu verpflichten, und hat insoweit eine mögliche direkte Vertretung offengelegt.

129 In der Literatur werden diese Fälle mehrheitlich nicht behandelt bzw., wo sie Beachtung finden, unterschiedlich eingeordnet. So werden sie von einigen Autoren wohl als «*bewusste Gleichgültigkeit*» unter Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR subsumiert,⁴⁶¹ während sie von anderer Seite zu den Vertretungsfällen «*für wen*

458 A.A. HUGUENIN, AT/BT, N1064.

459 So schon MARTIN, code, S. 52. Siehe auch ZK-KLEIN, N102 zu Art. 32 OR.

460 Schliesst der Vertreter nämlich ein Geschäft «*für wen es angeht*» und gelingt es ihm nachträglich nicht, den Vertretenen zu bezeichnen, so ist Art. 39 OR analog anwendbar. Das heisst, dass der Vertreter nicht auf Erfüllung des Geschäfts behaftet werden kann; er wird mithin nicht Partei des Geschäfts, da er im fremden Namen (als Vertreter) aufgetreten ist (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N1332 *in fine*; KOLLER, OR AT, N17.06; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 405).

461 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N99 ff. zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N28 zu Art. 32 OR. Krit. dazu ZK-KLEIN, N106f. zu Art. 32 OR.

es angeht» gezählt werden.⁴⁶² Deren genaue Einordnung ist aber zum einen für die Frage relevant, ob eine Genehmigung des Vertretenen möglich ist,⁴⁶³ und zum anderen für die Frage entscheidend, ob die «*Gleichgültigkeit*» des Dritten bewiesen werden muss.

Meines Erachtens sind derartige Fälle unter den Tatbestand des «*Handelns im fremden Namen*» zu subsumieren. Die Einordnung unter diesen Tatbestand rechtfertigt sich, weil der Vertreter bei Geschäftsabschluss die Alternative «*direkte Vertretung*» offengelegt hat. Zudem besteht so die Möglichkeit, das Vertretungsgeschäft zu genehmigen. Für den Dritten entsteht dadurch kein Risiko. Ganz im Gegenteil: Bleibt eine Genehmigung aus, so kann der Dritte den Vertreter in diesem besonderen Fall auf ein Eigengeschäft behaften.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR von der Offenlegung der direkten Stellvertretung dispensiert. Der Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» kommt somit nur bei einem eigengeschäftlichen Auftreten des Vertreters zur Anwendung. Folglich kann ein Vertretungsgeschäft ausnahmsweise auch bei einem «*Handeln im eigenen Namen*» gültig zustande kommen. Die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Stellvertretung ist somit nicht allein anhand der Art möglich, wie der Vertreter gegenüber dem Dritten auftritt.⁴⁶⁴

bb. Geltendmachung

Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR schützt das Interesse des Vertretenen und des Vertreters am Zustandekommen des Vertretungsgeschäfts.⁴⁶⁵ Von der Norm sind nämlich diejenigen Fälle erfasst, in denen der bevollmächtigte Vertreter zwar als solcher handeln wollte, sich aber nicht dahingehend ausgedrückt hat. Daher kann der Dritte den unmittelbar Handelnden nie mit der Begründung, ihm sei sein Vertragspartner gleichgültig, gegen dessen Willen in die Rolle des (direkten) Stellvertreters drängen.⁴⁶⁶

Zu klären bleibt die Frage, ob sich nur der Vertretene (im Aktivprozess gegen den Dritten) oder auch der Vertreter (im Passivprozess mit dem Dritten) auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR berufen kann. In der Literatur vertritt BUCHER die Auffassung, dass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf die Klage des Vertretenen gegen den Dritten beschränkt werden müsse und der Vertreter von der Berufung auf

462 STÄHELI, *Handeln*, S. 15.

463 Vgl. vorne Rn. 119.

464 Zu den Auswirkungen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf die indirekte Stellvertretung siehe hinten Rn. 136 ff.

465 ZK-KLEIN, N 88 zu Art. 32 OR. Vgl. VON BÜREN, OR AT, S. 165.

466 BGE 88 II 350 E. 1e S. 357; ZK-KLEIN, N 88 zu Art. 32 OR.

Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR ausgeschlossen sei.⁴⁶⁷ Andernfalls bestünde nämlich für den Dritten das Risiko, im Prozess gegen den ihm allein bekannten Vertreter wegen dessen fehlender Passivlegitimation zu unterliegen.⁴⁶⁸ Diese Ansicht verdient Zustimmung, darf doch die Geltendmachung von Forderungen nicht zu einem Glücksspiel werden. Denn schon im Hinblick auf die praktisch so wichtige Frage nach der Verjährungsunterbrechung (Art. 135 Ziff. 2 OR) muss dem Gläubiger klar sein, wen er zu betreiben hat beziehungsweise wen es einzuklagen gilt.⁴⁶⁹ Folglich kann sich nur der Vertretene (im Aktivprozess gegen den Dritten) auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR berufen.

134 Derjenige, der sich auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR beruft, hat den Nachweis aller Tatbestandsvoraussetzungen – allem voran der «*Gleichgültigkeit*» des Dritten – zu erbringen (vgl. Art. 8 ZGB). Das Vorliegen der «*Gleichgültigkeit*» beurteilt sich immer anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls.⁴⁷⁰ Da es sich hierbei aber um einen internen Zustand handelt, kann für dessen Nachweis oft nur auf die Verkehrsübung abgestellt werden.⁴⁷¹ Typischerweise wird «*Gleichgültigkeit*» angenommen, wenn sich beide Parteien bei Geschäftsabschluss keine Gedanken über eine potentielle (direkte) Vertretung machen. Zu denken wäre etwa an Verträge, die eine Sachleistung Zug-um-Zug beinhalten, oder an gewisse andere Geschäfte des täglichen Lebens.⁴⁷²

135 Sind die Voraussetzungen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nicht erfüllt, so bleibt es beim Eigengeschäft des Vertreters. Dies kann zu einer «*nicht vereinbarten indirekten Stellvertretung*» führen.⁴⁷³

cc. Auswirkungen auf die indirekte Stellvertretung

136 Die Auswirkungen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf die indirekte Stellvertretung sind umstritten. Im Wesentlichen geht es dabei um die Frage, ob ein Eigengeschäft des indirekten Stellvertreters und damit eine indirekte Stellvertretung überhaupt möglich ist, wenn es dem Dritten nicht darauf ankommt, mit wem er das Geschäft abschliesst. Fraglich ist also, ob der Anwendungsbereich der indirekten Stellvertretung durch Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zurückgedrängt wird.⁴⁷⁴

467 BUCHER, OR AT, S. 622.

468 BUCHER, OR AT, S. 622.

469 Vgl. BSK-DÄPPEN, N 19b zu Art. 135 OR.

470 ZK-KLEIN, N 112 *in initio* zu Art. 32 OR.

471 ZK-KLEIN, N 112 zu Art. 32 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 zu Art. 32 OR. Vgl. auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 112 zu Art. 32 OR.

472 CHK-KUT, N 29 zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 113 zu Art. 32 OR. Vgl. auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 112 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 20 zu Art. 32 OR.

473 Siehe hinten Rn. 143.

474 Vgl. auch ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 437 ff.

Auf den ersten Blick erscheint diese Frage berechtigt. Schliesslich können gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR direkte Vertretungswirkungen trotz eigen-geschäftlichem Handeln des Vertreters eintreten.⁴⁷⁵ Bei genauerer Betrachtung wird sich aber zeigen, dass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR die indirekte Stellvertretung nicht einschränkt.⁴⁷⁶ Zunächst ist aber darzulegen, wie diese Frage in der Literatur und Rechtsprechung beantwortet wird.⁴⁷⁷

In der Literatur wird diese Frage bezogen auf das (zweiseitige) Verfügungs-geschäft zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten, und hier auch nur für den Erwerb *vom Dritten*, positiv beantwortet. In der älteren Doktrin vertreten etwa VON TUHR / PETER die Meinung, dass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR «[...] von grosser Bedeutung für den Erwerb von beweglichen Sachen und von Forde-rungen durch Zession [ist]». ⁴⁷⁸ Treffen nämlich die Voraussetzungen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zu, ist dem verfügenden Dritten also der Erwerber gleichgültig, so erwerbe der (eigentlich indirekt) Vertretene unmittelbar vom Dritten.⁴⁷⁹ Folglich entfalte das Verfügungsgeschäft direkte Vertretungswirkungen.⁴⁸⁰ Ein beachtlicher Teil der Literatur, vornehmlich jener zum Kommissions-recht, folgt dieser Meinung und spricht sich bei der Einkaufskommission für einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Kommittenten aus (*Theorie vom Direkterwerb in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 2 in fine OR*).⁴⁸¹ Damit wird der Anwendungsbereich der indirekten Stellvertretung auf Erwerbsebene erheblich zurückgedrängt.⁴⁸² Obgleich es nämlich der indirekte Stellvertreter ist, der den erworbenen Leistungsanspruch gegenüber dem Dritten ausübt, wird auf diese Weise ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen konstruiert. Auch das Bundesgericht ist dieser Auffassung in einem Entscheid aus dem Jahre 1958 gefolgt,⁴⁸³ hat die Frage später aber explizit offen gelassen.⁴⁸⁴

475 Siehe vorne Rn. 126.

476 Siehe hinten Rn. 139.

477 Dazu sogleich Rn. 137 f.

478 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 388. Siehe auch JOST, Übergang, S. 133; ZK-OSER/SCHÖNEN-BERGER, N 12 zu Art. 401 OR.

479 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 388 f.

480 Vgl. VON TUHR / PETER, OR AT, S. 388 f. Zum Erwerb in direkter Stellvertretung siehe vorne Rn. 92.

481 BSK-LENZ / VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CHK-PFENNINGER, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY / VON PLANTA, N 3 zu Art. 434 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 205 *in initio*; HONSELL, OR BT, S. 400; JOST, Übergang, S. 133; KuKo-VLCEK, N 2 zu Art. 434 OR; OFK-MOSKRIC, N 2 zu Art. 434 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5201; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 388 f.; ZK-HOMBERGER, N 13 zu Art. 923 ZGB; ZK-OSER/SCHÖNEN-BERGER, N 12 zu Art. 401 OR. Vgl. auch BK-BECKER, N 2 f. zu Art. 434 OR.

482 Vgl. JOST, Übergang, S. 133; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 389.

483 BGE 84 II 253 E. 3 S. 262.

484 BGE 102 III 94 E. 3 S. 101.

138 Noch weiter gehen einzelne Autoren, die behaupten, dass direkte Wirkungen auch auf Ebene des Verpflichtungsgeschäfts denkbar seien. Wiederum zur Kommission wird teils vertreten, dass der Kaufvertrag, den der Kommissionär im eigenen Namen mit dem Dritten abschliesst, direkte Wirkungen zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entfalte, vorausgesetzt, dem Dritten kam es bei Geschäftsabschluss nicht auf seinen Vertragspartner an.⁴⁸⁵ Damit würde der Kommittent unabhängig von Art. 401 OR Forderungen gegen den Dritten erwerben.⁴⁸⁶ Eine indirekte Stellvertretung wäre nach dieser Ansicht somit nur noch möglich, wenn dem Dritten sein Vertragspartner *nicht* gleichgültig ist.⁴⁸⁷ Folglich würde der Anwendungsbereich der indirekten Stellvertretung durch Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR eingeschränkt.

139 Nach der hier vertretenen Auffassung schränkt Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR die indirekte Stellvertretung nicht ein. Dies, weil den bereits getätigten Ausführungen zu Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zu entnehmen ist, dass von dieser Bestimmung nur die Fälle erfasst sind, in denen der bevollmächtigte (direkte) Vertreter als solcher handeln wollte, sich aber nicht dahingehend ausgedrückt hat, d.h. nicht im fremden Namen aufgetreten ist. Die Bestimmung dispensiert also nur vom Erfordernis der Offenlegung des Vertretungsverhältnisses,⁴⁸⁸ nicht aber vom Vorliegen der übrigen Tatbestandselemente der direkten Stellvertretung, allem voran vom Vorliegen einer Vollmacht.⁴⁸⁹ Folglich bezieht sich der Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» auf die Fälle, in denen die direkte Vertretungswirkung sonst am Erfordernis des Handelns im fremden Namen scheitern würde.⁴⁹⁰

140 Die Fälle einer «*vereinbarten indirekten Stellvertretung*» hingegen sind von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR überhaupt nicht erfasst.⁴⁹¹ Veranlasst nämlich der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter dazu, mit einer Drittperson ein Eigengeschäft einzugehen, um ihm (dem indirekt Vertretenen) anschliessend das wirtschaftliche Resultat daraus zukommen zu lassen, so kommt es weder zu einer Bevollmächtigung des indirekten Stellvertreters noch handelt dieser mit Vertretungswillen.⁴⁹² Dies gilt nicht nur beim Abschluss eines

485 BSK-LENZ/VON PLANTA, N 3 zu Art. 425 OR; CHK-PFENNINGER, N 3 zu Art. 425 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 3 zu Art. 425 OR; OFK-MOSKRIC, N 2 zu Art. 425 OR; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 56 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5201. Vgl. BK-FELLMANN, N 144 zu Art. 401 OR.

486 Vgl. BK-FELLMANN, N 144 zu Art. 401 OR.

487 So explizit PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 67.

488 Siehe vorne Rn. 126 ff.

489 Siehe vorne Rn. 119 f. Vgl. auch GAUTSCHI, causa, Fn. 46.

490 Vgl. KOLLER, OR AT, N 16.25.

491 Vgl. auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 445 ff.

492 Vgl. vorne Rn. 16 und 91.

Verpflichtungsgeschäfts mit dem Dritten, sondern auch beim *Erwerb vom Dritten*. Sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten sind und bleiben somit – auch bei «*Gleichgültigkeit*» des Dritten – Eigengeschäfte des indirekten Stellvertreters.⁴⁹³ Folglich kann der indirekt Vertretene aus dem Drittvertrag weder unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden noch direkt vom Dritten erwerben.

Auf das vielfach in der Literatur angeführte Beispiel der Kommission bezogen heisst das, dass der Kaufvertrag des Kommissionärs mit dem Dritten, selbst wenn es dem Dritten nicht auf seinen Geschäftspartner ankam, keine direkten Wirkungen zwischen dem Dritten und dem Kommittenten entfalten kann.⁴⁹⁴ Gleiches gilt für den Erwerb vom Dritten bei der Einkaufskommission. Auch hier kann die Erwerbserklärung des Kommissionärs nicht gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR dem Kommittenten zugerechnet werden und dieser somit direkt vom Dritten erwerben.⁴⁹⁵ Denn: Wesensmerkmal des Kommissionsverhältnisses ist schliesslich die Abrede zur indirekten Stellvertretung.⁴⁹⁶

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR die Möglichkeit, eine indirekte Stellvertretung zu vereinbaren, nicht einschränkt. Hinsichtlich der Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Erwerb vom Dritten ergeben, sei auf Kapitel 7 verwiesen. Dort wird die Thematik des Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR spezifisch für die Erwerbsproblematik noch einmal aufgegriffen.⁴⁹⁷

dd. Nicht vereinbarte indirekte Stellvertretung

Hat ein bevollmächtigter Vertreter nicht im fremden Namen gehandelt und war es dem Dritten bei Geschäftsabschluss auch nicht gleichgültig, ob der Handelnde für sich oder für einen anderen auftrat, so sind direkte Vertretungswirkungen ausgeschlossen. Vielmehr wird der Handelnde selber aus dem Geschäft mit dem Dritten berechtigt und verpflichtet.⁴⁹⁸ Um den Vertretenen am wirtschaftlichen Ergebnis dieses Geschäfts teilhaben zu lassen, bedarf es daher nach Art. 32 Abs. 3 OR «[...] einer *Abtretung der Forderung oder einer Schuldübernahme nach den hierfür geltenden Grundsätzen*». Es kommt somit zu einer ursprünglich nicht vereinbarten indirekten Stellvertretung.⁴⁹⁹ Dem

493 Vgl. ferner auch DROIN, *représentation indirecte*, S. 107f.

494 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 448. Vgl. auch WATTER, *Handel*, S. 186.

495 So auch LOHER, *Kommissionsgut*, S. 925; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 448.

496 Siehe vorne Rn. 11ff.

497 Siehe hinten Rn. 536ff.

498 Exemplarisch ZK-KLEIN, N 116 zu Art. 32 OR.

499 TERCIER/PICHONNAZ, *droit*, N 499, sprechen von einer «*représentation indirecte involontaire*». Meines Erachtens sollte der Ausdruck «*ungewollte indirekte Stellvertretung*» vermieden werden, da eine Verwechslung mit dem Fall möglich wäre, in welchem zwar im Grundvertrag eine indirekte Stellvertretung vereinbart wurde, der indirekt

indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter stehen diesfalls zwei Lösungswege offen. Als erste Möglichkeit können sie vereinbaren, dass der indirekte Stellvertreter neu dem indirekt Vertretenen das wirtschaftliche Resultat des Drittvertrags durch weitere selbständige Rechtsakte zukommen lassen muss, während der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter für seine persönliche Verpflichtung mit dem Dritten schadlos hält. Dieser Fall unterscheidet sich nicht von den übrigen Fällen indirekter Stellvertretung.⁵⁰⁰ So findet namentlich Art. 401 OR auch hier Anwendung.⁵⁰¹ Allerdings könnte der indirekte Stellvertreter gegenüber dem indirekt Vertretenen Schadenersatzpflichtig werden, etwa infolge zusätzlicher Kosten, die durch den fehlenden direkten Erwerb vom Dritten entstehen.⁵⁰² Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass sich der indirekte Stellvertreter vom Drittvertrag unter Berufung auf einen Erklärungsirrtum löst.⁵⁰³ Dies dürfte regelmässig Schadenersatz wegen Fahrlässigkeit nach sich ziehen (vgl. Art. 26 OR).⁵⁰⁴ Für den Vertretenen entstände daraus der Nachteil, dass er nun nicht einmal mehr auf indirektem Wege vom abgeschlossenen Geschäft mit dem Dritten profitieren würde und seinerseits einzig Schadenersatzansprüche gegen den Vertreter geltend machen könnte. Fällt das Geschäft mit dem Dritten weg, so fällt – mangels eines Drittvertrags – auch die indirekte Stellvertretung dahin.⁵⁰⁵

4. Ergebnis

- 144 Bei der direkten Stellvertretung treten die Wirkungen des abgeschlossenen Geschäfts unmittelbar beim direkt Vertretenen ein. Er wird aus dem Vertretungsgeschäft berechtigt und verpflichtet und erwirbt auch direkt vom Dritten die Vermögensgegenstände. Im Gegensatz dazu wird der indirekte Stellvertreter selber Partei des mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts. Neben den Rechten und Pflichten aus dem Drittvertrag erwirbt der indirekte Stellvertreter auch die Vermögensgegenstände vom Dritten. Daher muss

Vertretene dabei aber einem Willensmangel unterlag und damit die indirekte Stellvertretung aus seiner Perspektive ungewollt war. Anders als bei der «nicht vereinbarten indirekten Stellvertretung» geht es hier um die Frage, ob der Grundvertrag wegen eines Willensmangels des indirekt Vertretenen ungültig ist und welche Folgen dies hat. Vgl. dazu auch vorne Rn. 42.

500 Vgl. TERCIER/PICHONNAZ, droit, N 499; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 290.

501 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 290.

502 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 296.

503 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 23 zu Art. 32 OR; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 41.04.

504 Siehe auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32 OR.

505 Vgl. vorne Rn. 14 ff.

das wirtschaftliche Ergebnis des Drittvertrags hier durch weitere Rechtsakte vom indirekten Stellvertreter auf den indirekt Vertretenen übertragen werden. Für die Unterscheidung von direkter und indirekter Stellvertretung ist dementsprechend entscheidend, ob der Vertreter im konkreten Fall ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft einging.

Die Antwort auf diese Frage hängt wesentlich davon ab, ob der Vertreter gegenüber dem Dritten im eigenen oder im fremden Namen aufgetreten ist. Sofern ein tatsächlicher Konsens diesbezüglich nicht auszumachen ist, kommt es auf die vertrauenstheoretische Interpretation der Willenserklärung des Stellvertreters im Einzelfall an. Ergibt die Auslegung, dass der Vertreter bei Geschäftsabschluss erklärt hat, mit Wirkung für einen anderen zu handeln, so ist er im fremden Namen aufgetreten, was ein Eigengeschäft und damit eine indirekte Stellvertretung von vornherein ausschließt. Hat der Vertreter hingegen im eigenen Namen gehandelt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden: *Erstens* der Fall, in dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter verabredet worden ist, dass der Vertreter ein Eigengeschäft abschliesst und dem Vertretenen das wirtschaftliche Resultat daraus überträgt. Hier wurde im Grundverhältnis eine indirekte Stellvertretung vereinbart. Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR ist nicht anwendbar. Es liegt ein Eigengeschäft des indirekten Stellvertreters vor. *Zweitens* der Fall, in dem ein bevollmächtigter Vertreter zwar bei Geschäftsabschluss von der ihm erteilten Vollmacht Gebrauch machen wollte, dabei aber nicht im fremden Namen gehandelt hat. Hier findet Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR Anwendung. Sofern es dem Dritten bei Geschäftsabschluss nicht darauf ankam, ob der Handelnde ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft abschloss, dispensiert dieser Tatbestand vom Erfordernis der Offenlegung der direkten Vertretung und ermöglicht unmittelbare Vertretungswirkungen trotz eines eigengeschäftlichen Handelns des Vertreters. War es dem Dritten hingegen nicht gleichgültig, mit wem er den Vertrag schloss, so wird der Vertreter auf sein eigengeschäftliches Auftreten behaftet und selber Partei des Geschäfts mit dem Dritten. Um den Vertretenen am wirtschaftlichen Ergebnis dieses Geschäfts teilhaben zu lassen, bedarf es nach Art. 32 Abs. 3 OR «[...] einer Abtretung der Forderung oder einer Schuldübernahme nach den hierfür geltenden Grundsätzen». Es kommt zu einer ursprünglich nicht vereinbarten indirekten Stellvertretung. 145

§2 Treuhand (Fiduzia)

Im Folgenden wird das Verhältnis zwischen der indirekten Stellvertretung und der Treuhand erörtert. Nach einigen allgemeinen Ausführungen zur Treuhand (Rn. 147 ff.) wird auf den Meinungsstand bezüglich der Unterscheidung 146

der beiden Rechtsinstitute eingegangen (Rn. 156 ff.). Alsdann ist die hier vertretene Auffassung darzulegen (Rn. 163 ff.).

1. Grundsätzliches zur Treuhand

a. Begriffsbestimmung

- 147 Der Treuhandbegriff ist im schweizerischen Recht nicht gesetzlich definiert. Auch in der Rechtswirklichkeit hat sich bisher kein allgemein anerkannter Treuhandbegriff herauskristallisiert.⁵⁰⁶ So wird gerade im Sprachgebrauch des Wirtschaftslebens «jede Wahrnehmung von Vertrauensfunktion» mit dem Begriff «Treuhand» assoziiert.⁵⁰⁷ Zusätzlich zu diesem weiten Treuhandbegriff hat sich im schweizerischen Recht eine enge Begriffsbestimmung etabliert. Charakteristika dieses engen Treuhandbegriffs sind einerseits die Übertragung von Rechten als Treugut auf den Treuhänder und andererseits ein obligatorischer Treuhandvertrag zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder zwecks Bindung der eingeräumten Rechtsmacht.⁵⁰⁸ Die Treugutbegründung kann dabei nicht nur durch *unmittelbaren Rechtserwerb* vom Treugeber erfolgen, sondern nach herrschender – und zutreffender – Auffassung auch durch *mittelbaren Erwerb* von Dritten (sog. «*Erwerbstreuhand*»)⁵⁰⁹ In beiden Fällen erwirbt der Treuhänder die volle Rechtsinhaberschaft am ihm übertragenen Vermögensgegenstand (*Treugut*), ist jedoch in der Ausübung des übertragenen Rechts vertraglich gegenüber dem Treugeber gebunden («*Theorie vom vollen Rechtserwerb*»)⁵¹⁰ Ausgenommen von diesem engen (technischen)

506 Vgl. GUBLER, Vertretung, S. 130; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 31 *in initio*; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 5 ff.; RAPP, fiducie, S. 26 *in fine*; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 6 f.; WATTER, Treuhand, S. 189; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 190 zu Art. 18 OR.

507 NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 6.

508 Exemplarisch BK-FELLMANN, N 62 zu Art. 394 OR; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 119 zu Art. 18 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 62; GUBLER, Vertretung, S. 131; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 24; SEILER, Treuhand, N 123; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 8; WALTER, Treuhandvertrag, S. 43 f.; YUNG, fiducie, S. 147; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 190 zu Art. 18 OR.

509 Z.B. BERGER, Treuhand, S. 148 f.; BSK-OSER/WEBER, N 12 zu Art. 394 OR; CHK-GIGER/GEHRER CORDEY, N 13 zu Art. 394 OR; ERZER, Rechtsgeschäft, S. 28 f.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 32; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 28 f.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 25; WIEGAND, Treuhandrecht, S. 575. A.A. DROIN, acte fiduciaire, S. 139.

510 Während dies unbestrittenermassen der Rechtslage bei der Erwerbstreuhand entspricht, kommt es auch beim unmittelbaren Erwerb vom Treugeber zu einem Vollrechtserwerb mit obligatorischer Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht. Denn seit BGE 31 II 105 folgt das Bundesgericht der «*Theorie vom vollen Rechtserwerb*» (BGE 31 II 105 E. 3 S. 109 f.; kürzlich bestätigt z.B. in BGER 4A_242/2015 vom 19. August 2015, E. 2.4.3). Die «*Theorie vom vollen Rechtserwerb*» des Treuhänders geht auf REGELSBERGER zurück (siehe REGELSBERGER, Pandekten, S. 518 sowie die diesbezüglichen Ausführungen bei WIEGAND, Sicherungsgeschäfte, S. 540 ff.). Sie wird auch von der schweizerischen Lehre

Treuhandbegriff sind folglich Konstellationen, in welchen keine Rechtsübertragung auf den Treuhänder stattfindet, sondern eine Person lediglich ermächtigt wird, im eigenen Namen über ein Recht des Ermächtigenden zu verfügen (sog. «*Verfügungsermächtigung*»).⁵¹¹

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich folgende enge Begriffsbeschreibung: Der Treuhand (*Fiduzia*) liegt ein Rechtsgeschäft zugrunde, welches den Treuhänder (*Fiduziar*) dazu verpflichtet, ein entweder vom Treugeber (*Fiduziant*) oder von einem Dritten (*Erwerbstreuhand*) als Treugut erworbenes Recht nach bestimmten Vorgaben des Treugebers auszuüben.⁵¹² Der Treuhänder erwirbt dabei immer die Rechtsinhaberschaft am Treugut. Gegenüber Dritten agiert er im eigenen Namen. Wenn im Folgenden von Treuhand gesprochen wird, so ist damit stets die soeben dargelegte enge Begriffsbeschreibung gemeint.

b. Rechtliche Konstruktion

Über die rechtliche Konstruktion der Treuhand bestehen verschiedene Ansichten.⁵¹³ Auf diese sehr reichhaltige Diskussion kann im Folgenden, wo es lediglich um die Abgrenzung zur indirekten Stellvertretung geht, nicht im

nahezu einhellig vertreten (statt vieler ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N204 f. zu Art. 18 OR). Dies meines Erachtens zu Recht. Zwar kann an dieser Stelle keine tiefgreifende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Treuhandtheorien erfolgen, doch seien hier folgende Bemerkungen erlaubt: Weder eine Zweiteilung des Eigentums in ein «*materielles*» und ein «*wirtschaftliches Eigentum*» noch die Annahme eines besonderen «*fiduziarischen Eigentums*» wäre mit dem *numerus clausus* der Sachenrechte vereinbar (vgl. auch WIEGAND, Treuhandrecht, S. 566 ff.). Auch der Ansicht, wonach die fiduziarisch übertragenen Vermögensgegenstände bei der Verwaltungstreuhand als eine Art «*Sondervermögen*» zu betrachten sind (BSK-WIEGAND, N146 zu Art. 18 OR), kann nicht gefolgt werden. Zwar können innerhalb des Vermögens einer Person bestimmte Gegenstände einem besonderen Zweck gewidmet und dabei von den übrigen Vermögensgegenständen abgeordnet und besonderen Regeln unterstellt werden (vgl. BSK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N4 zu Art. 196 ZGB), doch entsteht ein solches Sondervermögen nur aufgrund gesetzlicher Anordnung (SCHMID, Vermögensverwaltung, N2.17 f.). Weiterführend zu den verschiedenen Treuhandtheorien des ausgehenden 19. Jh. siehe die Darstellung bei VON SCHEY, Obligationsverhältnisse, S. 574 ff.

511 Anders das deutsche Recht, welches zwischen der «*Vollrechtstreuhand*» und der «*Ermächtigungstreuhand*» differenziert (siehe COING, Treuhand, S. 114 ff., S. 123 ff.; NEUNER, AT BGB, § 49 N 64). Meines Erachtens ist der Begriff «*Ermächtigungstreuhand*» für das schweizerische Recht abzulehnen. Zwar kann auch im schweizerischen Recht eine Person zur Verfügung über einen fremden Vermögensgegenstand ermächtigt werden (eingehend dazu hinten Rn. 371 ff.), doch bestehen diesfalls andere rechtliche Schwierigkeiten, sodass es nicht sachgerecht wäre, auch derartige Konstellationen unter einem engen (technischen) Treuhandbegriff zu erfassen. A.A. SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 628 ff.

512 Siehe vornehmlich BK-MÜLLER, N409 zu Art. 18 OR; COING, Treuhand, S. 85; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 8; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N190 zu Art. 18 OR.

513 M.w.H. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N122 ff. zu Art. 18 OR; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N191 ff. zu Art. 18 OR.

Einzelnen eingegangen werden. Vielmehr soll an dieser Stelle dargelegt werden, wie die Treuhand vor dem Hintergrund der im vorherigen Kapitel erörterten Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft rechtlich einzuordnen ist. Den Ausgangspunkt der Gedankenführung bildet die soeben dargelegte Begriffsbeschreibung der Treuhand, wonach der Treuhandbegriff zwei Merkmale umfasst: *erstens* die Treugutsbegründung durch Rechtserwerb des Treuhänders und *zweitens* die Vereinbarung zwischen Treugeber und Treuhänder, welche Letzteren in der Ausübung des übertragenen Rechts obligatorisch beschränkt.⁵¹⁴ Daraus ist abzuleiten, dass das fiduziarische Rechtsverhältnis in zwei Teile, nämlich in ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft, gegliedert ist.⁵¹⁵ Je nach Art der Treugutsbegründung ist aber weiter wie folgt zu differenzieren:

- 150 — Erwirbt der Treuhänder das Treugut *unmittelbar* vom Treugeber, so liegt zwischen beiden Personen zunächst eine *fiduziarische Vereinbarung*⁵¹⁶ vor, sprich ein obligatorischer Vertrag (*Verpflichtungsgeschäft*).⁵¹⁷ Mit der fiduziarischen Vereinbarung verpflichtet sich der Treugeber dazu, zu Gunsten des Treuhänders über das Treugut zu verfügen, und im Gegenzug verpflichtet sich der Treuhänder dazu, die ihm eingeräumte Rechtsmacht nach den Vorgaben des Treugebers auszuüben.⁵¹⁸ Zur fiduziarischen Vereinbarung tritt dann noch ein fiduziarisches Übertragungsgeschäft (*Verfügungsgeschäft*) hinzu, in welchem der Treugeber in Erfüllung seiner Pflicht aus der fiduziarischen Vereinbarung dem Treuhänder das Recht am Treugut überträgt.⁵¹⁹ Folglich setzt sich das fiduziarische Rechtsverhältnis bei der unmittelbaren Treugutsbegründung aus einem Verpflichtungsgeschäft (*fiduziarische Vereinbarung*) und einem Verfügungsgeschäft (*fiduziarische Übertragung*) zusammen.

151 Im Zusammenhang mit der unmittelbaren Treugutsbegründung bedarf es noch eines weiteren Hinweises: In der älteren Literatur sind

514 Siehe vorne Rn. 147 f.

515 BK-MÜLLER, N 412 zu Art. 18 OR; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 124 zu Art. 18 OR; CHK-GIGER/GEHRER CORDEY, N 12 zu Art. 394 OR; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 24 ff.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 24. Vgl. RAPP, *fiducie*, S. 27 f.

516 Die konkrete vertragsrechtliche Qualifikation der fiduziarischen Vereinbarung (*pactum fiduciae*) ist umstritten. Dieses Problem wird an anderer Stelle näher diskutiert (siehe hinten Rn. 217 ff.).

517 Vgl. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 123 f. zu Art. 18 OR; CHK-GIGER/GEHRER CORDEY, N 12 zu Art. 394 OR; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 25 ff.

518 Vgl. KUMMER, *causa*, S. 61.

519 Vgl. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 123 f. zu Art. 18 OR; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 27 ff.; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 199 zu Art. 18 OR. Vgl. auch WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 49 ff., m.w.H.

Stimmen auszumachen, welche die Ernsthaftigkeit der Rechtsübertragung bei gleichzeitiger obligatorischer Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht in Abrede stellen und folglich die fiduziarische Übertragung als simuliert betrachten.⁵²⁰ Mittlerweile wurde diese Auffassung überwunden; die fiduziarische Übertragung wird also als gültig angesehen,⁵²¹ und das zu Recht. Denn anders als bei einem simulierten Rechtsgeschäft, bei welchem sich die Parteien einig sind, «[...] dass die gegenseitigen Erklärungen nicht ihrem Willen entsprechende Rechtswirkungen haben sollen [...]»,⁵²² ist der Rechtsübergang vorliegend übereinstimmend gewollt.⁵²³ Die obligatorische Beschränkung in der Ausübung des übertragenen Rechts betrifft rein die Verpflichtungsebene und steht einem Übertragungsakt nicht entgegen.

- Erwirbt der Treuhänder das Treugut hingegen von einem Dritten (sog. 152 «*Erwerbstreuhand*»), so besteht das fiduziarische Rechtsverhältnis zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder allein aus der *fiduziarischen Abrede (Verpflichtungsgeschäft)*.⁵²⁴ Anders als bei der unmittelbaren Treugutsbegründung fungiert die fiduziarische Abrede diesfalls nicht als Kausalgeschäft für den Rechtserwerb, sondern beschränkt sich darauf, die Pflichten des Treuhänders im Umgang mit dem vom Dritten erworbenen Treugut festzulegen.⁵²⁵

c. Arten

Die fiduziarischen Rechtsverhältnisse lassen sich nach mehreren Gesichtspunkten einteilen.⁵²⁶ Für die Abgrenzung zur indirekten Stellvertretung ist die Einteilung nach dem in der fiduziarischen Abrede vereinbarten Verwendungszweck des Treuguts relevant. Diese Art der Einteilung differenziert zwischen der *Verwaltungs-* und der *Sicherungstreuhand*.⁵²⁷ Zwar weisen beide

520 JÄGGI, Diskussionsvotum, S. 537a ff.; SCHÖNLE, Einmannengesellschaft, S. 42 ff.; VON BÜREN, OR AT, S. 174 f.

521 Ausführlich und anschaulich dazu BGer 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017, E. 5.1. Exemplarisch BK-MÜLLER, N 416 zu Art. 18 OR; MÜLLER, Treuhandverhältnis, S. 269; WALTER, Treuhandvertrag, S. 50 f.; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 217, 221 zu Art. 18 OR. Auch bereits REGELSBERGER, Pandekten, S. 519.

522 BGer 4A_665/2016 vom 15. Februar 2017, E. 3.1.

523 BGer 4A_530/2016 vom 20. Januar 2017, E. 5.1; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 128 zu Art. 18 OR.

524 Vgl. BK-MÜLLER, N 412 zu Art. 18 OR; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 193 zu Art. 18 OR.

525 Vgl. ERZER, Rechtsgeschäft, S. 29; ferner WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 25; WIEGAND, Treuhandrecht, S. 575.

526 Vgl. WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 19 ff.

527 So z.B. BERGER, Treuhand, S. 147 ff.; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 120 zu Art. 18 OR; ERZER, Rechtsgeschäft, S. 81 f.; GREMELS, Treuhand, S. 18 f.; GUBLER, Vertretung, S. 132;

Arten die charakteristischen Elemente der Treuhand i.e.S. auf – es kommt mithin zur Treugutsbegründung mit obligatorischer Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht –, doch ist der Inhalt der fiduziarischen Vereinbarung bei der Verwaltungstreuhand ein anderer als bei der Sicherungstreuhand.⁵²⁸ Während der Treuhänder bei Ersterer das erworbene Recht im Interesse des Treugebers ausüben soll, das wirtschaftliche Resultat seiner Tätigkeit also dem Treugeber zukommt, erfolgt der Rechtserwerb bei Letzterer zur Sicherung einer Forderung des Treuhänders gegenüber dem Treugeber, d.h. im Interesse des Treuhänders.⁵²⁹ Daraus ist abzuleiten, dass sich einzig bei der Verwaltungstreuhand die Frage nach der Abgrenzung zur indirekten Stellvertretung stellt.⁵³⁰ Denn nur hier übt der Treuhänder das Recht im fremden Interesse aus. Folglich hält die fiduziarische Vereinbarung bei der Verwaltungstreuhand – ähnlich wie das Grundverhältnis indirekter Stellvertretung – den Treuhänder zu einer Geschäftsführung im fremden Interesse an.⁵³¹ Kontrahiert der Treuhänder dabei mit einem Dritten, so kommt das wirtschaftliche Resultat dieser Tätigkeit letztlich dem Treugeber zu. Die nachstehenden Ausführungen zur Abgrenzung der Treuhand von der indirekten Stellvertretung betreffen folglich die Verwaltungstreuhand.

2. Verhältnis der Verwaltungstreuhand zur indirekten Stellvertretung

- 154 Die Frage, ob der Treuhänder als indirekter Stellvertreter des Treugebers zu qualifizieren ist, wird von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wohl bejaht (Rn. 156). In der Lehre haben sich hingegen zwei Lager gebildet, von denen keines als herrschend angesehen werden kann. Im Folgenden werden die beiden divergierenden Ansichten näher dargestellt (Rn. 156 ff., Rn. 159 ff.). Anschliessend ist dazu Stellung zu nehmen (Rn. 163 ff.).

NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 10; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 19; YUNG, fiducie, S. 146; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 192, 202 zu Art. 18 OR. Diese Unterscheidung geht nämlich auf das römische Recht zurück. Bereits das klassische römische Recht unterschied zwischen der *fiducia cum amico contracta* und der *fiducia cum creditore contracta*. Zur Treuhand im römischen Recht siehe die Studie von PAUL OERTMANN, Die Fiducia im römischen Privatrecht, eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, Berlin 1890. Siehe auch ERBE, fiduzia, S. 12 ff., S. 121 ff.

528 Vgl. BK-ZOBL/THURNHERR, Systematischer Teil, N 1355 ff.

529 BK-FELLMANN, N 62 ff. zu Art. 394 OR; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 10 f.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 19.

530 Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, § 9 Fn. 16; SEILER, Treuhand, N 124 ff.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 807 ff.

531 Vgl. ferner BK-FELLMANN, N 64 zu Art. 394 OR. Siehe auch vorne Rn. 16.

Vorab sei jedoch auf Folgendes hingewiesen: Anders als in der vorliegenden Arbeit wird die kontroverse Diskussion über die Unterscheidung zwischen Treuhand und indirekter Stellvertretung in der Literatur nicht explizit auf die Verwaltungstreuhand beschränkt. Bei genauerer Betrachtung fällt jedoch auf, dass die Autoren scheinbar wie selbstverständlich auf das Verhältnis zur indirekten Stellvertretung nur dann eingehen, wenn der Treuhänder im fremden Interesse tätig wird.⁵³² Diesfalls handelt es sich um einen Fall der Verwaltungstreuhand im soeben beschriebenen Sinne. Folglich scheint auch in der Literatur die Sicherungstreuhand aus der nachstehenden Diskussion ausgeklammert zu sein.⁵³³

a. Meinungsstand

aa. Treuhänder als indirekter Stellvertreter des Treugebers

Wie soeben bemerkt, qualifiziert das Bundesgericht den Treuhänder als indirekten Stellvertreter. Begründet wurde diese Rechtsprechung im Entscheid «*Feras Anstalt*» aus dem Jahr 1973.⁵³⁴ Darin liess das Bundesgericht die bis dahin vorgenommene Unterscheidung zwischen dem fiduziarischen Verpflichtungsgeschäft und dem Auftrag, Rechtsgeschäfte in indirekter Stellvertretung zu besorgen, fallen und erklärte Art. 401 OR für gleichermassen anwendbar.⁵³⁵ In darauffolgenden Entscheiden bekräftigte das Bundesgericht diesen Standpunkt,⁵³⁶ wie beispielhaft der folgenden Passage aus BGE 128 III 370 zu entnehmen ist: «[...] *on pourrait même se demander si l'on n'est pas en présence d'un acte fiduciaire, dans lequel le demandeur et ses associés comme fiduciaires représentés indirectement*⁵³⁷, *supporteraient le risque économique de l'affaiblissement ou de la perte de l'affaire [...]*»,⁵³⁸

532 Vgl. etwa BEILSTEIN, OR 401, S. 93; BK-FELLMANN, N64 i.V.m. N75 ff. zu Art. 394 OR; COING, Treuhand, S. 103; DROIN, acte fiduciaire, S. 138; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1025; SCHÖNLE, Einmannsgesellschaft, S. 52 *in initio*; SEILER, Treuhand, N 125; TSCHUMY, revendication, N 285; WEBER, Auftrag, S. 182.

533 So etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1025; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 807. A.A. MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 160.

534 BGE 99 II 393.

535 BGE 99 II 393 E. 6 S. 396 ff.

536 Auf den Entscheid «*Feras Anstalt*» folgten: BGE 100 II 200 E. 8a S. 212; und BGE 102 II 103 E. II.2.b S. 109, in welchem die Treuhand als eine Form indirekter Stellvertretung qualifiziert wird. Vgl. weiterhin BGE 109 III 112 E. 4.b S. 120. Siehe zudem BGE 112 III 90 E. 4a S. 95; BGE 115 II 468 E. 2b S. 471; BGER 4C.287/2002 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; BGE 128 III 370 E. 4d S. 375.

537 Mise en évidence ajoutée.

538 BGE 128 III 370 E. 4d S. 375.

157 Auch ein Teil der Literatur erblickt im Treuhänder einen indirekten Stellvertreter.⁵³⁹ Dies, weil der Treuhänder im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Treugebers handle.⁵⁴⁰ Zu beachten ist allerdings, dass umgekehrt der indirekte Stellvertreter nicht zwangsläufig mit einem Treuhänder gleichgesetzt wird, sondern der indirekten Stellvertretung ein über die Verwaltungstreuhand hinausgehender Anwendungsbereich zugesprochen wird.⁵⁴¹ Exemplarisch hierfür wird der Verkaufskommissionär genannt. Obwohl dieser kein Eigentum am Kommissionsgut erwirbt, fungiere er als indirekter Stellvertreter des Kommittenten, sei aber mangels erworbener Vermögensgegenstände wiederum kein Treuhänder.⁵⁴² Nach dieser Auffassung ist die Verwaltungstreuhand also nur eine mögliche Konstellation indirekter Stellvertretung und nicht jeder indirekte Stellvertreter zwangsläufig auch ein Treuhänder.

158 Eine diesbezüglich abweichende Ansicht vertritt GAUTSCHI. Ihm zufolge ist der Treuhänder begrifflich identisch mit dem indirekten Stellvertreter. Die beiden Rechtsfiguren erwiesen sich folglich als deckungsgleich.⁵⁴³ Daher seien sowohl der Einkaufs- als auch der Verkaufskommissionär Fiduziare.⁵⁴⁴ Diese Auffassung resultiert aus einem weiten Verständnis der Treuhand. So ist nach GAUTSCHI Fiduziar, «[...] *wer in fremdem Interesse (jedenfalls auch in fremdem Interesse) eigene Rechte erwirbt, ausübt und/oder überträgt und/oder eigene Verpflichtungen eingeht und/oder erfüllt*».⁵⁴⁵

bb. Abweichende Ansicht: Unterscheidung von Treuhand und indirekter Stellvertretung

159 Abweichend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre halten andere Autoren dafür, die Treuhand streng von der indirekten

539 BSK-OSER/WEBER, N 11 zu Art. 394 OR; ENGEL, traité, S. 232; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1025; GAUTSCHI, OR 401, S. 150; GUHL/KOLLER, OR, § 15 N 31; KuKo-SCHALLER, N 7 zu Art. 394 OR; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 158 f.; MERZ, Legalzession, S. 464; MÜLLER, Arbeitnehmervertretung, S. 1510; SCHÖNLE, Einmanngesellschaft, S. 52; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 802 ff. Vgl. BK-GAUTSCHI, N 13a ff. zu Art. 394 OR; ferner auch BEILSTEIN, OR 401, S. 93; BK-FELLMANN, N 71 ff. zu Art. 394 OR.

540 BSK-OSER/WEBER, N 11 zu Art. 394 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1025; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 159; MÜLLER, Arbeitnehmervertretung, S. 1510. Aus diesen Stellen geht einmal mehr hervor, dass sich die Abgrenzungsproblematik auf die Verwaltungstreuhand bezieht.

541 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 159. Wohl auch BEILSTEIN, OR 401, S. 93. Vgl. SCHÖNLE, Einmanngesellschaft, S. 52; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 813 f.

542 HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 33. Vgl. BSK-LENZ/VON PLANTA, N 3 zu Art. 425 OR i.V.m. N 4 zu Art. 434 OR.

543 Vgl. BK-GAUTSCHI, N 13c zu Art. 394 OR; GAUTSCHI, causa, S. 245.

544 BK-GAUTSCHI, N 13a zu Art. 394 OR.

545 BK-GAUTSCHI, N 13a zu Art. 394 OR.

Stellvertretung zu unterscheiden.⁵⁴⁶ Zwar seien sich Treuhand und indirekte Stellvertretung ähnlich, doch bestünden aus rechtlicher Sicht erhebliche Unterschiede, welche eine Trennung der beiden Rechtsinstitute rechtfertigen.⁵⁴⁷ Dies habe zur Folge, dass die fiduziarische Vereinbarung nicht als Auftrag, auf welchen Art. 401 OR Anwendung findet, qualifiziert werden dürfe, da der Auftrag wiederum ein typisches Grundverhältnis indirekter Stellvertretung sei.⁵⁴⁸ Die Verfechter dieser Meinung stützen sich auf verschiedene Kriterien, um die beiden Rechtsinstitute voneinander abzugrenzen.⁵⁴⁹ Im Vordergrund stehen dabei die folgenden drei Unterscheidungsmerkmale:

- *Erstens* plädieren einige Autoren für eine Unterscheidung anhand der *Rechtsinhaberschaft*.⁵⁵⁰ Während der indirekte Stellvertreter lediglich ermächtigt werde, über die Werte des indirekt Vertretenen zu verfügen, erwerbe der Treuhänder das Eigentum daran (*Vollrechtserwerb*).⁵⁵¹ Zwar werde auch der indirekte Stellvertreter beim Erwerb vom Dritten zunächst Eigentümer der erworbenen Werte, doch geschehe dies, im Unterschied zur Treuhand, ohne dass die Parteien dies wollten.⁵⁵² 160
- Ein *zweites* häufig genanntes Unterscheidungskriterium ist die unterschiedliche *Funktion* der beiden Rechtsinstitute.⁵⁵³ Die indirekte Stellvertretung sei ein technisches Mittel, welches dem indirekt Vertretenen, der verborgen bleiben will, ermögliche, eine andere Person zu bestellen, damit diese im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung des 161

546 DROIN, acte fiduciaire, S. 137 ff.; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 57 ff.; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 32 ff.; REYMOND, acte fiduciaire, N 133 f.; TSCHUMY, revendication, N 285 ff.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 35 ff.; WEBER, Auftrag, S. 182. Unklar ERZER, Rechtsgeschäft, S. 29 und 163. Für ein gemeinsames und jeweils eigene Anwendungsgebiete vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 32 ff.

547 DROIN, acte fiduciaire, S. 138; REYMOND, acte fiduciaire, N 133; TSCHUMY, revendication, N 285. Vgl. auch KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21.

548 WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 35 f.; WEBER, Auftrag, S. 182. Vgl. KELLER, Rechtsgeschäft, S. 25; TSCHUMY, revendication, N 290. Mit anderer Begründung, jedoch gleichem Ergebnis BLOCH, Treuhandvertrag, S. 53; ERZER, Rechtsgeschäft, S. 54.

549 Siehe die Übersichten bei BEILSTEIN, OR 401, S. 89 ff.; TSCHUMY, revendication, N 267 ff.

550 GUBLER, Treuhand, Fn. 13b und S. 262a; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 60 f.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 37.

551 GUBLER, Treuhand, Fn. 13b und S. 262a; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 60 f. Vgl. WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 37.

552 GUBLER, Treuhand, S. 262a. Vgl. WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 37.

553 KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 32 ff.; TSCHUMY, revendication, N 289.

Vertretenen, gegenüber Dritten Rechtshandlungen vornimmt.⁵⁵⁴ Bei der indirekten Stellvertretung stehe somit das Handeln gegenüber Dritten für eine bestimmte Person im Vordergrund.⁵⁵⁵ Demgegenüber konzentriere sich die Tätigkeit des Treuhänders hauptsächlich auf die Verwaltung und Betreuung eines Vermögensgegenstands (Treugut) entsprechend den Weisungen des Treugebers.⁵⁵⁶ Somit unterscheide sich der Pflichtenkreis des Treuhänders von jenem des indirekten Stellvertreters. Daraus schlussfolgern einige Autoren, dass die fiduziarische Vereinbarung als Vertrag *eigener Art* zu qualifizieren sei, während der indirekten Stellvertretung stets ein Auftragsverhältnis zugrunde liege.⁵⁵⁷

- 162 — Als *drittes* Unterscheidungsmerkmal wird die *Dauer* der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien angeführt.⁵⁵⁸ Charakteristisch für die Treuhand sei eine dauerhafte Rechtsbeziehung zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder, während die Rechtsbeziehung zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter bloss vorübergehender Natur sei.⁵⁵⁹ In diesem Zusammenhang hat sich noch eine weitere, verfeinerte Ansicht herausgebildet. Deren Vertretern zufolge kann nicht die Dauer der Rechtsbeziehung entscheidend sein, zumal auch ein fiduziarisches Rechtsverhältnis von kurzer Dauer sein kann.⁵⁶⁰ Vielmehr komme es auf die von den Parteien beabsichtigte Dauer an, während der der Treuhänder bzw. der indirekte Stellvertreter die Rechtsinhaberschaft an den Vermögensgegenständen innehaben soll.⁵⁶¹

b. Eigene Ansicht: Partielles Überschneidungsverhältnis

- 163 Von den soeben dargelegten Ansichten vermag keine zu überzeugen. Weder stehen Verwaltungstreuhand und indirekte Stellvertretung im Verhältnis der

554 NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 32.

555 NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 33; TSCHUMY, revendication, N 289.

556 KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 33; TSCHUMY, revendication, N 289.

557 Vgl. KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21; TSCHUMY, revendication, N 290. A.A. wiederum NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 46 *in initio*.

558 REYMOND, acte fiduciaire, N 133; WATTER, Treuhand, S. 193 *in fine*; WEBER, Auftrag, S. 182. A.A. wohl GAUTSCHI, OR 401, S. 150.

559 REYMOND, acte fiduciaire, N 133; WEBER, Auftrag, S. 182.

560 Vgl. TSCHUMY, revendication, N 286; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 38f. Zu denken wäre beispielsweise an den Fall der Inkassoession (vgl. HELG, placement, N 136 S. 146 und S. 148 *in initio*).

561 TSCHUMY, revendication, N 286; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 39.

Alternativität zueinander, noch fungiert der Treuhänder stets als ein indirekter Stellvertreter. Vielmehr ist nach der hier vertretenen Auffassung zwischen der Verwaltungstreuhand und der indirekten Stellvertretung ein *partielles Überschneidungsverhältnis* auszumachen.⁵⁶² Konkret heisst das, dass die beiden Rechtsfiguren sowohl einen gemeinsamen als auch je einen eigenen Anwendungsbereich aufweisen.⁵⁶³ Für die vorliegende Untersuchung von Interesse sind diejenigen Fälle, in welchen der Treuhänder zugleich als indirekter Stellvertreter auftritt. Es gilt also den Überschneidungsbereich der beiden Rechtsfiguren klar zu umreissen. Zuvor muss aber erst einmal die hier vertretene Auffassung von der partiellen Überschneidung genauer begründet werden. Hierfür ist es unerlässlich, sich mit den zuvor beschriebenen Argumenten aus Lehre und Rechtsprechung auseinanderzusetzen.

Zunächst ist zu den Unterscheidungskriterien Stellung zu nehmen, die von den Verfechtern einer Alternativität zwischen der Verwaltungstreuhand und der indirekten Stellvertretung vorgebracht werden. Dazu im Einzelnen Folgendes:

- Eine Unterscheidung der beiden Rechtsinstitute anhand der *Rechtshaberschaft* scheidet bereits dann, wenn der Vermögensgegenstand vom Dritten erworben wird.⁵⁶⁴ Denn nicht bloss der Erwerbstreuhänder wird diesfalls Rechtsinhaber, sondern vielmehr erwirbt auch der indirekte Stellvertreter den Vermögensgegenstand zu vollem Recht.⁵⁶⁵ So wird beispielsweise der Einkaufskommissionär Eigentümer des vom Dritten stammenden Kommissionsgutes.⁵⁶⁶ Gleichzeitig ist der Einkaufskommissionär in der Ausübung des erworbenen Eigentumsrechts durch den Kommissionsvertrag obligatorisch beschränkt, da dieser den Kommissionär dazu verpflichtet, das Eigentum sogleich auf den Kommittenten zu übertragen. Seine rechtliche Stellung unterscheidet sich also nicht von derjenigen des Erwerbstreuhänders.⁵⁶⁷ Dies gilt grundsätzlich in allen

562 Obschon in der Methodenlehre der Ausdruck «*partielles Überschneidungsverhältnis*» vornehmlich zur Beschreibung des Verhältnisses zweier Normen zueinander verwendet wird (vgl. KRAMER, Methodenlehre, S. 126), erscheint er auch zur Beschreibung des Verhältnisses zweier Rechtsinstitute zueinander als geeignet.

563 Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 33.

564 Vgl. BEILSTEIN, OR 401, S. 89; ferner BERGER, Treuhand, S. 148f.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 37.

565 Siehe hinten Kapitel 7.

566 BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CHK-PFENNINGER, N 2 zu Art. 434 OR; OFK-MOSKRIC, N 2 zu Art. 434 OR.

567 Vgl. TSCHUMY, revendication, N 285; ferner BERGER, Treuhand, S. 148f.

Fällen indirekter Stellvertretung, in welchen der Dritte dem indirekten Stellvertreter eine sachliche Leistung erbringt, d.h. unabhängig davon, ob das Grundverhältnis als Kommission zu qualifizieren ist oder nicht.

166

Darüber hinaus würde eine Unterscheidung nach der Rechtsinhaberschaft zum paradoxen Ergebnis führen, dass nicht mehr von indirekter Stellvertretung gesprochen werden dürfte, sobald der indirekte Stellvertreter vom indirekt Vertretenen einen Vermögensgegenstand (beispielsweise zwecks Verkaufs) erwirbt. Entscheidet sich z.B. der Kommittent im Rahmen einer Verkaufskommission dazu, den Kommissionär nicht nur zur Verfügung über das Kommissionsgut zu ermächtigen,⁵⁶⁸ sondern ihm die Rechtsinhaberschaft daran zu verschaffen,⁵⁶⁹ so läge bei konsequenter Unterscheidung nach der rechtlichen Berechtigung im ersten Fall eine indirekte Stellvertretung vor und im zweiten Fall eine Verwaltungstreuhand.⁵⁷⁰ Dies überzeugt nicht. In beiden Varianten sind die Merkmale indirekter Stellvertretung erfüllt.⁵⁷¹ Der indirekte Stellvertreter schliesst aufgrund des Kommissionsvertrags (Grundvertrag) einen Kaufvertrag mit dem Dritten ab (Drittvertrag), in welchem er sich zum Verkauf der Sache verpflichtet. Gleichzeitig steht der Kaufpreis wirtschaftlich – nicht aber rechtlich – dem indirekt Vertretenen zu. Ob der indirekte Stellvertreter die Kaufsache nun zuvor vom indirekt Vertretenen zu Eigentum erworben hat oder nicht, hat auf die Qualifikation dieses Vorgangs als indirekte Stellvertretung keinen Einfluss.⁵⁷² Gleichzeitig sind im Fall des Rechtserwerbs vom indirekt Vertretenen auch die Definitionsmerkmale der Verwaltungstreuhand im Sinne einer unmittelbaren Treugutsbegründung erfüllt. Auch dieses Beispiel zeigt auf, dass sich die beiden Rechtsinstitute durchaus überschneiden können.

167

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Verwaltungstreuhand von der indirekten Stellvertretung nicht anhand der Rechtsinhaberschaft am fraglichen Vermögensgegenstand unterschieden werden kann.

168

- Auch eine Unterscheidung anhand der *rechtlichen Qualifikation* der vertraglichen Abrede zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder (*fiduziarische Vereinbarung*) bzw. zwischen dem indirekt Vertretenen und dem

568 Zur «Verfügungsermächtigung» eingehend hinten Rn. 371 ff.

569 Vgl. BSK-LENZ/VON PLANTA, N 4 zu Art. 434 OR; CHK-PFENNINGER, N 4 zu Art. 434 OR; OFK-MOSKRIC, N 4 zu Art. 434 OR.

570 In diesem Sinne auch kritisch DROIN, *acte fiduciaire*, S. 139.

571 Zu den Definitionsmerkmalen der indirekten Stellvertretung siehe vorne Rn. 15 ff.

572 Vgl. DROIN, *acte fiduciaire*, S. 139; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 815.

indirekten Stellvertreter (*Grundvertrag*) ist abzulehnen. In der Literatur wird nämlich aus dem angeblich unterschiedlichen Pflichtenkreis (Innehabung und Verwaltung beim Treuhänder; bzw. Erwerb und/oder Übertragung von Vermögensgegenständen beim indirekten Stellvertreter) geschlussfolgert, dass die fiduziarische Vereinbarung stets als ein Vertrag *sui generis* – nicht aber als ein Auftrag – zu qualifizieren sei, während der indirekten Stellvertretung ein Auftrag zugrunde liege.⁵⁷³ Dass diese Ansicht einer kritischen Untersuchung nicht standhält, zeigen die folgenden Gegenargumente:

- *Erstens* kann der allgemeinen Begriffsbestimmung der Treuhand – wie sie im Übrigen auch von den Verfechtern der hier zu widerlegenden Ansicht vertreten wird –⁵⁷⁴ nicht entnommen werden, dass der Treuhänder das Treugut über längere Zeit innehaben und verwalten muss. Vielmehr beinhaltet der Treuhandbegriff einzig, dass der Treuhänder mit dem erworbenen Treugut nach bestimmten Vorgaben des Treugebers zu verfahren hat, d.h. in seiner Rechtsausübung obligatorisch beschränkt ist.⁵⁷⁵ Dieses Kriterium ist aber auch dann erfüllt, wenn beispielsweise jemand eine Sache zu Eigentum übertragen erhält und sich zuvor dem ursprünglichen Eigentümer gegenüber verpflichtet hat, die erworbene Sache sogleich einem Dritten zu verkaufen und den Kaufpreis herauszugeben. In einem solchen Fall nicht auch von einer Treuhand zu sprechen, würde dazu führen, dass es letztlich zwei Kategorien eines Vollrechtserwerbs mit obligatorischer Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht gäbe, nämlich einerseits die Gruppe der Treuhandverhältnisse (längerfristige Verwaltung) und andererseits die Gruppe, bei welcher der Vorgang als indirekte Stellvertretung zu qualifizieren wäre (schnellstmögliche Weiterübertragung).⁵⁷⁶ Eine solche Auffassung ist unvereinbar mit der zuvor erörterten Begriffsbestimmung der Treuhand.
- *Zweitens* kann vertragsrechtlich aus einer vereinbarten Pflicht zur längerfristigen Verwaltung und Innehabung nicht abgeleitet werden, es liege kein Auftrag vor.⁵⁷⁷ Denn Aufträge können durchaus längerfristig

573 KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21, 25; TSCHUMY, revendication, N 275 f., 289 f. Vgl. REYMOND, acte fiduciaire, N 94.

574 KELLER, Rechtsgeschäft, S. 1; REYMOND, acte fiduciaire, N 53; TSCHUMY, revendication, N 251.

575 Siehe vorne Rn. 147 f.

576 Vgl. für eine solche Unterteilung etwa TSCHUMY, revendication, N 286; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 38 f.

577 So aber KELLER, Rechtsgeschäft, S. 21 i.V.m. S. 25; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 38 f.

sein⁵⁷⁸ und den Beauftragten sehr wohl dazu verpflichten, Vermögensgegenstände im Interesse des Auftraggebers sorgfältig zu verwalten.⁵⁷⁹ Warum die fiduziarische Vereinbarung in einem solchen Fall nicht als Auftrag, sondern als Vertrag *sui generis* qualifiziert werden sollte, ist nicht nachvollziehbar.⁵⁸⁰ Erfüllt die fiduziarische Abrede die Merkmale eines einfachen Auftrags, so ist sie auch als solcher zu qualifizieren.⁵⁸¹ Schliesslich ergibt sich aus dem Treuhandbegriff nichts, was mit der Auftragsqualifikation der fiduziarischen Abrede unvereinbar wäre.

- 171 • *Drittens* können indirekte Stellvertretung und Verwaltungstreuhand ohnehin nicht anhand der Qualifikation eines einzelnen Rechtsverhältnisses (fiduziarische Vereinbarung bzw. Grundvertrag) unterschieden werden. Schliesslich ist die indirekte Stellvertretung gerade nicht mit dem Grundverhältnis gleichzusetzen, sondern umfasst auch das Rechtsverhältnis zum Dritten.⁵⁸² Die indirekte Stellvertretung darf eben nicht auf einen Kommissionsvertrag oder einen Auftrag reduziert werden.⁵⁸³

- 172 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Treuhand und indirekte Stellvertretung nicht mittels der konkret vereinbarten Pflichten voneinander unterschieden werden können. Denn der Verwaltungstreuhand wohnt eine Pflicht zur längerfristigen Verwaltung nicht unbedingt inne. Zudem haben die vorstehenden Ausführungen gezeigt, dass die fiduziarische Vereinbarung nicht unbedingt als Vertrag *sui generis* aufzufassen ist, sondern sehr wohl auch ein einfacher Auftrag sein kann.⁵⁸⁴

- 173 — Schliesslich vermag auch eine Unterscheidung anhand der *Dauer* der Rechtsbeziehungen bzw. der Dauer der Rechtsinhaberschaft nicht zu überzeugen.⁵⁸⁵ Denn: Der Verwaltungstreuhand ist eine gewisse Dauerhaftigkeit der fiduziarischen Pflichten bzw. der Rechtsinhaberschaft am Treugut keineswegs begriffsimmanent.⁵⁸⁶ So ist beispielsweise die

578 BK-FELLMANN, N 69 zu Art. 394 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 34 *in fine*.

579 Vgl. BK-FELLMANN, N 97 ff., 167 ff. zu Art. 394 OR.

580 Vgl. auch BK-FELLMANN, N 72 zu Art. 394 OR.

581 Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 34.

582 Siehe vorne Rn. 13 ff.

583 Siehe vorne Rn. 18.

584 Ebenso BK-FELLMANN, N 72 zu Art. 394 OR. Zur genaueren Qualifikation der fiduziarischen Vereinbarung siehe hinten Rn. 217 ff.

585 Siehe auch BEILSTEIN, OR 401, S. 89 f.; HELG, placement, S. 146 ff.

586 HELG, placement, S. 146 ff., m.w.H. Vgl. auch BEILSTEIN, OR 401, S. 89 f.; GAUTSCHI, causa, S. 246.

Inkassoession ein Fall einer auf kurze Dauer angelegten Verwaltungstreuhand.⁵⁸⁷ Ganz allgemein ist das Kriterium der Dauer eng mit der soeben verworfenen Unterscheidung nach dem Pflichtenkreis verbunden, wonach die Treuhand auf eine längerfristige Verwaltung ausgerichtet sei.⁵⁸⁸ Die zuvor dagegen angeführten Argumente beanspruchen daher auch an dieser Stelle Gültigkeit. Darüber hinaus ist zu bemerken, dass eine Abgrenzung nach der Dauer der Rechtsbeziehungen höchst unbestimmt ist und damit zur Unterscheidung zweier Rechtsfiguren ohnehin als ungeeignet erscheint.⁵⁸⁹

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass zwischen der Verwaltungstreuhand und der indirekten Stellvertretung keine Alternativität angenommen werden darf, sondern die beiden Rechtsfiguren sich durchaus überlappen können. Trotz dieser möglichen Überschneidung der beiden Rechtsfiguren kann aber auch der konträren Meinung, dass der Verwaltungstreuhanders stets als indirekter Stellvertreter fungiere,⁵⁹⁰ nicht gefolgt werden. In der Literatur wird diese Auffassung aus dem Umstand hergeleitet, dass der Verwaltungstreuhanders im eigenen Namen und auf fremde Rechnung handelt und somit zwangsläufig die Definitionsmerkmale des indirekten Stellvertreters erfülle.⁵⁹¹ Hierbei handelt es sich aber um einen *sylogistischen Fehlschluss*, der zusammen mit der herrschenden Definition der indirekten Stellvertretung abzulehnen ist und einmal mehr deren Unbestimmtheit verdeutlicht.⁵⁹² Dass beide Rechtsinstitute auch unabhängig voneinander auftreten können, zeigt sich etwa dann, wenn der Verwaltungstreuhanders seine Pflichten erfüllt, ohne dabei mit Dritten Geschäfte abzuschliessen.⁵⁹³ Denn seine Tätigkeit kann auch auf reine Tathandlungen gerichtet sein.⁵⁹⁴ Erwirbt z.B. der Treuhanders das Treugut vom Treugeber (unmittelbare Treugutsbegründung), so kann sich seine Verwaltungstätigkeit darin erschöpfen, die erworbene Sache bei sich zu

587 HELG, placement, S. 148 *in initio*. Es liegt aber kein Fall von indirekter Stellvertretung vor. Dazu hinten Rn. 296.

588 Vgl. vorne Rn. 168 ff.

589 Vgl. auch ENGEL, traité, S. 231 *in fine*, S. 232 *in initio*; MERZ, Legalzession, S. 456.

590 Siehe vorne Rn. 156 ff. sowie die Literaturnachweise vorne in den Fn. 538 f.

591 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 11 zu Art. 394 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1025; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 159; MÜLLER, Arbeitnehmervertretung, S. 1510.

592 Ausführlich zur Kritik an der herrschenden Definition der indirekten Stellvertretung vorne Rn. 8 ff.

593 Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 33; ZUFFEREY, représentation indirecte, Fn. 1854.

594 HELG, placement, S. 150.

verwahren und evtl. auszubessern oder anderweitig zu erhalten. Mangels eines Drittvertrages liegt diesfalls keine indirekte Stellvertretung vor, wohl aber ein Treuhandverhältnis. Auch bei einer mittelbaren Treugutsbegründung (Erwerbstreuhand) kommt es nicht zwingend zu einer Überschneidung mit der indirekten Stellvertretung. Schliesslich muss der Treuguterwerb vom Dritten nicht zwangsläufig in Erfüllung eines Leistungsanspruchs erfolgen, der aus einem Vertrag des Treuhänders mit dem Dritten hervorgegangen ist. Vielmehr kann die mittelbare Treugutsbegründung auch auf einem Vertrag zu Gunsten Dritter (Vertrag zu Gunsten des Treuhänders) zwischen dem Fiduзиантен und dem Dritten basieren.⁵⁹⁵

175 Die Untersuchung hat bisher aufgezeigt, dass die indirekte Stellvertretung und die Verwaltungstreuhand sowohl einen gemeinsamen als auch je einen eigenen Anwendungsbereich haben. Die Schnittmenge umfasst all jene Sachverhalte, die die Definitionsmerkmale beider Rechtsfiguren kumulativ erfüllen.⁵⁹⁶ Dies ist dann der Fall, wenn der indirekte Stellvertreter vom indirekt Vertretenen oder vom Dritten einen Vermögensgegenstand zu vollem Recht übertragen erhält und zugleich durch den Grundvertrag in der Ausübung des erworbenen Rechts obligatorisch beschränkt wird. Neben einem Vollrechtserwerb bei gleichzeitiger obligatorischer Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht müssen also auch die Merkmale indirekter Stellvertretung erfüllt sein. Des Weiteren ist danach zu unterscheiden, von wem der Rechtserwerb erfolgt.

176 Erbringt nämlich der Dritte in Erfüllung seiner Leistungspflicht aus dem Drittvertrag eine sachliche Leistung, so erwirbt der indirekte Stellvertreter die Sache i. d. R. zu vollem Recht,⁵⁹⁷ darf aber nicht frei darüber verfügen, sondern ist durch den Grundvertrag verpflichtet, die erworbene Sache auf den indirekt Vertretenen weiter zu übertragen. Es liegt zugleich ein Fall von Erwerbstreuhand vor.⁵⁹⁸ Keine Erwerbstreuhand, wohl aber eine indirekte Stellvertretung, ist hingegen gegeben, wenn der indirekt Vertretene den Leistungsanspruch aus dem Drittvertrag ausübt, weil die Forderung etwa zuvor per Legalzession auf ihn übertragen wurde. Denn: Diesfalls erwirbt der indirekt Vertretene direkt vom Dritten den Vermögensgegenstand und es findet folglich keine Treugutsbegründung statt.

177 In umgekehrter Richtung ist ein Vollrechtserwerb vom indirekt Vertretenen nur dann anzunehmen, wenn der Grundvertrag eine entsprechende Abrede enthält. So wird beispielsweise der Verkaufskommissionär grundsätzlich

595 KELLER, Rechtsgeschäft, S. 28.

596 Vgl. ferner HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 33.

597 Ausführlich zum Rechtserwerb vom Dritten hinten Kapitel 7.

598 Vgl. BERGER, Treuhand, S. 148 f.; TSCHUMY, revendication, N 285.

nicht Eigentümer des Kommissionsgutes.⁵⁹⁹ Erhält also der indirekte Stellvertreter eine Sache vom indirekt Vertretenen, um sie z.B. zu verkaufen oder durch einen Dritten reparieren zu lassen, so fungiert er nur ausnahmsweise zugleich als Verwaltungstreuhänder.

In allen soeben beschriebenen Überschneidungsfällen ist die fiduziarische Vereinbarung im Verhältnis zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter zu verorten.⁶⁰⁰ Dabei kann sie durchaus auch Pflichten vorsehen, die für einen indirekten Stellvertreter eher atypisch sind. So etwa, wenn der indirekte Stellvertreter eine Liegenschaft erwirbt, diese aber nicht sogleich auf den indirekt Vertretenen übertragen soll, sondern sie zunächst für einen gewissen Zeitraum selber verwaltet. Die Pflicht zur Verwaltung der Liegenschaft führt nicht dazu, dass der indirekte Stellvertreter nicht mehr als solcher zu qualifizieren wäre.⁶⁰¹ Indirekte Stellvertretung und Verwaltungstreuhand laufen hier vielmehr darauf hinaus, den Sachverhalt aus unterschiedlichen Blickwinkeln zu betrachten. Die indirekte Stellvertretung ist auf das rechtsgeschäftliche Handeln für den indirekt Vertretenen ausgerichtet, d.h. auf den Leistungsaustausch zwischen den daran Beteiligten, und betrifft insbesondere die Frage, wie der wirtschaftlichen Verbundenheit von Grund- und Drittvertrag angemessen Rechnung getragen werden kann.⁶⁰² Die fiduziarische Vereinbarung hingegen regelt die Rechtsbeziehung zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder und legt insbesondere die Pflichten des Treuhänders im Umgang mit dem Treugut fest.⁶⁰³ Sie wirkt *inter partes*. Es wird sich später noch zeigen, dass die «*fiduziarische Vereinbarung*» ein Teil des Grundvertrags ist.⁶⁰⁴

Die soeben gewonnenen Erkenntnisse zum Verhältnis der indirekten Stellvertretung zur Verwaltungstreuhand beeinflussen den Fortgang der Untersuchung. Infolge der partiellen Überschneidung der beiden Rechtsfiguren sind nämlich gewisse – für gewöhnlich nur im Treuhandrecht diskutierte – Problempunkte auch bei der Untersuchung der indirekten Stellvertretung anzusprechen. Es geht dabei zunächst um die Frage, wie die fiduziarische Vereinbarung vertragsrechtlich einzuordnen ist und in welchem Verhältnis sie zum Grundvertrag indirekter Stellvertretung steht. Dabei ist auch die Frage

599 BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.3. BSK-LENZ / VON PLANTA, N 4 zu Art. 434 OR; OFK-MOSKRIC, N 4 zu Art. 434 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 434 OR. A.A. BK-GAUTSCHI, N 2a zu Art. 434 OR.

600 Vgl. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 801.

601 A.A. offenbar KELLER, *Rechtsgeschäft*, S. 21; REYMOND, *acte fiduciaire*, N 133.

602 Siehe vorne Rn. 15 ff.

603 Vgl. KELLER, *Rechtsgeschäft*, S. 25 ff.

604 Siehe hinten Rn. 217 ff.

nach der Anwendbarkeit von Art. 401 OR auf die Erwerbstreuhand zu erörtern. Diese Fragen werden bei der Untersuchung des Grundverhältnisses der indirekten Stellvertretung geklärt.⁶⁰⁵ Zudem stellen sich immer, wenn der indirekte Stellvertreter vom indirekt Vertretenen einen Vermögensgegenstand zu vollem Recht übertragen erhält, die Fragen nach der *causa* der Rechtsübertragung sowie der Möglichkeit einer Aussonderung der übertragenen Werte durch den indirekt Vertretenen. Auf diese Fragen wird im Kapitel über die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters näher eingegangen.⁶⁰⁶

3. Ergebnis

- 180 Zwischen der indirekten Stellvertretung und der Verwaltungstreuhand liegt ein partielles Überschneidungsverhältnis vor. Der gemeinsame Anwendungsbereich besteht dort, wo die Definitionsmerkmale beider Rechtsfiguren kumulativ erfüllt sind. Das ist dann der Fall, wenn der indirekte Stellvertreter vom Dritten oder bei entsprechender Abrede vom indirekt Vertretenen einen Vermögensgegenstand zu vollem Recht übertragen erhält und gleichzeitig darüber nur entsprechend den Vereinbarungen mit dem indirekt Vertretenen verfügen darf. Darüber hinaus weisen beide Rechtsfiguren je einen eigenen Anwendungsbereich auf. Die indirekte Stellvertretung setzt eine Treugutsbegründung nämlich nicht voraus. So kann der indirekte Stellvertreter beispielsweise auch bloss zur Verfügung über eine Sache des indirekt Vertretenen ermächtigt werden. Der Verwaltungstreuhänder wiederum erfüllt seine Pflichten aus der fiduziarischen Vereinbarung unter Umständen, ohne mit Dritten Geschäfte abzuschliessen. Sofern sich die beiden Rechtsfiguren aber überschneiden, stellen sich auch im Rahmen der indirekten Stellvertretung typische Fragen des Treuhandrechts, wie etwa jene nach der *causa* der fiduziarischen Übertragung sowie nach dem Aussonderungsrecht des Treugebers.

§3 Anweisung

- 181 In der Literatur wird bisweilen die Ansicht vertreten, der Angewiesene fungiere als indirekter Stellvertreter des Anweisenden (indirekt Vertretener), da er – gleich wie ein indirekter Stellvertreter – im eigenen Namen und auf fremde Rechnung handle.⁶⁰⁷ Dass sich hinter dem «*Handeln im eigenen Namen und auf*

605 Siehe hinten Rn. 217 ff., Rn. 279 f.

606 Siehe hinten Rn. 464 ff.

607 TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 5558; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 57 ff.

fremde Rechnung» ganz unterschiedliche Rechtsfiguren verbergen können und diese Ansicht somit auf einem Fehlschluss beruht, wurde bereits im ersten Kapitel dieser Untersuchung bei der Kritik an der herrschenden Definition der indirekten Stellvertretung dargelegt.⁶⁰⁸ Nichtsdestotrotz soll im Folgenden die Unterscheidung von indirekter Stellvertretung und Anweisung erneut aufgegriffen und vertieft werden, zumal eine Überschneidung von Anweisung und indirekter Stellvertretung gerade in einer neueren Untersuchung, welche rein der indirekten Stellvertretung gewidmet ist, explizit postuliert wird.⁶⁰⁹

Zur Anweisung im Allgemeinen ist Folgendes zu sagen: Durch die Anweisung ermächtigt der Anweisende einerseits den Angewiesenen, Geld, Wertpapiere oder vertretbare Sachen auf Rechnung des Anweisenden im eigenen Namen⁶¹⁰ an den Anweisungsempfänger zu leisten. Andererseits ermächtigt er den Anweisungsempfänger, die Leistung vom Angewiesenen im eigenen Namen und als eigenen Anspruch⁶¹¹ zu erheben (Art. 466 OR). Nach der herrschenden Auffassung liegen der Anweisung dogmatisch zwei Ermächtigungen zugrunde, die vom Anweisenden ausgehen und sich zum einen an den Angewiesenen richten und zum anderen an den Anweisungsempfänger.⁶¹² Diese sogenannten «*Ermächtigungen*» haben aber nichts mit dem hier verwendeten Begriff der «*Ermächtigung*» gemeinsam. Weder erfüllen sie eine Rechtsbedingung eines Hauptrechtsgeschäfts noch verleihen sie dem Empfänger eine gegenstandsbezogene Machtbefugnis.⁶¹³ Der Begriff «*Ermächtigung*» wird im Anweisungsrecht wohl verwendet, um zu verdeutlichen, dass die Anweisung auf zwei einseitigen Willenserklärungen des Anweisenden beruht und nicht auf Verträgen.⁶¹⁴ Darüber hinaus ist die Dogmatik der Anweisung aber nicht vollständig geklärt.⁶¹⁵

608 Siehe vorne Rn. 8.

609 Siehe ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 57 ff.

610 BK-GAUTSCHI, N 5af. zu Art. 466 OR; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, *contrats*, N 1805; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 5558.

611 CHK-BEYELER, N 18 zu Art. 466 OR; CR-TEVINI, N 1 zu Art. 466 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 5544.

612 Z.B. BGE 122 III 237 E. 1b S. 239; BGE 132 III 609 E. 5.2 S. 616 f.; BSK-KOLLER, N 2 zu Art. 466 OR; CHK-BEYELER, N 1 zu Art. 466 OR; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, *contrats*, N 1804; GUHL/SCHNYDER, OR, § 54 N 1; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 2103.

613 Zum hier vertretenen Begriff von der «*Ermächtigung*» siehe vorne Rn. 77 ff.

614 Vgl. GUHL/SCHNYDER, OR, § 54 N 1; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 2103. Insofern ist der französische Wortlaut von Art. 466 OR unzutreffend, da dieser von einem Vertrag spricht («*L'assignation est un contrat par lequel [...]»*).

615 Weiterführend zur Entwicklung der Anweisung im schweizerischen Recht BK-GAUTSCHI, Vorbem. zur Anweisung, N 2a ff. Zur Rechtsnatur der Anweisung auf Schuld siehe die Ausführungen bei MAYER, Anweisung, S. 3 ff.

- 183 Zusätzlich zu diesen beiden Willenserklärungen ist die Anweisung zumeist in zwei vorbestehende Vertragsverhältnisse eingebettet, die aber ausserhalb des Anweisungsrechts stehen.⁶¹⁶ Konkret steht der Anweisende einerseits mit dem Anweisungsempfänger in einer vertraglichen Beziehung (*Valutaverhältnis*) und andererseits mit dem Angewiesenen (*Deckungsverhältnis*).⁶¹⁷ Dem *Leistungsverhältnis* zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger wiederum liegt keine besondere Rechtsbeziehung zugrunde. Vielmehr sind dessen Wirkungen spezifisch anweisungsrechtlicher Natur.⁶¹⁸ Bei der Anweisung handelt es sich um eine Art von Leistungsmodalität im Dreiecksverhältnis.⁶¹⁹ Denn die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger ist als eine mittelbare Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zwecks Tilgung einer Schuld oder Begründung einer Forderung zu interpretieren.⁶²⁰
- 184 Die eingangs dargelegte Auffassung, dass der Angewiesene auch ein indirekter Stellvertreter des Anweisenden sei, ist abzulehnen. Die Anweisung unterscheidet sich in rechtlicher Hinsicht namentlich durch folgende Merkmale von der indirekten Stellvertretung:
- 185 — *Erstens* durch die *Struktur*: Während der Anweisende über das Valutaverhältnis direkt mit dem Anweisungsempfänger verbunden ist,⁶²¹ steht der indirekt Vertretene in keiner rechtlichen Beziehung zum Dritten. Vielmehr ist es der indirekte Stellvertreter, der einen Vertrag mit dem Dritten abschliesst.⁶²² Demgegenüber liegt dem Leistungsverhältnis bei der Anweisung kein besonderes Geschäft zugrunde. Dessen Wirkungen sind – wie bereits ausgeführt – rein anweisungsrechtlicher Natur.
- 186 — *Zweitens* durch die *Funktion*: Die Anweisung ist eine Art von Leistungsmodalität im Dreiecksverhältnis.⁶²³ Bei der indirekten Stellvertretung geht

616 BSK-KOLLER, N 2 zu Art. 466 OR; CHK-BEYELER, N 4 zu Art. 466 OR; GUHL/SCHNYDER, OR, § 54 N 4; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 2106.

617 BSK-KOLLER, N 2 zu Art. 466 OR; CHK-BEYELER, N 4 zu Art. 466 OR; GUHL/SCHNYDER, OR, § 54 N 4; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 2115, 2127.

618 BSK-KOLLER, N 3 zu Art. 466 OR; CHK-BEYELER, N 4 zu Art. 466 OR; KOLLER/KISSLING, Anweisung, S. 34; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5538.

619 So explizit BSK-KOLLER, N 1 zu Art. 466 OR.

620 CHK-BEYELER, N 3 zu Art. 466 OR; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 2107; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 466 OR.

621 Siehe vorne Rn. 182 f.

622 Siehe vorne Rn. 18.

623 BSK-KOLLER, N 1 zu Art. 466 OR.

es hingegen darum, rechtsgeschäftlich für eine andere Person zu handeln, ohne diese Person unmittelbar zu berechtigen oder zu verpflichten.⁶²⁴

- *Drittens* durch die *Leistungsrichtung*: Die Anweisung zielt darauf ab, dass 187
der Angewiesene eine Leistung in Form von Geld, Wertpapieren oder
vertretbaren Sachen dem Anweisungsempfänger erbringt (Art. 466 OR).
Derweil ist bei der indirekten Stellvertretung das Interesse des indirekt
Vertretenen auf die Leistung gerichtet, die der Dritte dem indirekten
Stellvertreter schuldet.⁶²⁵
- *Viertens* durch die *Wirkungen*: Während der indirekte Stellvertreter durch 188
das Grundverhältnis dazu verpflichtet ist, ein Geschäft mit dem Dritten
abzuschliessen, ist der Angewiesene zur Leistung an den Anweisungs-
empfänger grundsätzlich nicht verpflichtet (Art. 468 Abs. 2 OR *e contra-*
rio). Nur bei der Anweisung auf Schuld muss er dem Anweisungsempfän-
ger leisten (Art. 468 Abs. 2 OR).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Angewiesene nicht als indirekter 189
Stellvertreter des Anweisenden auftritt. Zwischen diesen beiden Rechtsfiguren
ist keine Überschneidung auszumachen.⁶²⁶

§4 Vertrag zu Gunsten Dritter

Der Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR) ist ein Schuldvertrag, bei dem sich 190
der Schuldner (*Promittent*) gegenüber dem Gläubiger (*Promissar*) dazu ver-
pflichtet, die Leistung einem Dritten zu erbringen.⁶²⁷ Der Dritte ist aber nicht
Partei des Vertrags zu Gunsten Dritter, sondern lediglich berechtigt, die Lei-
stung, die der Schuldner zu seinen Gunsten erbringt, entgegenzunehmen (*un-*
echter Vertrag zu Gunsten Dritter Art. 112 Abs. 1 OR) oder – sofern von den Ver-
tragsparteien entsprechend vereinbart – direkt vom Schuldner zu fordern (*ech-*
ter Vertrag zu Gunsten Dritter Art. 112 Abs. 2, 3 OR).⁶²⁸ Die Rechtsbeziehungen

624 Siehe vorne Rn. 15 ff.

625 Siehe vorne Rn. 16.

626 Zur Anweisung im Drittvertrag siehe hinten Rn. 312 ff.

627 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3876; GUHL/KOLLER, OR, § 22 N 6 ff.; KOL-
LER, OR AT, N 73.04; KRAUSKOPF, Vertrag, N 12; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT,
N 86.04; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 194.

628 Eingehend zu diesen beiden Hauptarten des Vertrags zu Gunsten Dritter KRAUSKOPF,
Vertrag, N 34 ff., 437 ff., 884 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 206 ff.

zwischen den an diesem Dreiecksverhältnis Beteiligten werden folgendermassen bezeichnet: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Promittenten und dem Promissar ist das sogenannte *Deckungsverhältnis*.⁶²⁹ Das Deckungsverhältnis ist ein umfassendes Schuldverhältnis, welches den Vertrag zu Gunsten Dritter darstellt und dessen Leistungspflichten enthält.⁶³⁰ Die Rechtsbeziehung zwischen dem Promissar und dem Dritten heisst *Valutaverhältnis*⁶³¹ und jene zwischen dem Promittenten und dem Dritten wird als *Leistungsverhältnis* bezeichnet.⁶³² Während das Deckungsverhältnis immer und das Valutaverhältnis meistens⁶³³ ein Vertrag ist, handelt es sich beim Leistungsverhältnis nicht um einen Vertrag, sondern um ein vertragsähnliches Verhältnis.⁶³⁴

191 Im Schrifttum zur indirekten Stellvertretung findet sich die Auffassung, dass dem Vertrag zu Gunsten Dritter stets eine indirekte Stellvertretung zugrunde liege. ZUFFEREY zufolge fungiert der Promittent als indirekter Stellvertreter des Promissars (indirekt Vertretener).⁶³⁵ Dies, weil der Promittent dem Dritten die Leistung im eigenen Namen und auf Rechnung des Promissars erbringe. Folglich sei das Deckungsverhältnis, d.h. der eigentliche Vertrag zu Gunsten Dritter, zugleich das Grundverhältnis der indirekten Stellvertretung. Die beiden Rechtsfiguren würden sich somit überschneiden.⁶³⁶

192 Dieser Auffassung kann vorliegend nicht gefolgt werden. Der Vertrag zu Gunsten Dritter kann nicht das Grundverhältnis einer indirekten Stellvertretung bilden.⁶³⁷ Denn die beiden Rechtsfiguren unterscheiden sich in wesentlichen Punkten voneinander. So verpflichtet das Deckungsverhältnis den Schuldner (Promittent) dazu, einem Dritten zu leisten. Gleich wie bei der Anweisung ist auch hier die erstrebte *Leistungsrichtung* eine andere als bei der indirekten Stellvertretung.⁶³⁸ Denn das Grundverhältnis der indirekten

629 Z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3879; KOLLER, OR AT, N 73.21 f.; KRAUSKOPF, Vertrag, N 20; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 86.05; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 201.

630 Siehe KRAUSKOPF, Vertrag, N 20; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 201.

631 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3879; KRAUSKOPF, Vertrag, N 21; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 86.05; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 202.

632 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3879; KRAUSKOPF, Vertrag, N 22; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 86.05; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 203.

633 KRAUSKOPF, Vertrag, N 21, 1593, m.w.H.

634 KRAUSKOPF, Vertrag, N 22, 761 ff., m.w.H.

635 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 473.

636 Siehe ZUFFEREY, représentation indirecte, N 473.

637 Denkbar wäre aber, dass der indirekte Stellvertreter mit dem Dritten einen Vertrag zu Gunsten Dritter, d.h. einen Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen, abschliesst. Siehe dazu hinten Rn. 297 ff.

638 Vgl. vorne Rn. 187.

Stellvertretung verpflichtet den indirekten Stellvertreter nicht primär dazu, einem Dritten zu leisten, sondern dazu, sich von einem Dritten eine Leistung versprechen zu lassen, um sie im Anschluss dem indirekt Vertretenen weiterzugeben.⁶³⁹ Darüber hinaus kann auch das Leistungsverhältnis beim Vertrag zu Gunsten Dritter nicht mit dem Drittvertrag bei der indirekten Stellvertretung verglichen werden. Denn: Beim Vertrag zu Gunsten Dritter schliesst der Promittent kein eigenes Geschäft mit dem Dritten ab.⁶⁴⁰ Schliesslich ist anzumerken, dass die beiden Rechtsfiguren auch unterschiedliche *Funktionen* erfüllen. Während der ökonomische Zweck des Vertrags zu Gunsten Dritter in der Verkürzung des Leistungswegs liegt (kein Umweg über das Vermögen des Promissars),⁶⁴¹ soll der indirekte Stellvertreter dem indirekt Vertretenen das wirtschaftliche Ergebnis des Vertrags mit dem Dritten zukommen lassen.⁶⁴²

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vertrag zu Gunsten Dritter 193 kein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung ist und der Promittent folglich auch nicht als indirekter Stellvertreter des Promissars auftritt. Die beiden Rechtsfiguren sind somit klar voneinander zu unterscheiden.

§5 Versicherung für fremde Rechnung

Die Versicherung für fremde Rechnung ist ein Vertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer, der ein versicherbares Interesse eines 194 Dritten zum Gegenstand hat (Art. 16 Abs. 1 VVG).⁶⁴³ Der versicherte Dritte ist also nicht Partei des Vertrags. Eine gültige Versicherung fremder Interessen setzt aber voraus, dass der Versicherungsnehmer den Versicherer darüber in Kenntnis setzt, dass ein Versicherungsschutz für Drittinteressen angestrebt wird (vgl. Art. 16 Abs. 2 VVG).⁶⁴⁴ Per 1. Januar 2022 ist das teilrevidierte VVG in Kraft getreten und mit ihm wurden auch die Bestimmungen über die Versicherung für fremde Rechnung geändert. So steht dem Versicherten neu beispielsweise

639 Siehe vorne Rn. 16.

640 Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag, N 22.

641 BK-BECKER, N 3 zu Art. 112 OR; BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 17 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 1 zu Art. 112 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 195.

642 Siehe vorne Rn. 16.

643 Damit übernimmt die Teilrevision die bereits in der Praxis etablierte Interessentheorie, wonach der Gegenstand der Versicherung durch ein spezifisches Interesse bestimmt wird. Interessenträger ist dabei, wer rechtlich den Schaden tragen müsste, wenn kein Versicherungsschutz bestünde. Weiterführend Botschaft, Versicherungsvertrag, S. 5116 f.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 4.10.

644 Art. 16 Abs. 2 VVG entspricht im Wortlaut der vor dem 1. Januar 2022 geltenden Fassung. Siehe BSK-EISNER-KIEFER, N 32 f. zu Art. 16 VVG.

kein unmittelbares Forderungsrecht mehr gegen den Versicherer zu (vgl. Art. 17 Abs. 2 VVG a.F.).⁶⁴⁵ Umgekehrt kann der Versicherer nach geltendem Recht den versicherten Dritten auch nicht mehr direkt zur Bezahlung der Prämien anhalten.⁶⁴⁶ Vor dem 1. Januar 2022 war dies unter gewissen Voraussetzungen noch möglich (vgl. Art. 18 Abs. 2 VVG a.F.).⁶⁴⁷ Neu beschränken sich die rechtlichen Wirkungen des Versicherungsvertrags für fremde Rechnung weitgehend auf die daran als Parteien Beteiligten, d.h. auf den Versicherungsnehmer und den Versicherer.⁶⁴⁸ Die Umschreibung «für fremde Rechnung» kann insofern irreführend sein, als sie zum Schluss verleiten könnte, der Versicherungsnehmer überwälze stets das gesamte wirtschaftliche Resultat des Versicherungsvertrags – insbesondere die Pflicht zur Prämienzahlung – auf den Versicherten. Tatsächlich sagt die Umschreibung «für fremde Rechnung» aber nichts aus über das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten.⁶⁴⁹

195 In der Literatur wird die Meinung vertreten, die Versicherung für fremde Rechnung stelle einen Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung dar, da der Versicherungsnehmer im eigenen Namen und auf fremde Rechnung handle.⁶⁵⁰ Nach einer verfeinerten Ansicht kann die Versicherung für fremde Rechnung zwar nicht mit der indirekten Stellvertretung gleichgesetzt werden, doch sei sie stets in eine indirekte Stellvertretung eingebettet. Dies, weil in der Versicherung für fremde Rechnung immer auch das Ausführungsgeschäft (Drittvertrag) einer indirekten Stellvertretung zu erblicken sei.⁶⁵¹

196 Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Versicherung für fremde Rechnung um einen Vertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer.⁶⁵² Damit kann die Versicherung für fremde Rechnung schon *per*

645 In der Vernehmlassung zur Änderung des VVG wurde die Streichung von Art. 17 VVG a.F. bisweilen kritisiert (siehe Ergebnisbericht Vernehmlassung, S.15).

646 Botschaft, Versicherungsvertrag, S. 5117.

647 Zur damaligen gesetzlichen Regelung siehe BSK-HASENBÖHLER, 1. Aufl., N 23 ff. zu Art. 18 VVG. Krit. FUHRER, Privatversicherungsrecht, N 4.34.

648 Vgl. Botschaft, Versicherungsvertrag, S. 5117. Der Versicherer kann aber nach Art. 16 Abs. 3 VVG Einreden, die ihm gegen den Versicherungsnehmer zustehen, auch gegen den versicherten Dritten erheben.

649 Vgl. GANZ, Fremdversicherung, S. 48 f.

650 DROIN, représentation indirecte, S. 152 f.; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 115 f. Vgl. auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32 OR.

651 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 104.

652 Siehe vorne Rn. 194. Die Rechtsnatur der Versicherung für fremde Rechnung ist in der Literatur nicht unumstritten. Nach der herrschenden Ansicht weist die Versicherung für fremde Rechnung den Grundcharakter eines Vertrags zu Gunsten Dritter auf (statt vieler HENN, Bauwesenversicherung, N 96 ff., m.w.N.). Dies gilt wohl auch für das revidierte Versicherungsvertragsrecht. Anders als früher kann die Versicherung

definitionem nicht mit der indirekten Stellvertretung, der nämlich zwei autonome Schuldverhältnisse zugrunde liegen, gleichgesetzt werden.⁶⁵³ Auch der verfeinerten Ansicht, wonach die Versicherung für fremde Rechnung stets den Drittvertrag einer indirekten Stellvertretung bildet, kann hier nicht vollends zugestimmt werden. Denn diese Ansicht basiert auf der Annahme, dass der Versicherungsnehmer stets die Nachteile des Versicherungsvertrags für fremde Rechnung, insbesondere die geschuldeten Prämien, auf den Versicherten überwälzt und dem Versicherten somit das gesamte wirtschaftliche Ergebnis des Versicherungsvertrags überträgt.⁶⁵⁴ Dies kann, muss aber nicht so sein. Schliesslich setzt die Versicherung für fremde Rechnung nicht voraus, dass es im Verhältnis zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsnehmer zu einer vollständigen Überwälzung des wirtschaftlichen Resultats kommt.⁶⁵⁵ Für die Frage, ob die Versicherung für fremde Rechnung den Drittvertrag einer indirekten Stellvertretung bildet, ist also entscheidend, wie das Rechtsverhältnis zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsnehmer ausgestaltet ist. Ist zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsnehmer vereinbart worden, dass der Versicherungsnehmer einen Versicherungsvertrag für fremde Rechnung abzuschliessen hat und dem Versicherten den wirtschaftlichen Erfolg, d.h. alle Vorteile, aber auch alle Risiken des getätigten Geschäfts überträgt, so ist in der Vereinbarung zwischen dem Versicherten und dem Versicherungsnehmer ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung zu erblicken.⁶⁵⁶ Diesfalls stellt der Versicherungsvertrag für fremde Rechnung den Drittvertrag dar.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Versicherungsvertrag für fremde Rechnung (Art. 16 VVG) unter Umständen zugleich als Drittvertrag einer indirekten Stellvertretung angesehen werden kann. Der Versicherungsnehmer fungiert nämlich immer dann als indirekter Stellvertreter des Versicherten, wenn das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Versicherten die Merkmale eines Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung erfüllt.⁶⁵⁷

für fremde Rechnung aber – mangels eines direkten Forderungsrechts gegen den Versicherer – nicht mehr in die Nähe eines echten Vertrags zu Gunsten Dritter gerückt werden (anders noch HENN, Bauwesenversicherung, N 616).

653 Vgl. vorne Rn. 15 ff.

654 Vgl. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 103 f. i.V.m. N 25. Vgl. auch GANZ, *Fremdversicherung*, S. 48.

655 Vgl. etwa GANZ, *Fremdversicherung*, S. 49; HENN, *Bauwesenversicherung*, N 626 ff.

656 Vgl. vorne Rn. 16. Vgl. ferner auch FUHRER, *Privatversicherungsrecht*, N 4.33.

657 Die Merkmale des Grundverhältnisses werden hinten in Rn. 205 ff. ausführlich beschrieben.

Kapitel 4

Das Grundverhältnis

Das vorliegende Kapitel handelt vom Rechtsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen, dem sog. «*Grundverhältnis*». In einem ersten Schritt wird die häufig vertretene These von der «*Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung*» kritisch hinterfragt (sogleich Rn. 199 ff.). Darauf folgt die rechtliche Qualifikation des Grundverhältnisses (Rn. 203 ff.). Anschließend wird auf Art. 401 OR und dessen Bedeutung für das Rechtsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen eingegangen (Rn. 244 ff.). Danach wird die Frage erörtert, wie mit dem Fall umzugehen ist, in welchem sich der indirekte Stellvertreter bei Abschluss des Drittvertrags nicht an die Vorgaben aus dem Grundvertrag hält (Rn. 281 ff.). Abgeschlossen wird dieses Kapitel mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (Rn. 285 ff.).

§1 «Ermächtigung» zur indirekten Stellvertretung?

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird immer wieder die These vertreten, dass es zur indirekten Stellvertretung einer besonderen Ermächtigung des indirekt Vertretenen bedürfe.⁶⁵⁸ Dies ist wohl das Ergebnis einer Betrachtungsweise, welche die indirekte Stellvertretung stets in den Zusammenhang mit der direkten Stellvertretung setzt. Ähnlich wie der direkte Stellvertreter bedürfe auch der indirekte Stellvertreter einer besonderen Machtvollkommenheit.⁶⁵⁹ Diese Denkweise widerspiegelt sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Begriff «*Ermächtigung*» auch Erteilung der Machtvollkommenheit zur indirekten Stellvertretung bedeuten könne.⁶⁶⁰ Unklar bleibt aber, was die «*Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung*» dogmatisch genau sein soll. Gewisse Autoren fassen sie als «*Ermächtigung zum*

658 BGE 41 II 268 E. 3 S. 271; BGE 118 II 313 E. 2a S. 316. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N176 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 65 *in fine*, S. 66 *in initio*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N221. Vgl. VON TUHR, AT BGB I, S. 166.

659 Vgl. BGE 118 II 313 E. 2a S. 316; DROIN, représentation indirecte, S. 65 Fn. 1; ferner VON TUHR, AT BGB I, S. 166.

660 BGE 41 II 268 E. 3 S. 271.

Handeln auf fremde Rechnung» auf.⁶⁶¹ Nach deren Massgabe sei der indirekte Stellvertreter dazu befugt, vom indirekt Vertretenen vollen Ersatz für die mit dem Dritten eingegangene Verbindlichkeit zu verlangen.⁶⁶² Durch die Ermächtigung zum Handeln auf fremde Rechnung erhalte also der indirekte Stellvertreter die Befugnis, das Vermögen des indirekt Vertretenen mit einer Regresspflicht zu belasten.⁶⁶³ Für gewisse Autoren stellt diese Befugnis eine eigenständige Form einer Machtbefugnis dar, was sie dazu veranlasst, die Ermächtigung zum Handeln auf fremde Rechnung als ein vom Grundverhältnis getrenntes, einseitiges Rechtsgeschäft aufzufassen.⁶⁶⁴ Weniger weit geht ZUFFEREY. Ihm zufolge ist die Ermächtigung zum Handeln auf fremde Rechnung ein Teil des Grundverhältnisses.⁶⁶⁵

200 So oder anders ist die These von der «*Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung*» abzulehnen. Denn mit ihr wird nichts gewonnen, vermag sie doch weder einen rechtlichen Vorgang zu erklären noch anderweitig zur rechtlichen Problemlösung beizutragen. Die Problematik dieser These fängt beim *Ermächtigungsbegriff* an. Wie bereits gesagt, wird der Begriff «*Ermächtigung*» in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen gebraucht.⁶⁶⁶ In der vorliegenden Untersuchung wird der Begriff «*Ermächtigung*» zur Bezeichnung einer mittels eines einseitigen Rechtsgeschäfts erteilten gegenstandsbezogenen Machtbefugnis verwendet.⁶⁶⁷ Dies ist das Ergebnis einer synthetischen Begriffsbildung.⁶⁶⁸ Zur Vermeidung von Begriffsvertauschungen ist es also wichtig, an dieser Stelle klarzustellen, dass der These von der Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung nicht einfach der hier verwendete, synthetische Ermächtigungsbegriff zugrunde gelegt werden kann.⁶⁶⁹ Ohnehin dürfte es auf der Hand liegen, dass der indirekte Stellvertreter durch Abschluss des Drittvertrags nicht unmittelbar auf einen bestimmten Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen einwirkt.

661 DROIN, représentation indirecte, S. 66 *in initio*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 221.

662 DROIN, représentation indirecte, S. 66 *in initio*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 221. Vgl. auch VON TUHR, AT BGB I, S. 166.

663 Vgl. VON TUHR, AT BGB I, S. 166.

664 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 176 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 65 *in fine*, S. 66 *in initio*. Wohl auch VON TUHR, AT BGB I, S. 166.

665 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 221.

666 Siehe vorne Rn. 66 f.

667 Siehe vorne Rn. 77 ff.

668 Siehe vorne Rn. 68.

669 Zur Unterscheidung von zulässigen Begriffsneufestsetzungen und unzulässigen Begriffsvertauschungen bei einer synthetischen Begriffsbildung siehe WANK, Begriffsbildung, S. 70.

Zunächst gilt es also zu klären, was mit der Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung dogmatisch genau gemeint ist. In der Literatur wird die Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung als ein einseitiges Rechtsgeschäft des indirekt Vertretenen aufgefasst, das dem indirekten Stellvertreter die Machtbefugnis verleiht, das Vermögen des indirekt Vertretenen mit einer Regresspflicht zu belasten.⁶⁷⁰ Scheinbar unbewusst schaffen die Autoren dadurch eine neue Art von Machtbefugnis, die weder personen- noch gegenstandsbezogen ist.⁶⁷¹ Gemeint ist die Macht, sich eine Zuwendung in Form einer Forderung auf Regress zu verschaffen.⁶⁷² Und genau hier liegt meines Erachtens der Fehler dieser These. Denn: Eine solche Kategorie von Machtbefugnissen gibt es nicht. Die Forderung des indirekten Stellvertreters gegenüber dem indirekt Vertretenen auf Befreiung von der mit dem Dritten eingegangenen Verbindlichkeit geht vielmehr aus dem Schuldverhältnis i.w.S. (Grundverhältnis) zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen hervor. Wie sich noch zeigen wird, besteht das Grundverhältnis i.d.R. aus einem Vertrag.⁶⁷³ Im Rahmen dieses Vertragsschlusses verpflichtet sich der indirekte Stellvertreter dazu, mit einem Dritten zu kontrahieren und die Drittleistung anschließend auf den indirekt Vertretenen zu übertragen, und im Gegenzug verpflichtet sich der indirekt Vertretene dazu, alle Auslagen des indirekten Stellvertreters zu ersetzen.⁶⁷⁴ Die Regresspflicht des indirekt Vertretenen basiert also auf einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung, nicht auf einer dem indirekten Stellvertreter erteilten Machtbefugnis.⁶⁷⁵ So verstanden, macht es auch keinen Sinn, von einer mit dem Grundverhältnis verschmolzenen Ermächtigung zur indirekten Stellvertretung zu sprechen.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass es zur indirekten Stellvertretung keiner Ermächtigung bedarf. Wesentlich für die indirekte Stellvertretung ist also nur, dass zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen ein Schuldverhältnis i.w.S. (das Grundverhältnis) vorliegt. Dieses Grundverhältnis wird im Folgenden näher untersucht.

670 DROIN, *représentation indirecte*, S. 65 *in fine*, S. 66 *in initio*; VON TUHR, AT BGBI, S. 166.

671 Vgl. VON TUHR, AT BGBI, S. 166.

672 Vgl. ferner VON TUHR, AT BGBI, S. 166.

673 Siehe hinten Rn. 209 ff.

674 Vgl. hinten Rn. 205 ff.

675 Vgl. ferner VON HESS, *Vertretungswirkung*, S. 14 *in fine*, S. 15 *initio*.

§2 Rechtliche Qualifikation

1. Ausgangslage und Vorgehen

203 Der Begriff des Grundverhältnisses ist ein Abstraktionsbegriff.⁶⁷⁶ Als solcher bildet er einen wichtigen Baustein der juristischen Konstruktion der indirekten Stellvertretung.⁶⁷⁷ Eingeführt wurde er daher auch im Rahmen der induktiven Definitionsbestimmung der indirekten Stellvertretung in Kapitel 1.⁶⁷⁸ Er dient zur Bezeichnung des Schuldverhältnisses (i.w.S.), das den indirekten Stellvertreter mit dem indirekt Vertretenen verbindet.⁶⁷⁹

204 Der Begriff des Grundverhältnisses ist das Ergebnis einer Loslösung vom Konkreten, nämlich vom Tatbestand des Kommissionsvertrags, der seinerzeit als Ausgangspunkt für die Beschreibung der indirekten Stellvertretung diente.⁶⁸⁰ Er bildet daher auch kein objektives Recht und kann somit auch nicht als Grundlage für die Entstehung subjektiver Rechte dienen.⁶⁸¹ Vielmehr setzt sich der Begriff des Grundverhältnisses aus allgemeinen Merkmalen zusammen, die es ermöglichen, unter ihn all jene Tatbestände zu subsumieren, die – unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung – den Grundstein für eine indirekte Stellvertretung bilden können.⁶⁸² Bei der rechtlichen Qualifikation des Grundverhältnisses geht es also darum, zu ermitteln, welche Tatbestände alle unter den Abstraktionsbegriff des Grundverhältnisses fallen. Dafür müssen aber erst einmal die Qualifikationsmerkmale dieses allgemeinen Begriffs herausgearbeitet werden (Rn. 205 ff.). Hierbei gilt es zu klären, durch welche Pflichten das Schuldverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen gekennzeichnet ist. Erst danach können die Tatbestände des Grundverhältnisses identifiziert werden. Da das Grundverhältnis häufig auf einem Vertrag basiert, wird dieser Fall zuerst behandelt (Rn. 209 ff.). Im Anschluss daran wird der Frage nachgegangen, ob auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung in Betracht kommt (Rn. 221 ff.). Schliesslich wird im Rahmen eines Exkurses geklärt, ob von indirekter Stellvertretung auch dann gesprochen werden kann, wenn der indirekte Stellvertreter auf *blosse Bitte*

676 Weiterführend zum Abstraktionsbegriff LARENZ, Methodenlehre, S. 439 ff.

677 Vgl. ferner LARENZ, Methodenlehre, S. 439.

678 Siehe vorne Rn. 12 ff., insbesondere Rn. 16 f.

679 Siehe vorne Rn. 16 f.

680 Siehe vorne Rn. 11 ff.

681 Vgl. ferner MINNIG, Grundfragen, N 2.8.

682 Vgl. ferner LARENZ, Methodenlehre, S. 440 *in initio*.

des indirekt Vertretenen hin, ohne dass eine vertragliche Bindung besteht, mit dem Dritten kontrahiert (Rn. 236 ff.).

2. Allgemeine Qualifikationsmerkmale des Grundverhältnisses

Typisch für das Grundverhältnis ist die Verpflichtung des indirekten Stellvertreters, sich durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten nach den Vorgaben des indirekt Vertretenen einen Leistungsanspruch zu verschaffen⁶⁸³ und anschliessend die Leistung des Dritten dem indirekt Vertretenen zukommen zu lassen (*Ablieferungspflicht*).⁶⁸⁴ Seine Ablieferungspflicht kann der indirekte Stellvertreter auf zwei Wegen erfüllen: Entweder überträgt er die vom Dritten erbrachte Leistung – z.B. eine vom Dritten erworbene Kaufsache – auf den indirekt Vertretenen oder er überträgt die aus dem Drittvertrag entstandene Forderung auf Primärleistung des Dritten auf den indirekt Vertretenen, der den Dritten dann als dessen neuer Gläubiger selber zur Leistung anhalten kann.⁶⁸⁵ Der Pflichtenkreis des indirekten Stellvertreters zeichnet sich folglich durch eine Geschäftsführung im Interesse des indirekt Vertretenen aus.⁶⁸⁶ Ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Leistung des Dritten hat der indirekte Stellvertreter nicht.⁶⁸⁷

Mangels eines unmittelbaren eigenen wirtschaftlichen Interesses am Abschluss des Drittvertrags muss dieser Vorgang für den indirekten Stellvertreter im Ergebnis wirtschaftlich neutral sein. Der indirekt Vertretene hat also im Gegenzug den indirekten Stellvertreter von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm alle im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Pflichten vernünftigerweise erbrachten Auslagen zu ersetzen.⁶⁸⁸ Von der eingegangenen Verbindlichkeit kann der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter auf verschiedenen Wegen befreien. So kann er entweder direkt an den Dritten leisten – vorausgesetzt, es geht nicht um eine persönliche Schuld des indirekten Stellvertreters –, oder er lässt alternativ dem indirekten Stellvertreter die

683 Diese Pflicht besteht nur, wenn das Grundverhältnis vertraglicher Natur ist, was den Regelfall bildet. Handelt der indirekte Stellvertreter hingegen auf eigene Initiative oder auf blosse Bitte des indirekt Vertretenen hin (siehe dazu Rn. 221 ff., Rn. 236 ff.), so besteht einzig die Ablieferungspflicht des indirekten Stellvertreters.

684 Vgl. DROIN, *représentation indirecte*, S. 76 ff.; PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 19; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 120 ff.

685 PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 44.

686 Vgl. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 49.

687 Siehe auch vorne Rn. 16.

688 DROIN, *représentation indirecte*, S. 78 ff. Vgl. auch PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 19.

notwendige Deckung zukommen.⁶⁸⁹ Im letzteren Fall schlägt der Befreiungsanspruch faktisch in einen Verwendungersatzanspruch um.⁶⁹⁰ Möglich wäre auch eine externe Schuldübernahme gemäss Art. 176 ff. OR.⁶⁹¹ Da es für eine externe Schuldübernahme aber der Zustimmung des Forderungsgläubigers, sprich des Dritten, bedarf (Art. 175 Abs. 1 *in fine*), ist diese Befreiungsmöglichkeit praktisch von geringer Bedeutung, und sei es nur schon, weil der indirekt Vertretene im Hintergrund bleiben will.⁶⁹²

207 Entgeltlichkeit ist hingegen kein Qualifikationsmerkmal des Grundverhältnisses. Zwar ist der Kommissionsvertrag *per definitionem* ein entgeltliches Geschäft (Art. 425 Abs. 1 OR), doch ist die Entgeltlichkeit kein Kriterium, das für eine zweckmässige Beschreibung der indirekten Stellvertretung wesentlich ist.⁶⁹³ Daher ist das Merkmal der Entgeltlichkeit im Rahmen des Abstraktionsvorgangs, der vom Begriff des Kommissionsvertrags weg und hin zum allgemeinen Begriff des Grundverhältnisses führt, zu beseitigen.⁶⁹⁴ Folglich können sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Geschäfte das Grundverhältnis indirekter Stellvertretung bilden.

208 Bisher wurde gezeigt, dass der indirekt Vertretene typischerweise dazu verpflichtet ist, den indirekten Stellvertreter von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm die Auslagen zu ersetzen.⁶⁹⁵ Unter welchen Voraussetzungen der indirekt Vertretene Schadenersatz zu leisten hat, wenn dem indirekten Stellvertreter in Erfüllung seiner Pflichten ein Schaden entsteht, richtet sich nach dem konkreten das Grundverhältnis bildenden Tatbestand. Ist das Grundverhältnis ein Auftrag, so geht es um die Frage, ob sich der indirekt Vertretene von der Pflicht zum Ersatz des Schadens exkulpieren kann (vgl. Art. 402 Abs. 2 OR)⁶⁹⁶ oder ob er auch einen unverschuldeten Schaden ersetzen muss, solange dieser in einem funktionellen Zusammenhang mit der Erfüllung der Pflichten des indirekten Stellvertreters steht (vgl. Art. 422 Abs. 1 OR).⁶⁹⁷ Die

689 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 9 zu Art. 402 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 4573 ff.

690 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 9 zu Art. 402 OR.

691 Ausgeschlossen ist eine externe Schuldübernahme aber dann, wenn der Grundvertrag ein Gesellschaftsvertrag ist (dazu hinten Rn. 215). Denn dem Wesen der einfachen Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft entspricht es, dass Vermögensminderungen die Gesamtheit der Gesellschafter belasten. Siehe dazu BK-FELLMANN/MÜLLER, N 108 zu Art. 537 OR.

692 CHAIX, *sous-traitance*, S. 32 *in fine*; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 142.

693 Gl. M. wohl auch ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 648 f.

694 Aus methodischer Sicht vgl. LARENZ, *Methodenlehre*, S. 440.

695 Siehe vorne Rn. 206.

696 Weiterführend zur Haftung des Auftraggebers beim entgeltlichen Auftrag BK-FELLMANN, N 143 ff. zu Art. 402 OR.

697 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 11 zu Art. 422 OR; HONSELL, OR BT, S. 359; HUGUENIN, AT/BT, N 3290.

Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob der indirekte Stellvertreter ein Entgelt erhält oder nicht. Denn: Beim unentgeltlichen Auftrag anerkennt die Judikatur in Analogie zu Art. 422 Abs. 1 OR einen Schadenersatzanspruch des Beauftragten selbst gegen den schuldlosen Auftraggeber.⁶⁹⁸ Da sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Geschäfte als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung in Frage kommen,⁶⁹⁹ hängen die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs des indirekten Stellvertreters von der konkreten Vereinbarung ab. Damit von einem Grundverhältnis indirekter Stellvertretung gesprochen werden kann, wird also nicht verlangt, dass der Schadenersatzanspruch des indirekten Stellvertreters in einer bestimmten Art und Weise ausgestaltet ist.

3. Grundvertrag

a. Mögliche Vertragstypen

Für gewöhnlich beruht das Grundverhältnis auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen.²⁰⁹ Im Folgenden werden die wichtigsten Vertragstypen herausgearbeitet, die als Grundvertrag indirekter Stellvertretung in Frage kommen.

Ein typischer Grundvertrag indirekter Stellvertretung ist der *einfache Auftrag*.⁷⁰⁰ Nach Art. 394 Abs. 1 OR «[...] verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen». Beim Auftrag geht es stets um eine Geschäftsführung im fremden Interesse.⁷⁰¹ Die dem Beauftragten übertragenen Geschäfte können dabei rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein.⁷⁰² Ein zu Rechtshandlungen verpflichtender Auftrag kann vom Beauftragten in direkter oder indirekter Stellvertretung besorgt werden.⁷⁰³ So verstanden, ist der einfache Auftrag dazu prädestiniert, den Beauftragten zum Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten zu verpflichten verbunden mit einer Ablieferungsobligtion hinsichtlich des wirtschaftlichen Ergebnisses.

698 BGE 61 II 95 E. 3 S. 98; BGer 4A_429/2014 vom 20. Juli 2015, E. 6.2.4. Diese Judikatur trifft in der Lehre auf Zustimmung (statt vieler HONSELL, OR BT, S. 359).

699 Siehe vorne Rn. 207.

700 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N175 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 58, S. 60 ff.; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 60 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N55f.

701 Siehe etwa BGE 122 III 361 E. 3b S. 364; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N1877.

702 BSK-OSER/WEBER, N9f. zu Art. 394 OR; HUGUENIN, AT/BT, N3223; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N1879 ff.

703 BK-FELLMANN, N37 ff. zu Art. 394 OR, m.w.H.; BSK-OSER/WEBER, N10 zu Art. 394 OR.

- 211 Während der einfache Auftrag abhängig von der konkreten Vereinbarung ein Grundvertrag indirekter Stellvertretung sein kann, dies aber nicht zwingend sein muss, ist der *Kommissionsvertrag* schon per Legaldefinition ein Grundvertrag indirekter Stellvertretung (vgl. Art. 425 Abs. 1 OR).⁷⁰⁴ Bei der Kommission übernimmt der Kommissionär nämlich gegen Entgelt die Verpflichtung, durch eigengeschäftlichen Abschluss eines Kaufvertrags mit einem Dritten bewegliche Sachen oder Wertpapiere für den Kommittenten zu kaufen oder für zu verkaufen (Art. 425 Abs. 1 OR). Geht es hingegen nicht um den Kauf oder Verkauf beweglicher Sachen oder Wertpapiere, sondern etwa um ein Grundstück, oder ist kein Entgelt vereinbart, so bildet nicht die Kommission, sondern ein einfacher Auftrag den Grundvertrag.⁷⁰⁵
- 212 Eine besondere Art der Kommission ist der in Art. 439 OR geregelte *Speditionsvertrag*.⁷⁰⁶ Beim Speditionsvertrag verpflichtet sich der Spediteur, gegen Entgelt eigengeschäftlich einen Gütertransport für den Versender zu organisieren. Zu diesem Zweck schliesst der Spediteur mit einem Dritten einen Frachtvertrag ab.⁷⁰⁷ Der Dritte führt dann als Frachtführer den Transport der Sachen aus.⁷⁰⁸ Der Drittvertrag ist hier also auf eine persönliche Leistung des Dritten gerichtet,⁷⁰⁹ die dem Versender (indirekt Vertretener) dadurch zukommt, dass der Frachtführer die Güter beim Empfänger abliefern. Der Speditionsvertrag fungiert dabei als Grundvertrag für die indirekte Stellvertretung des Spediteurs.⁷¹⁰
- 213 Kein Grundvertrag indirekter Stellvertretung ist der auf den ersten Blick dem Kommissionsvertrag ähnlich anmutende Trödelvertrag. Bei diesem gesetzlich nicht geregelten Vertrag erhält der Trödler vom Vertrödler einen Gegenstand zum Zweck von dessen eigengeschäftlichem Verkauf an einen Dritten.⁷¹¹ Der Trödler hat dem Vertrödler entweder den zwischen ihnen vereinbarten Schätzungspreis zu bezahlen oder dem Vertrödler den Gegenstand

704 Siehe vorne Rn. 11 ff.

705 Vgl. BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 425 OR; BUCHER, OR BT, S. 244 *in fine*; HUGUENIN, AT/BT, N 3429.

706 HUGUENIN, AT/BT, N 3474; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5272. Vgl. Auch BSK-STAEHELIN, N 1 zu Art. 439 OR.

707 Siehe BSK-STAEHELIN, N 1 zu Art. 439 OR; HONSELL, OR BT, S. 403 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 3473; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5272.

708 Vgl. HUGUENIN, AT/BT, N 3473.

709 Vgl. auch vorne Rn. 16.

710 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 61. Vgl. auch BSK-STAEHELIN, N 3 zu Art. 439 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 2 zu Art. 439 OR; HUGUENIN, AT/BT, N 3473.

711 GUHL/KOLLER, OR, § 40 N 8; HUGUENIN, AT/BT, N 4009; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 7212 ff.

zurückzugeben.⁷¹² Den im Fall des Verkaufs tatsächlich erzielten Verkaufspreis behält der Trödler für sich.⁷¹³ Folglich geht es beim Trödelvertrag nicht darum, dem Vertrödler das wirtschaftliche Ergebnis des Kaufvertrags zukommen zu lassen, sodass nicht von einem Grundvertrag indirekter Stellvertretung gesprochen werden darf.

Denkbar ist auch ein *Arbeitsvertrag* als Grundvertrag indirekter Stellvertretung.⁷¹⁴ In Frage kommt dies, wenn überhaupt, dann beim Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff. OR).⁷¹⁵ Kennzeichnend für den Handelsreisendenvertrag ist, dass der Handelsreisende auf Rechnung des Inhabers eines Handels-, Fabrikations- oder anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbebetriebs Geschäfte abschliesst oder vermittelt (Art. 347 Abs. 1 OR). Geht es um den Abschluss von Geschäften, so handelt der Handelsreisende für gewöhnlich als direkter Stellvertreter (vgl. Art. 348b OR).⁷¹⁶ Ein für den Handelsreisendenvertrag begriffswesentliches Element ist das Auftreten als direkter Stellvertreter aber nicht.⁷¹⁷ Somit wäre eine indirekte Stellvertretung durchaus denkbar.

Möglich ist des Weiteren, dass die indirekte Stellvertretung auf einem *Gesellschaftsvertrag* basiert.⁷¹⁸ Art. 543 Abs. 1 OR, der das Verhältnis der Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft gegenüber Dritten regelt, sieht ausdrücklich vor, dass ein Gesellschafter auch als indirekter Stellvertreter auftreten kann.⁷¹⁹ Der betreffende Gesellschafter kann dabei entweder auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags tätig werden oder aufgrund eines separaten Auftrags handeln.⁷²⁰ Liegt kein separater Auftrag vor, so sind die übrigen Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrags nur dann verpflichtet, die vom indirekten Stellvertreter eingegangene Verbindlichkeit mit zu übernehmen,⁷²¹ wenn er

712 BSK-LENZ/ VON PLANTA, Vorbem. Zu Art. 425-438 OR, N7; GUHL/KOLLER, OR, § 40 N8; HUGUENIN, AT/BT, N 4024; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N7233.

713 Vgl. HUGUENIN, AT/BT, N 4010.

714 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N175 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 58; ZUFFEREY, représentation indirecte, N63. Vgl. auch PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 62.

715 So auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N63.

716 SHK-SUTTER/BAZZELL, N13 zu Art. 347 OR; ZK-STAEHELIN, N5 zu Art. 347 OR.

717 SHK-SUTTER/BAZZELL, N13 zu Art. 347 OR; ZK-STAEHELIN, N5 zu Art. 347 OR.

718 BK-FELLMANN/MÜLLER, N22 ff. zu Art. 543 OR, m.w.H.; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N175 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 58; ZUFFEREY, représentation indirecte, N64 f.

719 Weiterführend dazu BK-FELLMANN/MÜLLER, N20 ff. zu Art. 543 OR.

720 BK-FELLMANN/MÜLLER, N31, insbesondere N35 ff. zu Art. 543 OR.

721 Handelt ein Gesellschafter als indirekter Stellvertreter, so ergeben sich daraus gewisse Besonderheiten hinsichtlich des Anspruchs auf Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit. Während der «gewöhnliche» indirekte Stellvertreter vom indirekt

als Geschäftsführer intern zum Abschluss des fraglichen Geschäfts befugt war.⁷²² Nur dann bildet der Gesellschaftsvertrag einen tauglichen Grundvertrag für die indirekte Stellvertretung.

216 Vorstehend wurden die wichtigsten Vertragstypen aufgezählt, die als Grundvertrag einer indirekten Stellvertretung in Betracht kommen. Die Aufzählung erhebt dabei keineswegs Anspruch auf Vollständigkeit. Dies wäre schon in Anbetracht der Vielzahl von Innominatverträgen nicht möglich. Stellt sich also in einem konkreten Fall die Frage, ob ein Grundvertrag indirekter Stellvertretung vorliegt, so ist dies anhand der allgemeinen Qualifikationsmerkmale des Grundverhältnisses zu beurteilen.⁷²³

b. Verhältnis zu einer fiduziarischen Vereinbarung

217 Im vorherigen Kapitel wurde die indirekte Stellvertretung u.a. zur Treuhand (Fiduzia) abgegrenzt.⁷²⁴ Die Untersuchung führte dabei zum Schluss, dass zwischen der indirekten Stellvertretung und der Verwaltungstreuhand ein partielles Überschneidungsverhältnis besteht.⁷²⁵ Im Folgenden geht es darum, die fiduziarische Vereinbarung vertragsrechtlich einzuordnen und zu klären, in welchem Verhältnis sie zum Grundvertrag indirekter Stellvertretung steht.

218 Über die rechtliche Qualifikation der fiduziarischen Vereinbarung bei der Verwaltungstreuhand herrscht in der rechtswissenschaftlichen Lehre Uneinigkeit. Im Wesentlichen geht es bei der Diskussion um die Frage, ob die fiduziarische Vereinbarung ein Auftrag ist oder ob es sich um einen Vertrag *sui generis* handelt.⁷²⁶ Diejenigen Autoren, welche die auftragsrechtliche Natur

Vertretenen vollumfänglich von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien ist (vgl. vorne Rn. 206), führt der Befreiungsanspruch nach Art. 537 Abs. 2 OR nicht zu einer vollständigen Entlastung des verpflichteten Gesellschafters von der eingegangenen Verbindlichkeit (BK-FELLMANN/MÜLLER, N 108 zu Art. 537 OR). Denn im Unterschied zum «gewöhnlichen» indirekten Stellvertreter hat der indirekte Stellvertreter hier in seiner Funktion als Gesellschafter auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Leistung des Dritten. Daher kommt auch keine Befreiung des Gesellschafters durch eine externe Schuldübernahme in Betracht (BK-FELLMANN/MÜLLER, N 108 zu Art. 537 OR). Vielmehr führt der Befreiungsanspruch des Gesellschafters lediglich dazu, dass er das Risiko einer Vermögensminderung, die ihm durch die Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit entstehen könnte, nicht mehr allein trägt. Aus diesem Grund wird hier bewusst vom «Mit-Übernehmen» der eingegangenen Verbindlichkeit durch die übrigen Gesellschafter gesprochen.

722 BK-FELLMANN/MÜLLER, N 31 zu Art. 543 OR.

723 Siehe vorne Rn. 205 ff.

724 Siehe vorne Rn. 146 ff.

725 Siehe vorne Rn. 163 ff.

726 Überblickartig zu den verschiedenen Standpunkten BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 125 ff. zu Art. 18 OR.

der fiduziarischen Vereinbarung negieren und von einem Vertrag *sui generis* sprechen, begründen ihre Auffassung teils damit, dass die Tätigkeit des Treuhänders in einer längerfristigen Verwaltung des Treuguts bestehe, was mit der Annahme eines Auftrags nicht vereinbar sei, da bei einem solchen der Beauftragte die Vermögenswerte schnellstmöglich auf den Auftraggeber weiterübertragen soll.⁷²⁷ Nach der entgegengesetzten Auffassung ist die fiduziarische Vereinbarung stets ein Auftrag.⁷²⁸

Nach meinem Dafürhalten kann die Streitfrage um die rechtliche Qualifikation der fiduziarischen Vereinbarung gar nicht abstrakt gelöst werden. Denn sie basiert auf der unzutreffenden Annahme, die fiduziarische Vereinbarung könne einem Vertragstyp (Auftrag/Vertrag *sui generis*) zugeordnet werden. Die fiduziarische Vereinbarung ist jedoch nichts anderes als ein *Abstraktionsbegriff*.⁷²⁹ Dessen allgemeine Merkmale sind bei der unmittelbaren Treugutbegründung die Pflicht des Treugebers zu Gunsten des Treuhänders über das Treugut zu verfügen, und im Gegenzug die Pflicht des Treuhänders, das erworbene Treugut nach den Vorgaben des Treugebers in dessen Interesse zu verwalten.⁷³⁰ Bei der mittelbaren Treugutbegründung entfällt hingegen die Pflicht des Treugebers zur Treugutbegründung.⁷³¹ Schliesslich erfolgt der Erwerb hier von einer Drittperson.⁷³² Die Pflicht des Treuhänders, die erworbene Rechtsmacht nach den Vorgaben des Treugebers auszuüben, kann ganz verschieden ausgestaltet sein. So kann etwa eine längerfristige tatsächliche Verwaltung vereinbart worden sein, oder der Treuhänder kann zu einer Weiterübertragung der erworbenen Sache auf Dritte oder auf den Treugeber verpflichtet sein; letzteres ist etwa beim Einkaufskommissionär der Fall.⁷³³ Abhängig vom Inhalt der konkreten Vereinbarung zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder ist die fiduziarische Vereinbarung im Einzelfall ein Auftrag, ein Kommissionsvertrag oder etwa ein Vertrag *sui generis* etc. Zu denken wäre beispielsweise an das bereits in Kapitel 3 genannte Beispiel des Verkaufskommissionärs, der vom Kommittenten das Eigentum an der zu verkaufenden

727 WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 35 ff., insbesondere S. 39. Einen Vertrag *sui generis* befürworten z.B. auch BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 127 zu Art. 18 OR; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 25 *in fine*. Wohl auch TSCHUMY, revendication, N 290; ZK-OFTINGER/BÄR, Systematischer Teil, N 242a, allerdings bezogen auf die Sicherungsübereignung.

728 BGE 99 II 393 E. 6 S. 397. Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 31; ferner auch BK-GAUTSCHI, N 42a zu Art. 396 OR.

729 Weiterführend zum Abstraktionsbegriff LARENZ, Methodenlehre, S. 439 ff.

730 Siehe vorne Rn. 150.

731 Siehe vorne Rn. 152.

732 Siehe vorne Rn. 152.

733 Vgl. vorne Rn. 165, 169.

Sache übertragen erhält.⁷³⁴ Er ist Treuhänder und indirekter Stellvertreter zugleich.⁷³⁵ Der Kommissionsvertrag fungiert dabei einerseits als Grundvertrag für die indirekte Stellvertretung und bildet andererseits die fiduziarische Vereinbarung, d.h. er ist die Grundlage für den Eigentumserwerb⁷³⁶ verbunden mit der obligatorischen Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht.

220 Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die fiduziarische Vereinbarung ein Abstraktionsbegriff ist. Abhängig von der konkreten Abrede zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder kann die fiduziarische Vereinbarung etwa die Typenmerkmale des Auftrags oder des Kommissionsvertrags erfüllen oder als ein Vertrag *sui generis* erscheinen. Im Überschneidungsbereich zwischen der Verwaltungstreuhand und der indirekten Stellvertretung ist die vertragliche Abrede zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen zugleich der Grundvertrag für die indirekte Stellvertretung und die fiduziarische Vereinbarung.

4. Genehmigte (echte) Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung

a. Problemstellung

221 Die bisherigen Ausführungen waren dem Grundvertrag gewidmet, aufgrund dessen der indirekte Stellvertreter überhaupt erst dazu veranlasst wird, mit dem Dritten zu kontrahieren. Im folgenden Abschnitt wird der umgekehrte Fall untersucht, in welchem eine Person *von sich aus* mit einem Dritten einen Vertrag abschliesst, in der Absicht, die Leistung des Dritten einem anderen zukommen zu lassen und im Gegenzug dafür die eigenen Aufwendungen ersetzt zu erhalten sowie von der eingegangenen Verbindlichkeit befreit zu werden. Zu denken wäre an den Fall, in welchem jemand unaufgefordert eine seltene Münze für einen Sammler kauft⁷³⁷ oder auf eigene Initiative hin für eine erkrankte Person eine benötigte Arznei erwirbt.

222 In der allgemeinen Literatur werden derartige Fälle unter dem Gesichtspunkt der *echten Geschäftsführung ohne Auftrag* diskutiert.⁷³⁸ Es geht dabei um die Frage, inwieweit Angelegenheiten, die an sich keinen objektiven Bezug zur Rechtssphäre des «Geschäftsherrn» haben, als fremdes Geschäft angesehen

734 Siehe vorne Rn. 166.

735 Siehe vorne Rn. 166.

736 Ausführlich zur causa der fiduziarischen Übertragung hinten Rn. 476 ff.

737 Siehe das Beispiel bei SCHMID, GoA, N 192.

738 Vgl. etwa SCHMID, GoA, N 184 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 419 OR; ZK-SCHMID, N 19 zu Art. 419 OR.

werden können.⁷³⁹ Schliesslich ist der eigengeschäftliche Vertragsabschluss nach aussen eine neutrale Handlung. Die spezifisch der indirekten Stellvertretung gewidmete Literatur hingegen betrachtet die soeben beschriebenen Fälle aus einer anderen Perspektive. Den Autoren geht es nicht um die Frage, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt sind – diese werden wohl für gegeben erachtet –, sondern darum, ob die echte Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung fungieren kann und – wenn ja – inwieweit es dann zusätzlich einer Genehmigung durch den Geschäftsherrn bedarf.⁷⁴⁰ Diese Frage ist Gegenstand einer Kontroverse, die sogleich näher beschrieben wird (Rn. 224 f.). Daran schliesst sich eine Stellungnahme an, die auch die Frage mitberücksichtigt, ob hier überhaupt der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt ist (Rn. 226 ff.).

Die Frage, ob von indirekter Stellvertretung auch dann gesprochen werden kann, wenn jemand als Geschäftsführer ohne Auftrag auf eigene Initiative hin handelt, ist einerseits relevant, um die Konturen der indirekten Stellvertretung klar zu umreissen, und andererseits auch von praktischer Bedeutung. Denn: Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Anwendbarkeit von Art. 401 OR ab. Weiter unten wird in diesem Kapitel dargelegt, dass Art. 401 OR eine Norm der indirekten Stellvertretung ist, die auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung Anwendung findet.⁷⁴¹ Es ist also wichtig, zu ermitteln, ob ausserhalb des vertraglichen Bereichs noch andere Schuldverhältnisse die Qualifikationsmerkmale des Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung erfüllen.

b. Stand der Diskussion

Die Frage, ob und – wenn ja – inwieweit die Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung dienen kann, wird in der Literatur zur indirekten Stellvertretung unterschiedlich beantwortet. Es ist überwiegend anerkannt, dass die indirekte Stellvertretung auf einer echten Geschäftsführung ohne Auftrag zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen basieren kann.⁷⁴² Gänzlich unbestritten ist diese Ansicht

739 Siehe SCHMID, GoA, N 184 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 419 OR; ZK-SCHMID, N 19 zu Art. 419 OR.

740 DROIN, *représentation indirecte*, S. 72 ff.; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 68 ff. Vgl. auch PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 40.

741 Siehe hinten Rn. 249 ff.

742 BK-FELLMANN/MÜLLER, N 22 zu Art. 543 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32 OR; DROIN, *représentation indirecte*, S. 72 ff.; PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 40 *in initio*; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 68 ff. Vgl. auch BK-FELLMANN, N 28 zu Art. 401 OR.

aber nicht. So definiert VON HESS die indirekte Stellvertretung als eine Art Garantievertrag, der dem indirekten Stellvertreter ein obligatorisches Recht auf Übernahme der eingegangenen Verbindlichkeit durch den indirekt Vertretenen einräumt.⁷⁴³ Seinen Ausführungen zufolge ist das Grundverhältnis stets vertraglicher Natur.⁷⁴⁴

225 Innerhalb der Gruppe von Autoren, die die echte Geschäftsführung ohne Auftrag als ein mögliches Grundverhältnis indirekter Stellvertretung anerkennen, ist wiederum umstritten, ob es stets zu einer Genehmigung durch den Geschäftsherrn kommen muss (Art. 424 OR) oder ob eine Solche für die Annahme eines Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung entbehrlich ist. Während PESTALOZZI von einem Grundverhältnis indirekter Stellvertretung nur dann spricht, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung nach Art. 424 OR genehmigt,⁷⁴⁵ verlangt ZUFFEREY eine Genehmigung nur im Fall einer (echten) unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag.⁷⁴⁶ Dies, weil der Geschäftsführer hier ohne Genehmigung keinen Anspruch auf Auslagenersatz bzw. Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit hat.⁷⁴⁷ Die (echte) berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag kann nach ZUFFEREY hingegen ohne Weiteres als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung fungieren, da in diesem Fall der für das Grundverhältnis charakteristische Anspruch auf Auslagenersatz und der Anspruch auf Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit aufgrund von Art. 422 Abs. 1 OR bestehen.⁷⁴⁸ Wiederum andere Autoren anerkennen ohne nähere Differenzierung allgemein die echte Geschäftsführung ohne Auftrag als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung.⁷⁴⁹

c. Stellungnahme

226 Fraglich ist, ob auch dann von indirekter Stellvertretung gesprochen werden kann, wenn der indirekte Stellvertreter nicht in einer vertraglichen Beziehung zum indirekt Vertretenen steht, sondern auf eigene Initiative hin mit dem Dritten kontrahiert. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst das Rechtsverhältnis zwischen dem vermeintlichen indirekten Stellvertreter und dem vermeintlich indirekt Vertretenen zu qualifizieren. Hierbei geht es darum, zu klären, ob die Voraussetzungen der echten Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt sind.

743 VON HESS, Vertretungswirkung, S. 15.

744 Siehe VON HESS, Vertretungswirkung, S. 15.

745 PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 40 *in initio*.

746 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 70 ff.

747 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 71 f.

748 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 70 f., insbesondere N 71 *e contrario*.

749 BK-FELLMANN/MÜLLER, N 22 zu Art. 543 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 175 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 72 ff., insbesondere S. 73.

Bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag besorgt der Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn ein Geschäft, ohne dazu vertraglich oder gesetzlich verpflichtet zu sein.⁷⁵⁰ Gegenstand der echten Geschäftsführung ohne Auftrag können rechtliche oder faktische Tätigkeiten aller Art sein.⁷⁵¹ Gemäss Art. 419 OR muss der Geschäftsführer «[...]für einen anderen ein Geschäft [...]» besorgen. Geschäftsführung im Sinne von Art. 419 OR bedeutet also, dass erstens der Geschäftsführer in Angelegenheiten des Geschäftsherrn handelt («*fremdes Geschäft*») und zweitens das Geschäft nach seinem Willen dem Rechts- und Interessenkreis des Geschäftsherrn zuzuordnen ist («*Fremdgeschäftsführungswille*»).⁷⁵²

Geht der Geschäftsführer mit einem Dritten einen Vertrag ein in der Absicht, dem Geschäftsherrn die Leistung des Dritten zukommen zu lassen und selber im Gegenzug dafür die eigenen Auslagen ersetzt zu erhalten, so ist ein Fremdgeschäftsführungswille gewiss vorhanden. Zweifelhaft ist dagegen die objektive Zuordnung des Geschäfts zur Rechtssphäre des Geschäftsherrn und damit verbunden die Frage nach der «*Fremdheit*» des Geschäfts.⁷⁵³ Denn der eigengeschäftliche Vertragsabschluss ist eine «*äusserlich neutrale*» Tätigkeit.⁷⁵⁴ Einzig der Wille des Geschäftsführers verleiht dem Geschäft einen gewissen fremdartigen Charakter.⁷⁵⁵ In der Literatur wird bisweilen von einem «*subjektiv fremden Geschäft*» gesprochen.⁷⁵⁶ Diese Bezeichnung ist allerdings irreführend, reicht doch der subjektive Wille des Geschäftsführers alleine nicht aus, um die Anwendung der Geschäftsführungsregeln zu rechtfertigen.⁷⁵⁷ Auch im Fall eines «*äusserlich neutralen*» Geschäfts braucht es einen objektiven Bezug zur Rechtssphäre des Geschäftsherrn, damit von einer Geschäftsführung ohne Auftrag gesprochen werden kann.⁷⁵⁸

Aus der Notwendigkeit eines objektiven Bezugs zur Rechtssphäre des Geschäftsherrn wird vereinzelt geschlossen, dass bei eigengeschäftlich abgeschlossenen Verträgen nie von einem «*fremden Geschäft*» gesprochen werden

750 Siehe etwa HONSELL, OR BT, S. 366 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 1604; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 1999.

751 HONSELL, OR BT, S. 367; ZK-SCHMID, N 9 zu Art. 419 OR.

752 Weiterführend zu den Voraussetzungen der GoA ZK-SCHMID, N 13 ff. zu Art. 419 OR.

753 Vgl. SCHMID, GoA, N 186; ZK-SCHMID, N 19 zu Art. 419 OR.

754 SCHMID, GoA, N 186; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 419 OR; ZK-SCHMID, N 19 zu Art. 419 OR.

755 SCHMID, GoA, N 186; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 419 OR; ZK-SCHMID, N 19 zu Art. 419 OR.

756 BK-BECKER, N 5 zu Art. 419 OR; HAGENBÜCHLI, Geschäftsführer, S. 35 ff.; SUTER, Geschäftsführung, S. 14 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 419 OR. Kritisch dazu SCHMID, GoA, N 186 ff., insbesondere N 191.

757 Zutreffend SCHMID, GoA, N 191.

758 So SCHMID, GoA, N 191 f. Vgl. auch WOLLSCHLÄGER, Geschäftsführung, S. 72.

könne.⁷⁵⁹ So führt AEBI aus: «[...] ein Kauf im eigenen Namen kann nie ein fremdes Geschäft sein, auch wenn der Käufer den gekauften Gegenstand auf einen andern zu übertragen gewillt [...] ist».⁷⁶⁰ Dem kann hier nicht gefolgt werden. Vielmehr vermag auch ein eigengeschäftlicher Vertragsabschluss einen nach objektiven Kriterien begründbaren Fremdbezug aufzuweisen.⁷⁶¹ So hat der Kaufvertrag, den der Geschäftsführer zwecks Erwerbs einer vom erkrankten Geschäftsherrn benötigten Arznei eingeht, um auf dieses Beispiel zurückzukommen,⁷⁶² einen objektiv begründbaren Bezug zu den Angelegenheiten des Geschäftsherrn. Im Gegensatz dazu müsste die «Fremdheit» des Geschäfts im Fall des eigengeschäftlichen Erwerbs einer seltenen Münze für einen Sammler negiert werden,⁷⁶³ es sei denn, es lägen im konkreten Fall Anhaltspunkte vor, die einen objektiven Fremdbezug rechtfertigen würden.⁷⁶⁴

230 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass auch im Fall, in welchem jemand auf eigene Initiative hin im fremden Interesse mit einem Dritten kontrahiert, um anschliessend einem anderen die Leistung des Dritten zukommen zu lassen, die Voraussetzungen der echten Geschäftsführung ohne Auftrag erfüllt sein können. Erforderlich hierfür ist, dass das Geschäft mit dem Dritten einen nach objektiven Kriterien begründbaren Bezug zur Rechtssphäre des Geschäftsherrn aufweist.

231 Zu prüfen bleibt noch, ob bei Vorliegen einer echten Geschäftsführung ohne Auftrag die Qualifikationsmerkmale des Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung erfüllt sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das nur bei einer Genehmigung durch den Geschäftsherrn der Fall.⁷⁶⁵ Zwei Gründe sprechen für diese Annahme:

232 — *Erstens* zeichnet sich die indirekte Stellvertretung dadurch aus, dass das Interesse an der Leistung des Dritten allein beim indirekt Vertretenen

759 AEBY, Geschäftsführung, S. 55 ff.; SUTER, Geschäftsführung, S. 17.

760 AEBY, Geschäftsführung, S. 55.

761 Vgl. SCHMID, GoA, N 192 sowie Fn. 54 auf S. 67.

762 Siehe vorne Rn. 221.

763 Verlangt der Erwerber der Münze in der Folge vom Sammler die Übernahme der Münze gegen Ersatz des bezahlten Kaufpreises, so ist seine Erklärung – mangels einer Geschäftsführung – als eine Offerte zum Abschluss eines Kaufvertrags mit dem Sammler aufzufassen. Dem Sammler steht es frei, diese Offerte anzunehmen oder abzulehnen. Meines Erachtens ähnelt dieser Fall der Konstellation des «Kaufs zwecks Weiterverkaufs». Eine indirekte Stellvertretung scheidet hier aus. Siehe dazu auch vorne Rn. 16.

764 Siehe dazu SCHMID, GoA, N 192. Ein solcher Anhaltspunkt könnte etwa darin erblickt werden, wenn der Sammler zuvor seinen auf die betreffende Münze gerichteten Erwerbwillen klar geäussert hat.

765 Die Ansicht von PESTALOZZI verdient also Zustimmung (siehe vorne Rn. 225).

liegt.⁷⁶⁶ Von einem solchen «*wirtschaftliche[n] Stellvertretungsverhältnis*»⁷⁶⁷ kann meines Erachtens nur dann gesprochen werden, wenn der indirekt Vertretene eine dahingehende Willenserklärung abgegeben hat. Zur Geschäftsführung des indirekten Stellvertreters hat also die Genehmigung des indirekt Vertretenen korrespondierend hinzuzutreten.

- *Zweitens* kann von einem Grundverhältnis indirekter Stellvertretung nur dann gesprochen werden, wenn dem indirekten Stellvertreter ein Anspruch auf Auslagenersatz und Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit vermittelt wird.⁷⁶⁸ Zwar stehen dem Geschäftsführer gemäss Art. 422 Abs. 1 OR im Fall einer (echten) berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag ein Verwendungsersatzanspruch sowie ein Anspruch auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten zu, doch sind beide Ansprüche auf solche Verwendungen bzw. Verbindlichkeiten beschränkt, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen sind.⁷⁶⁹ Insbesondere das Verhältnismässigkeitserfordernis ist eine Schranke, die dem Grundverhältnis indirekter Stellvertretung fremd ist.⁷⁷⁰ Folglich erfüllt die (echte) berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag nicht die Qualifikationsmerkmale für ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung. Dies hat erst recht für die (echte) unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag zu gelten, ist hier doch gesetzlich kein Auslagenersatzanspruch des Geschäftsführers vorgesehen.⁷⁷¹ Genehmigt hingegen der Geschäftsherr die Geschäftsführung, sei sie berechtigt oder unberechtigt gewesen,⁷⁷² so richtet sich der Auslagenersatzanspruch des Geschäftsführers nach Art. 402 Abs. 1 OR (vgl. Art. 424 i.V.m. Art. 402 Abs. 1 OR).

Kontrahiert der indirekte Stellvertreter auf eigene Initiative hin mit dem Dritten, so kommt es dem Gesagten zufolge nur dann zu einer indirekten Stellvertretung, wenn der indirekt Vertretene die Geschäftsführung des indirekten Stellvertreters nach Art. 424 OR genehmigt. Die Genehmigung verwandelt die Geschäftsführung ohne Auftrag aber nicht in ein vertragliches Auftragsverhältnis, sondern führt vielmehr zur Entstehung eines auf Gesetz beruhenden

766 Siehe vorne Rn. 16 und Rn. 205.

767 KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 64 *in initio*.

768 Siehe vorne Rn. 206.

769 Weiterführend zu den einzelnen Ansprüchen des Geschäftsführers ZK-SCHMID, N 41 ff. zu Art. 422 OR.

770 Vgl. vorne Rn. 206.

771 ZK-SCHMID, N 5 zu Art. 422 OR *e contrario*.

772 ZK-SCHMID, N 7 zu Art. 424 OR.

Rechtsverhältnisses⁷⁷³ zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen, welches als Grundverhältnis fungiert und auf das Art. 401 OR Anwendung findet.⁷⁷⁴

235 Damit wurde gezeigt, dass das Grundverhältnis nicht unbedingt vertraglicher Natur sein muss. An dieser Stelle schliesst sich der Kreis zu der in Kapitel 1 gewählten Terminologie. In Anlehnung an den Begriff des «*Schuldverhältnisses i.w.S.*» wurde dort bewusst der Terminus «*Grundverhältnis*» gewählt, der auch eine nicht vertragliche Beziehung zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen miterfasst.⁷⁷⁵

5. Exkurs: Handeln auf Bitte des indirekt Vertretenen hin

236 Bisher wurden im Rahmen der rechtlichen Qualifikation des Grundverhältnisses zwei Fälle untersucht: *erstens* der Hauptanwendungsfall des Grundvertrags, in welchem der indirekte Stellvertreter aufgrund eines vorbestehenden Vertragsverhältnisses dazu veranlasst wird, mit dem Dritten zu kontrahieren,⁷⁷⁶ und *zweitens* der soeben erörterte Fall der genehmigten Geschäftsführung ohne Auftrag, wo der indirekte Stellvertreter auf eigene Initiative hin den Vertrag mit dem Dritten abgeschlossen hat.⁷⁷⁷ Nachstehend wird die bisher noch nicht behandelte Frage untersucht, ob von indirekter Stellvertretung auch dann gesprochen werden kann, wenn der indirekte Stellvertreter auf *bloße Bitte* des indirekt Vertretenen hin mit dem Dritten kontrahiert, d.h. ohne dass eine vertragliche Verpflichtungslage besteht. Diese Frage stellt sich beispielsweise dann, wenn jemand auf Bitte einer erkrankten Person für sie eine Arznei erwirbt in der Absicht, die Auslagen ersetzt zu erhalten.⁷⁷⁸

773 HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 249 ff.; LISCHER, Geschäftsführung, S. 108; SCHMID, GoA, N 698 ff., m.w.H.; ZK-SCHMID, N 14 ff. zu Art. 424 OR.

774 In der Literatur ist umstritten, ob Art. 401 OR nur im Fall einer Genehmigung Anwendung findet (BK-GAUTSCHI, N 10c zu Art. 419 OR; CHAPPUIS, restitution, S. 35; LISCHER, Geschäftsführung, S. 126 f.) oder ob die Norm auch im Recht der (berechtigten) Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden ist (SUTER, Geschäftsführung, S. 45 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 26 *in fine* zu Art. 419 OR; ZK-SCHMID, N 94 f. zu Art. 422 OR). Nach meinem Dafürhalten ist Art. 401 OR erst nach erfolgter Genehmigung anwendbar. Dies, weil die Genehmigung zur Entstehung eines Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung führt und Art. 401 OR – wie sich noch zeigen wird – bei sämtlichen Grundverhältnissen indirekter Stellvertretung gilt (siehe hinten Rn. 249 ff.).

775 Siehe vorne Rn. 17.

776 Siehe vorne Rn. 209 ff.

777 Siehe vorne Rn. 221 ff.

778 Ein fehlender Rechtsbindungswille kann meines Erachtens nur so lange angenommen werden, als es nicht um wirtschaftlich bedeutende Geschäfte geht. Erwirbt hingegen jemand auf «*Bitte*» eines Sammlers eine wertvolle Münze, so kann ein fehlender Rechts-

Ähnlich wie vorne bei der Untersuchung des eigenmächtigen Handelns des indirekten Stellvertreters geht es auch hier zunächst darum, das Rechtsverhältnis zwischen dem Bittsteller und dem Handelnden rechtlich zu qualifizieren und auf dieser Grundlage zu beurteilen, ob ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung vorliegt.⁷⁷⁹

Erbringt jemand eine Leistung, ohne dass ihn eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Leistungserbringung trifft, so muss bei der Qualifikation einer solchen Konstellation die Figur der «Gefälligkeit» angesprochen werden, die von der Geschäftsführung ohne Auftrag zu unterscheiden ist.⁷⁸⁰ Da diese Unterscheidung in der Literatur vielfach anhand des Kriteriums der «Eigenmacht» getroffen wird,⁷⁸¹ rechtfertigt es sich, erst an dieser Stelle auf die Gefälligkeit zu sprechen zu kommen. Eigenmächtiges Handeln spricht dabei nach Ansicht einiger Autoren für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag, wohingegen bei einer auf Veranlassung des Empfängers erfolgten Leistungshandlung eine Gefälligkeit angenommen wird.⁷⁸²

Unter Gefälligkeit versteht die neuere Doktrin eine Tätigkeit, die unentgeltlich und altruistisch erfolgt und derart ausserhalb des rechtlich normierten Leistungsgefüges steht, dass eine Anwendbarkeit der Geschäftsführungsregeln – namentlich der geschäftsführungsrechtlichen Haftung des Handelnden – nicht angezeigt wäre.⁷⁸³ Als typische Gefälligkeitshandlungen werden etwa die Beaufsichtigung der Nachbarskinder, das Mitbringen der Zeitung für den Nachbarn und das kurzfristige Beaufsichtigen eines fremden Hundes genannt.⁷⁸⁴

Die soeben genannten Gefälligkeitshandlungen verbindet die Gemeinsamkeit, dass sie Tathandlungen darstellen. Auch sonst werden in der Literatur – soweit ersichtlich – ausschliesslich Beispiele von Tathandlungen des

bindungswille nicht mehr unterstellt werden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich also auf wirtschaftlich geringfügige Besorgungen des täglichen Lebens, die aus Freundlichkeit und Hilfsbereitschaft heraus für andere eigengeschäftlich getätigt werden. Vgl. auch HUGUENIN, AT/BT, N1513 ff.

779 Siehe vorne Rn. 226 ff.

780 Grundlegend zur Unterscheidung von Gefälligkeit und Geschäftsführung ohne Auftrag HUGUENIN, AT/BT, N1493 ff.; ZK-SCHMID, N132 ff. zu Art. 419 OR.

781 HUGUENIN, AT/BT, N1497; CHK-MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, N5 zu Art. 419 OR; MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, Hilfeleistung, N6 ff.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N2029a. Vgl. auch DERENDINGER, Erfüllung, N21. A.A. BSK-OSER/WEBER, N11 zu Art. 419 OR; ZK-SCHMID, N132 zu Art. 419 OR.

782 HUGUENIN, AT/BT, N1497; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N2029a.

783 HUGUENIN, AT/BT, N1493 f.; HÜRLIMANN-KAUP, Gefälligkeit, N4 ff.; SCHMID, GoA, N1141 ff., m.w.H.; SPALLINO, Gefälligkeit, S. 5 ff.; ZK-SCHMID, N132 f. zu Art. 419 OR.

784 HUGUENIN, AT/BT, N1493; ZK-SCHMID, N133 zu Art. 419 OR.

Gefälligkeitserbringers genannt,⁷⁸⁵ und zwar aus gutem Grund. Denn nach der hier vertretenen Auffassung scheidet die Annahme einer Gefälligkeit bei Rechtshandlungen von vornherein aus. Hierfür sind zwei Gründe vorzubringen:

- 240 — *Erstens* existiert bei Gefälligkeitshandlungen weder ein Anspruch auf Auslagenersatz noch ein Anspruch auf Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten.⁷⁸⁶ Die Stellung des Gefälligkeitserbringers entspricht jener des Geschäftsführers mit Schenkungswillen, bei dem der Liberalitätswille die erwähnten Ansprüche in Art. 422 Abs. 1 OR ausschliesst.⁷⁸⁷ Diese Rechtsfolgen passen nicht bei Rechtshandlungen. Es ist nicht einzusehen, weshalb jemand, der auf Bitte hin für einen anderen eine Arznei erwirbt, keinen Anspruch auf Auslagenersatz haben soll.
- 241 — *Zweitens* passt die Gefälligkeit schon von ihrem Grundgedanken her nicht zu Rechtshandlungen. Bei der Gefälligkeit geht es darum, von der geschäftsführungsrechtlichen Haftung des Leistungserbringers zu dispensieren.⁷⁸⁸ Gerade die Erbringung tatsächlicher Hilfeleistungen im alltäglichen Miteinander soll so gefördert werden.⁷⁸⁹ Könnten hingegen auch Rechtshandlungen Gegenstand einer Gefälligkeit sein, so würden alltägliche Besorgungen aus Freundlichkeit und Hilfsbereitschaft gerade nicht gefördert, geht es dem Hilfeleistenden hier doch um den Ersatz seiner Auslagen bzw. um die Befreiung von der eingegangenen Verbindlichkeit.
- 242 Dem Gesagten zufolge ist auch der Fall, in welchem jemand auf Bitte des Geschäftsherrn hin mit dem Dritten kontrahiert, um dem Geschäftsherrn die Leistung des Dritten zukommen zu lassen, nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu beurteilen. Damit ist auch gesagt, dass die Eigenmacht kein Wesensmerkmal der Geschäftsführung ohne Auftrag ist.⁷⁹⁰ Schliesslich verlangt Art. 419 OR nicht ein eigenmächtiges Auftreten des Geschäftsführers.⁷⁹¹ Abzulehnen ist somit die bisweilen vertretene Auffassung, dass aus

785 Siehe etwa die Beispiele bei CHK-MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, N 5 zu Art. 419 OR; HÜRLIMANN-KAUP, Gefälligkeit, N 240.

786 BGE 129 III 181 E. 4.2 S. 185; HÜRLIMANN-KAUP, Gefälligkeit, Fn. 24; KRAUSKOPF, Präjudizienbuch, N 5 zu Art. 422 OR.

787 BGE 129 III 181 E. 4.2 S. 185.

788 Vgl. HUGUENIN, AT/BT, N 1493 f.; KuKo-SCHALLER, Vorbem. zu Art. 419-424 OR, N 6; ZK-SCHMID, N 132 zu Art. 419 OR.

789 Vgl. HUGUENIN, AT/BT, N 1493 f.

790 A.A. HUGUENIN, AT/BT, N 1497; MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, Hilfeleistung, N 9.

791 Vgl. etwa ZK-SCHMID, N 8 ff. zu Art. 419 OR.

Art. 424 OR im Umkehrschluss abzuleiten sei, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag stets ein eigenmächtiges Auftreten des Geschäftsführers voraussetze.⁷⁹² Zwar ist richtig, dass sich die Frage nach einer Genehmigung erübrigt, wenn der Geschäftsführer auf Veranlassung des Geschäftsherrn hin gehandelt hat,⁷⁹³ doch ist nicht einzusehen, weswegen die übrigen Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag hier nicht anwendbar sein sollten.

Kontrahiert der Geschäftsführer auf Bitte des Geschäftsherrn hin eigen- 243
 geschäftlich mit einem Dritten, so ergeben sich dem Gesagten zufolge zwei Besonderheiten. *Erstens* erübrigt sich die Frage nach der «Fremdheit» des Geschäfts, ergibt sich der objektive Bezug zur Rechtssphäre des Geschäftsherrn hier doch aus dessen Erklärung.⁷⁹⁴ *Zweitens* bedarf es meines Erachtens nicht erst einer Genehmigung des Geschäftsherrn, damit die Rechtsfolgen des Art. 424 OR zum Tragen kommen. Die «vorgängige Bitte» steht nämlich wertungsmässig der nachträglichen Genehmigung gleich.⁷⁹⁵ Folglich ist nach der hier vertretenen Auffassung im Ausgangsbeispiel des Kaufs einer Arznei auf Bitte der erkrankten Person hin ein auf Gesetz beruhendes Rechtsverhältnis entstanden, auf das die auftragsrechtlichen Bestimmungen weitgehend Anwendung finden.⁷⁹⁶ Da dieses Rechtsverhältnis – wie vorne bereits gezeigt wurde – die Qualifikationsmerkmale des Grundverhältnisses erfüllt,⁷⁹⁷ ist somit auch dann von indirekter Stellvertretung zu sprechen, wenn der indirekte Stellvertreter auf blosse Bitte des indirekt Vertretenen hin, ohne dass es zu einer vertraglichen Bindung kommt, mit dem Dritten kontrahiert.

§3 Art. 401 OR – als Spezialbestimmung des Grundverhältnisses

Beim «Grundverhältnis» handelt es sich um einen Abstraktionsbegriff, nicht 244
 etwa um einen spezifischen Vertragstyp.⁷⁹⁸ Abhängig davon, wie das Grundverhältnis im konkreten Fall rechtlich zu qualifizieren ist, bestimmen sich die darauf anwendbaren Normen. Anders als bei der Darstellung eines besonderen

792 So aber MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, *Hilfeleistung*, N 9.

793 Vgl. MAISSEN/PURTSCHERT/RUSCH, *Hilfeleistung*, N 9.

794 Vgl. vorne Rn. 228 ff.

795 Vgl. Art. 19a Abs. 1 ZGB sowie vorne Rn. 65 f.

796 Durch die Anwendbarkeit der auftragsrechtlichen Bestimmungen darf die Stellung des Geschäftsführers allerdings nicht verschlechtert werden. Siehe dazu ZK-SCHMID, N 16 f. zu Art. 424 OR.

797 Siehe vorne Rn. 231 ff.

798 Siehe vorne Rn. 203 f.

Vertragstyps kann hier also kein einheitlicher Normenkomplex untersucht werden. Einzige Ausnahme davon bildet Art. 401 OR. Denn diese systematisch im Auftragsrecht angeordnete Norm ist spezifisch auf die Auftragsausführung in indirekter Stellvertretung zugeschnitten.⁷⁹⁹ Im Folgenden werden zunächst der Regelungsinhalt von Art. 401 OR und dessen Bedeutungsgehalt für die indirekte Stellvertretung dargelegt (Rn. 245 ff.). Danach wird die Frage diskutiert, ob Art. 401 OR über das Auftragsrecht hinaus auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung Anwendung finden sollte (Rn. 249 ff.). Schliesslich wird Art. 401 OR im Einzelnen dargestellt (Rn. 255 ff.).

1. Regelungsinhalt und dessen Bedeutungsgehalt für die indirekte Stellvertretung

245 Die zentrale Leistungspflicht des indirekten Stellvertreters ist dessen *Ablieferungspflicht*.⁸⁰⁰ Der indirekte Stellvertreter hat dem indirekt Vertretenen die Leistung des Dritten zukommen zu lassen. Diese Ablieferungspflicht kann der indirekte Stellvertreter auf zwei Wegen erfüllen. Bei der einen Variante kann er die aus dem Drittvertrag hervorgegangene Forderung auf Primärleistung des Dritten auf den indirekt Vertretenen übertragen.⁸⁰¹ Der indirekt Vertretene wird dadurch neuer Gläubiger der Forderung aus dem Drittvertrag, wodurch es ihm möglich ist, den Dritten unmittelbar zur Leistung an sich anzuhalten.⁸⁰² Dies hat zur Folge, dass der indirekt Vertretene die Vermögensgegenstände unmittelbar vom Dritten zu vollem Recht erwirbt.⁸⁰³ Bei der anderen Variante hingegen verbleibt die Forderung beim indirekten Stellvertreter.⁸⁰⁴ Der Dritte erbringt hier seine Leistung an den indirekten Stellvertreter, der sie seinerseits in einem zweiten Schritt auf den indirekt Vertretenen weiterüberträgt. War die Forderung auf eine sachliche Leistung des Dritten gerichtet, so erwirbt bei dieser zweiten Variante immer zunächst der indirekte Stellvertreter die Rechtsinhaberschaft an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen.⁸⁰⁵

246 Die beiden Varianten schliessen sich gegenseitig aus. Sobald nämlich der Dritte seine Leistung erbringt, geht die Forderung aus dem Drittvertrag durch

799 Statt vieler BK-FELLMANN, N 10, 33 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 589 ff.

800 Siehe vorne Rn. 205.

801 PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 44.

802 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3452; HUGUENIN, AT/BT, N 1322.

803 Vgl. ferner HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 205.

804 Siehe PESTALOZZI, *indirekte Stellvertretung*, S. 44.

805 Ausführlich dazu Rn. 517 ff., Rn. 536 ff.

Erfüllung unter (vgl. Art. 114 Abs. 1 OR). Die Möglichkeit des Forderungsübergangs auf den indirekt Vertretenen ist also zeitlich begrenzt.⁸⁰⁶ Ohne Zutun des indirekten Stellvertreters hat der indirekt Vertretene grundsätzlich in keiner der beiden Varianten die Möglichkeit, sich die Leistung des Dritten zu verschaffen. Dies ist eine Konsequenz daraus, dass bei der indirekten Stellvertretung die rechtliche Gestaltung und die wirtschaftliche Interessenlage auseinanderfallen.⁸⁰⁷ Hier greift Art. 401 OR – zumindest bis zu einem gewissen Grad – korrigierend ein. Indem Art. 401 OR nämlich dem indirekt Vertretenen in gewissen Fällen die direkte Durchsetzung seines Ablieferungsanspruchs ermöglicht, trägt die Norm zum Schutz des indirekt Vertretenen der wirtschaftlichen Realität Rechnung.⁸⁰⁸

Art. 401 OR lautet:

247

«1 Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist.

2 Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist.

3 Ebenso kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten, unter Vorbehalt der Retentionsrechte desselben, die beweglichen Sachen herausverlangen, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat.»

Durch die in Art. 401 Abs. 1, 2 OR vorgesehene Legalzession ist es dem indirekt Vertretenen möglich, unter bestimmten Voraussetzungen einen Übergang der Forderung aus dem Drittvertrag auf sich ohne Zutun des indirekten Stellvertreters herbeizuführen.⁸⁰⁹ Der indirekt Vertretene kann sich also auf diese Weise zum Gläubiger des Dritten machen und von ihm die Leistung verlangen. Hat der Dritte jedoch bereits an den indirekten Stellvertreter geleistet, so kommt eine Legalzession des Forderungsrechts auf Leistung des Dritten nicht mehr in Betracht.⁸¹⁰ Für diesen Fall gewährt Art. 401 Abs. 3 OR dem indirekt Vertretenen, im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den indirekten Stellvertreter, ein Aussonderungsrecht an den vom Dritten erworbenen

806 Vgl. BK-FELLMANN, N 23 zu Art. 401 OR; BK-GAUTSCHI, N 9a zu Art. 401 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 140 *in initio*.

807 BK-FELLMANN, N 30 zu Art. 401 OR; NEUNER, ATBGB, § 49 N 61.

808 Vgl. BK-FELLMANN, N 32 f. zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 591, N 614.

809 Vgl. BK-FELLMANN, N 13 zu Art. 401 OR.

810 Siehe vorne Rn. 246.

beweglichen Sachen. Der Schutz des indirekt Vertretenen ist bei dieser Variante der Erfüllung der Ablieferungsobligatio herabgesetzt, gilt das Aussonderungsrecht doch nur im Fall der Zwangsvollstreckung gegen den indirekten Stellvertreter (vgl. Art. 401 Abs. 3 OR). Ist der indirekte Stellvertreter hingegen schlicht nicht gewillt, die Leistung des Dritten auf den indirekt Vertretenen zu übertragen, so geniesst der indirekt Vertretene durch Art. 401 OR keinen besonderen Schutz.

2. Anwendungsbereich

- 249 Systematisch ist Art. 401 OR im Auftragsrecht verortet, wo die Norm eine Sonderregelung für die Auftragsausführung in indirekter Stellvertretung schafft. Darüber hinaus findet Art. 401 OR unbestrittenermassen aufgrund des Verweises in Art. 425 Abs. 2 OR auch auf den Kommissionsvertrag Anwendung.⁸¹¹ Umstritten ist hingegen die Frage, ob Art. 401 OR über das Auftragsrecht hinaus auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung anwendbar ist. Während die bundesgerichtliche Rechtsprechung und ein Teil der Doktrin Art. 401 OR als eine besondere Norm des Auftragsrechts ansehen,⁸¹² gehört Art. 401 OR nach Ansicht eines anderen Teils der Doktrin zum Recht der indirekten Stellvertretung.⁸¹³ Die Vertreter der letztgenannten Auffassung wenden Art. 401 OR daher – sei es direkt⁸¹⁴ oder analog⁸¹⁵ – auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung an. Unter Wertungsgesichtspunkten sei nämlich nicht nachvollziehbar, weshalb dem indirekt Vertretenen die Durchsetzung seiner Ablieferungsforderung nur im Auftragsrecht erleichtert werden soll.⁸¹⁶ Vielmehr rechtfertige es sich, dem indirekt Vertretenen den Schutz durch Art. 401 OR in allen Fällen indirekter Stellvertretung zu gewähren.⁸¹⁷

811 Statt vieler BSK-LENZ/VON PLANTA, N 6 zu Art. 425 OR.

812 BGE 124 III 350 E. 2a S. 352; BGE 122 III 361 E. 3a S. 364; BEILSTEIN, OR 401, S. 69 *in fine*; BK-FELLMANN, N 31 ff. zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 3 zu Art. 401 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 401 OR. Wohl auch BK-BECKER, N 1 zu Art. 401 OR; JOST, Übergang, S. 131 ff.

813 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 179 zu Art. 32 OR; BSK-OSER/WEBER, N 4 zu Art. 401 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 136; KOLLER, OR AT, N 21.08; PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 80 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4505; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 607 ff.

814 PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 80 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 607 ff., mit ausführlicher Begründung.

815 BSK-OSER/WEBER, N 4 zu Art. 401 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4505.

816 TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4505. Vgl. auch KOLLER, OR AT, N 21.08.

817 TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4505; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 607 ff.

Die Auffassung, wonach Art. 401 OR auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung direkt anwendbar ist,⁸¹⁸ verdient Zustimmung. Für die direkte Anwendbarkeit von Art. 401 OR sprechen neben den bereits beschriebenen teleologischen Argumenten auch historische Überlegungen. Dazu im Einzelnen Folgendes:

- Art. 401 OR stimmt inhaltlich mit Art. 399 aOR überein.⁸¹⁹ Eine ähnliche Bestimmung ist bereits in den Regelungen zum Kommissionsvertrag im definitiven Entwurf Munzingers zu einem Schweizerischen Handelsgesetzbuch aus dem Jahre 1864 (E¹⁸⁶⁴) enthalten. Der einschlägige Art. 264 E¹⁸⁶⁴ lautet dabei wie folgt: *«Forderungen aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen. Jedoch gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältniss zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten [...]»*. Zum Schutz des Kommittenten wird hier eine Vorausabtretung der Forderung an den Kommittenten im Verhältnis zum Kommissionär sowie zu dessen Gläubigern fingiert. Eine eigentliche Legalzession sah der E¹⁸⁶⁴ aber noch nicht vor. Diese im Entwurf eines Schweizerischen Handelsgesetzbuchs vorgeschlagene Regelung fand in die ersten beiden Entwürfe zum aOR aus den Jahren 1871 bzw. 1875 keinen Eingang. Erst der Kommissions-Entwurf von 1877 (E³) greift den Gedanken des Art. 264 E¹⁸⁶⁴ auf und ergänzte den Entwurf von 1875 durch die Art. 457a und Art. 457b E³.⁸²⁰ Durch diese beiden Bestimmungen waren

818 Siehe vorne Rn. 249.

819 Art. 399 aOR lautet wie folgt:

«Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen dieselben auf den Auftraggeber über, sobald der letztere seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältniss nachgekommen ist. Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Concurse gefallen ist. Ebenso kann der Auftraggeber im Concurse des Beauftragten die beweglichen Sachen herausverlangen, welche letzterer in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers, zu Eigentum erworben hat; doch darf die Masse allfällige Retentionsrechte des Beauftragten geltend machen».

820 Art. 457a E³ lautet wie folgt:

«Wenn ein Beauftragter in seinem eigenen Namen Dritten gegenüber gehandelt hat, so wird er diesen Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Auftraggeber und den Dritten entstehen aus solchen Handlungen keine Rechte und Pflichten».

Art. 457b E³:

«Es kann jedoch der Auftraggeber, sofern er seinerseits allen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist, von dem Beauftragten, welcher in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers Dritten gegenüber gehandelt hat, die Abtretung der Forderungsrechte gegen diese Dritten verlangen. Kommt der Beauftragte in Konkurs,

nun ausdrücklich ein Anspruch des Auftraggebers auf Abtretung von Forderungsrechten sowie ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Beauftragten vorgesehen. Auffällig ist, dass diese Regelung nicht mehr auf das Kommissionsrecht beschränkt ist, sondern alle Fälle erfasst, in denen der Auftrag in indirekter Stellvertretung erfüllt wird. Der darauffolgende Entwurf von 1879 (E⁴) verfeinerte sodann das in Art. 457b E³ vorgesehene Recht des Auftraggebers, vom Beauftragten die Zession der gegen den Dritten gerichteten Forderung zu verlangen, durch eine Legalzession.⁸²¹ Dieser Entwurf mündete inhaltlich weitgehend unverändert in Art. 399 aOR.

252

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Regelung im E³ und später in Art. 399 aOR im Auftragsrecht verankert hat, offenbart seinen Willen, den indirekt Vertretenen über den Spezialfall der Kommission hinaus zu schützen.⁸²² Dass dieser Verallgemeinerungsgedanke auf das Auftragsrecht beschränkt blieb, ist wohl eine Konsequenz der zum damaligen Zeitpunkt verbreiteten Assoziation von Auftrag und Stellvertretung.⁸²³ Aus historischer Perspektive spricht meines Erachtens nichts dagegen, den Anwendungsbereich von Art. 401 OR auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung zu erstrecken.

bevor eine solche Abtretung stattgefunden hat, so kann der Auftraggeber gegen Erfüllung aller ihm etwa noch obliegenden Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnisse von der Massaverwaltung verlangen, dass die für seine Rechnung erworbenen Forderungsrechte des Beauftragten aus der Masse ausgeschieden und ihm zur Geltendmachung für seine alleinige Rechnung überlassen werden. Auch kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten die beweglichen Sachen, welche der Beauftragte in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers in Besitz genommen hatte, als Eigentum in Anspruch nehmen und zwar selbst dann, wenn die nach Art. 204, Absatz 1, erforderliche Anzeige noch nicht stattgefunden hatte. Etwaige Retentions- oder Pfandrechte des Beauftragten an diesen Sachen (Art. 211 bis 230) bleiben der Masse vorbehalten».

821 Art. 406 E⁴:

«Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen dieselben auf den Auftraggeber über (Art. 203), sobald der letztere seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnisse nachgekommen ist. Dieses gilt auch gegenüber der Masse, wenn der Beauftragte in Konkurs gefallen ist. Ebenso kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten die beweglichen Sachen vindizieren, welche letzterer in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers, zu Eigentum erworben hat. Allfällige Retentions- oder Pfandrechte des Beauftragten bleiben der Masse vorbehalten».

822 BK-FELLMANN, N 14 zu Art. 401 OR; JOST, Übergang, S. 131.

823 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 609. Zwar war bereits im Zeitpunkt der Entstehung des aOR die Trennung zwischen «Vollmacht» und «Auftrag» bekannt (vgl. LABAND, Stellvertretung, S. 203 ff.), doch wurde die Thematik der Stellvertretung häufig in Zusammenhang mit dem Auftrag gestellt.

- Auch teleologische Überlegungen sprechen gewichtig dafür, Art. 401 OR 253 als eine Norm der indirekten Stellvertretung zu begreifen. Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Schutz des indirekt Vertretenen von der rechtlichen Qualifikation des Grundverhältnisses abhängen sollte.⁸²⁴ Der Ansicht, wonach Art. 401 OR aufgrund seiner *ratio legis* zum Recht der indirekten Stellvertretung gehört, ist also zuzustimmen.⁸²⁵

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 401 OR immer dann anwendbar ist, 254 wenn die Qualifikationsmerkmale für ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung erfüllt sind. Der Anwendungsbereich von Art. 401 OR ist also nicht auf das Auftragsrecht beschränkt.

3. Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR

a. Rechtsnatur

Art. 401 Abs. 1 OR sieht eine Legalzession der Forderungsrechte aus dem Dritt- 255 vertrag auf den indirekt Vertretenen vor. Zum Forderungsübergang kommt es aufgrund des Vorliegens eines bestimmten gesetzlichen Tatbestands.⁸²⁶ Im Unterschied zur rechtsgeschäftlichen Zession tritt der Forderungsübergang hier also unabhängig vom Willen des Gläubigers ein.⁸²⁷ In ihren Wirkungen unterscheiden sich die rechtsgeschäftliche Zession und die Legalzession hingegen nicht voneinander.⁸²⁸ In beiden Fällen findet ein Gläubigerwechsel statt. Auf die Legalzession sind daher die Bestimmungen der Art. 164 ff. OR weitgehend anwendbar.⁸²⁹

In der Literatur wird der Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR 256 häufig als Fall einer *Subrogation* qualifiziert.⁸³⁰ Dies ist unzutreffend. Bei der Subrogation tritt ein «*Dritter*», der den Forderungsgläubiger anstelle des Schuldners befriedigt, in dessen Rechtsstellung ein.⁸³¹ Der «*leistende Dritte*»

824 Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 136.

825 Siehe vorne Rn. 249.

826 CHK-REETZ/BURRI, N 2 zu Art. 166 OR; ZK-SPIRIG, N 6 zu Art. 166 OR.

827 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 166 OR; CHK-REETZ/BURRI, N 2 zu Art. 166 OR.

828 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 166 OR; CR-PROBST, N 6 zu Art. 166 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3553.

829 BGE 130 III 312 E. 5.2 S. 316; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 5 zu Art. 166 OR; CHK-REETZ/BURRI, N 16 zu Art. 166 OR; CR-PROBST, N 2 zu Art. 166 OR.

830 BK-FELLMANN, N 10 zu Art. 401 OR; BK-GAUTSCHI, N 22 ff. zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 10 zu Art. 401 OR; ENGEL, traité, S. 613; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 133 *in fine*, S. 134 *in initio*; HUGUENIN, AT/BT, N 1379; JOST, Übergang, S. 136; KuKo-SCHALLER, N 1 zu Art. 401 OR.

831 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2054; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 7.32.

wird also neuer Gläubiger der gegen den Schuldner gerichteten Forderung.⁸³² Damit wird klar, dass die Legalzession in Art. 401 Abs. 1 OR eben kein Anwendungsfall einer Subrogation ist, ist die Forderung, die der indirekt Vertretene erfüllt, doch nicht deckungsgleich mit der Forderung, die er anschliessend erwirbt.⁸³³ Voraussetzung der Legalzession ist nämlich, dass der indirekt Vertretene all seine Verpflichtungen aus dem Grundverhältnis gegenüber dem indirekten Stellvertreter erfüllt (vgl. Art. 401 Abs. 1 OR). Erfüllt werden also die Forderungen, die dem indirekten Stellvertreter gegenüber dem indirekt Vertretenen zustehen. Daraufhin erwirbt der indirekt Vertretene die Forderung des indirekten Stellvertreters gegen den Dritten. Von einer Subrogation kann hier also nicht die Rede sein.

b. Voraussetzungen

257 Wie bereits bemerkt, unterscheidet sich die Legalzession von der rechtsgeschäftlichen Zession dadurch, dass sie ohne schriftliche Abtretungserklärung erfolgt.⁸³⁴ Mangels besonderer Vorschriften sind im Übrigen die allgemeinen Bestimmungen über die (rechtsgeschäftliche) Zession anwendbar.⁸³⁵ Gegenstand der Legalzession können folglich nur Forderungen sein, die auch einer Abtretung im Sinne von Art. 164 ff. OR zugänglich sind.⁸³⁶ Gemeint sind damit isolierte subjektive Rechte, die auf eine *bestimmte* Leistung des Schuldners gerichtet sind.⁸³⁷ Im Vordergrund steht hier das auf Primärleistung des Dritten gerichtete Forderungsrecht des indirekten Stellvertreters aus dem Drittvertrag. Dieses kann aber nur so lange Gegenstand der Legalzession sein, wie es nicht durch Erfüllung des Dritten untergegangen ist.⁸³⁸ Nicht auf den indirekt Vertretenen übergehen können hingegen die sich aus dem Drittvertrag ergebenden Gestaltungsrechte.⁸³⁹

258 Damit der zum Forderungsübergang führende gesetzliche Tatbestand in Art. 401 Abs. 1 OR erfüllt ist, muss der indirekt Vertretene allen Verbindlichkeiten aus dem Grundverhältnis nachgekommen sein. Um welche Verbindlichkeiten es sich hierbei genau handelt, hängt zum einen von der rechtlichen

832 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2062 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 7.32.

833 So bereits ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 578.

834 Siehe vorne Rn. 255.

835 BK-FELLMANN, N 16 zu Art. 401 OR; sowie die Nachweise vorne in Fn. 829.

836 BK-FELLMANN, N 16 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 5 zu Art. 401 OR.

837 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3422 ff.; ZK-SPIRIG, N 9 ff. zu Art. 164 OR, beide m.w.H.

838 Siehe vorne Rn. 246.

839 Vgl. CR-PROBST, N 22 zu Art. 164 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3424; ZK-SPIRIG, N 176 zu Art. 164 OR. A.A. wohl SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 90.21.

Qualifikation des Grundverhältnisses ab und zum anderen von den konkreten Vereinbarungen, die zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen getroffen wurden.⁸⁴⁰ Auf jeden Fall hat der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm alle im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Pflichten vernünftigerweise erbrachten Auslagen zu ersetzen.⁸⁴¹ Der Befreiungs- und der Auslagenersatzanspruch zählen also stets zu den Verbindlichkeiten, denen der indirekt Vertretene im Rahmen von Art. 401 Abs. 1 OR nachkommen muss.⁸⁴² Des Weiteren hat der indirekt Vertretene dem indirekten Stellvertreter auch einen allfälligen in Erfüllung seiner Pflichten entstandenen Schaden zu ersetzen.⁸⁴³ Sofern zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen ein Honorar vereinbart wurde, hat der indirekt Vertretene auch dieses im Rahmen von Art. 401 Abs. 1 OR zu entrichten.⁸⁴⁴

Zwar dient der Umstand, dass der Forderungsübergang von der Erfüllung aller Verbindlichkeiten des indirekt Vertretenen aus dem Grundverhältnis abhängig gemacht wird, berechtigterweise dem Schutz der Interessen des indirekten Stellvertreters,⁸⁴⁵ doch birgt diese Regelung für den indirekt Vertretenen das Risiko, dass sich dessen mit Art. 401 Abs. 1 OR angestrebte Besserstellung als nutzlos erweist. Schliesslich kann der in Art. 401 Abs. 1 OR vorgesehene Forderungsübergang so lange nicht stattfinden, als zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter Streit über den Umfang der Leistungspflicht des indirekt Vertretenen herrscht.⁸⁴⁶ Der indirekte Stellvertreter könnte also den Forderungsübergang durch Geltendmachung übersetzter Ansprüche vereiteln.⁸⁴⁷

Zur Behebung dieser unbefriedigenden Situation schlagen GAUTSCHI und FELLMANN vor, dem indirekt Vertretenen das Recht zuzugestehen, seinen Verbindlichkeiten durch gerichtliche Hinterlegung nachzukommen.⁸⁴⁸ In diesem Fall würden die Forderungsrechte aus dem Drittvertrag mit der

840 Vgl. BK-FELLMANN, N 39 zu Art. 401 OR.

841 Vgl. BK-FELLMANN, N 39 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 638 ff.

842 Vgl. vorne Rn. 206.

843 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 642 ff. Vgl. auch BK-FELLMANN, N 40 zu Art. 401 OR; JOST, *Übergang*, S. 136.

844 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 649. Vgl. auch BK-FELLMANN, N 41 zu Art. 401 OR; JOST, *Übergang*, S. 136.

845 Vgl. BK-BECKER, N 3 zu Art. 401 OR.

846 ARMBRÜSTER, *Drittschäden*, S. 81; ARMBRÜSTER, *vertragliche Haftung*, S. 88; VON GRAFFENRIED, *Schadloshaltung*, N 668.

847 So explizit BK-FELLMANN, N 46 zu Art. 401 OR.

848 Ausführlich BK-FELLMANN, N 46 ff. zu Art. 401 OR; BK-GAUTSCHI, N 23 ff. zu Art. 401 OR. Ihnen folgend CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 9 zu Art. 401 OR.

gerichtlichen Hinterlegung des streitigen Betrags auf den indirekt Vertretenen übergehen.⁸⁴⁹ Dieser Ansatz ist begrüssenswert. Allerdings wurde die Möglichkeit einer gerichtlichen Hinterlegung vom Gesetzgeber nicht vorgesehen und von der Praxis bisher (noch) nicht anerkannt, sodass der in Art. 401 Abs. 1 OR statuierte «*automatische Forderungsübergang*» wohl bis zu einem gewissen Grad vom Willen des indirekten Stellvertreters abhängen dürfte.

c. Wirkungen

aa. Allgemein

- 261 Sind die Voraussetzungen von Art. 401 Abs. 1 OR erfüllt, so gehen die Forderungsrechte aus dem Drittvertrag auf den indirekt Vertretenen über, und zwar dergestalt, wie sie beim indirekten Stellvertreter bestanden, d.h. mit allen Vorzugs- und Nebenrechten, aber auch mit allen ihnen anhaftenden Einreden.⁸⁵⁰ Der Forderungsübergang vollzieht sich dabei «*automatisch*» in dem Moment, in dem der indirekt Vertretene seine Verbindlichkeiten erfüllt.⁸⁵¹
- 262 Art. 401 OR ist eine dispositive Bestimmung.⁸⁵² Dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen steht es also frei, den Forderungsübergang auszuschliessen oder anderweitig zu modifizieren.⁸⁵³ So können die Parteien etwa den Zeitpunkt des Forderungsübergangs hinausschieben. Gerade wenn die Forderung für eine gewisse Dauer beim indirekten Stellvertreter verbleiben soll, der indirekt Vertretene aber seine Verpflichtungen bereits zeitlich eher erfüllt, ist eine entsprechende Abrede angezeigt.⁸⁵⁴

bb. Stellung des Dritten

- 263 Infolge des Forderungsübergangs auf den indirekt Vertretenen sieht sich der Dritte mit einem neuen Gläubiger konfrontiert, in dessen Person die forderungsbegründenden Voraussetzungen nicht verwirklicht wurden.⁸⁵⁵ Wie bei der rechtsgeschäftlichen Zession gilt auch beim Forderungsübergang nach Art. 401 Abs. 1 OR das Gebot, wonach die Stellung des Schuldners dadurch nicht verschlechtert werden darf.⁸⁵⁶ Der Dritte kann daher sämtliche Einreden

849 BK-FELLMANN, N 46 zu Art. 401 OR.

850 BGE 130 III 312 E. 5.2 S. 316; BK-FELLMANN, N 60 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 11 zu Art. 401 OR.

851 BK-FELLMANN, N 66 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 10 zu Art. 401 OR.

852 Z.B. BK-FELLMANN, N 62 ff. zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 21 zu Art. 401 OR.

853 Vgl. BK-FELLMANN, N 65 zu Art. 401 OR.

854 BK-FELLMANN, N 63 zu Art. 401 OR, m.w.H.

855 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 560.

856 BK-FELLMANN, N 69 zu Art. 401 OR; BUCHER, OR AT, S. 560. Vgl. auch ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 167-169 OR, N 1.

aus dem Drittvertrag auch gegen den indirekt Vertretenen geltend machen.⁸⁵⁷ Damit der Forderungsübergang gegenüber dem Dritten wirksam ist, bedarf es dessen Notifikation.⁸⁵⁸ Solange also der Forderungsübergang dem Dritten nicht angezeigt wurde, kann dieser mit befreiender Wirkung an den indirekten Stellvertreter leisten (vgl. Art. 167 OR).

Wie bereits bemerkt, bleiben dem Dritten gemäss Art. 169 Abs. 1 OR alle Einreden und Einwendungen⁸⁵⁹ aus dem Schuldverhältnis zum indirekten Stellvertreter erhalten. Zu diesen Einwendungen gehört auch das Recht zur Verrechnung mit Gegenforderungen gegen den indirekten Stellvertreter.⁸⁶⁰ Dieses Verrechnungsrecht kann grundsätzlich auch dem indirekt Vertretenen entgegeng gehalten werden, auf den die Forderung gemäss Art. 401 Abs. 1 OR übergegangen ist, und zwar für sämtliche Forderungen des Dritten gegen den indirekten Stellvertreter unabhängig von deren Entstehungsgrund.⁸⁶¹

Im Treuhandrecht gewähren die Rechtsprechung⁸⁶² und die Lehre⁸⁶³ das Verrechnungsrecht hingegen nur dem gutgläubigen Dritten, der nicht wusste, dass sein Gläubiger als Treuhänder fungiert. Dies gilt nach Ansicht von ZELLWEGER-GUTKNECHT auch für die Kommission und damit wohl für alle Fälle indirekter Stellvertretung.⁸⁶⁴ Ist der Dritte darüber im Bilde, dass sein Vertragspartner als Kommissionär auftritt, so sei ihm das Verrechnungsrecht zu verweigern.⁸⁶⁵

Nach der hier vertretenen Auffassung darf dem Dritten – unabhängig davon, ob er von der indirekten Stellvertretung wusste oder nicht – das Verrechnungsrecht nicht versagt werden. Denn dies wäre unvereinbar mit dem Grundsatz, wonach der Forderungsübergang zu keiner Verschlechterung der Stellung des Schuldners führen darf.⁸⁶⁶ Dem Dritten muss also die Möglichkeit offen stehen, die auf den indirekt Vertretenen übergegangene Forderung mit Gegenforderungen gegen den indirekten Stellvertreter zu verrechnen.

857 Vgl. etwa BK-FELLMANN, N 70 zu Art. 401 OR.

858 BK-FELLMANN, N 71 zu Art. 401 OR; JOST, Übergang, S. 138; MERZ, Legalzession, S. 463; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 8 zu Art. 401 OR.

859 Insofern ist der Wortlaut von Art. 169 Abs. 1 OR ungenau. Siehe auch BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 4 zu Art. 169 OR.

860 Vgl. BGE 130 III 312 E. 5.2 S. 316; BSK-OSER/WEBER, N 11 zu Art. 401 OR; CR-WERRO, N 15 zu Art. 401 OR.

861 Vgl. BGE 130 III 312 E. 5.2 S. 316 *in fine*, S. 317 *in initio*.

862 BGE 130 III 312 E. 5.2 S. 317.

863 BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 191 zu Art. 120 OR; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, contracts, N 1901; WATTER, Treuhand, S. 229.

864 BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 192 zu Art. 120 OR.

865 BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 192 zu Art. 120 OR.

866 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 671.

Dies gilt selbstverständlich in allen Fällen indirekter Stellvertretung, d.h. auch im Überschneidungsbereich von indirekter Stellvertretung und Verwaltungstreuhand.⁸⁶⁷ Freilich birgt dies für den indirekt Vertretenen das Risiko, dass er die dem Dritten geschuldete Leistung «*doppelt*» erbringen muss.⁸⁶⁸ Hat nämlich der indirekt Vertretene dem indirekten Stellvertreter einen Vorschuss gegeben, der indirekte Stellvertreter diesen Vorschuss aber nicht zur Befriedigung des Dritten eingesetzt, so kann der Dritte seine Forderung gegenüber dem indirekten Stellvertreter mit der Forderung verrechnen, die der indirekt Vertretene vom indirekten Stellvertreter erworben hat.⁸⁶⁹ Dieses Risiko hat der indirekt Vertretene zu tragen. Dem indirekt Vertretenen verbleibt hier nur die Möglichkeit, gerichtlich gegen den indirekten Stellvertreter vorzugehen.⁸⁷⁰

4. Legalzession im Zwangsvollstreckungsrecht (Art. 401 Abs. 2 OR)

a. Anwendungsbereich

267 Gemäss Art. 401 Abs. 2 OR gilt für Forderungen auch im Konkurs des indirekten Stellvertreters die Regelung von Art. 401 Abs. 1 OR, es kommt also ebenfalls zur Legalzession. Art. 401 Abs. 2 OR privilegiert demnach den indirekt Vertretenen im Zwangsvollstreckungsrecht.⁸⁷¹ Nach dem Gesetzeswortlaut greift der Forderungsübergang nur im Konkurs des indirekten Stellvertreters. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs ist aber anerkannt, dass die Privilegien in Art. 401 Abs. 2 OR – und auch jene in Art. 401 Abs. 3 OR – nicht auf den Fall des Konkurses des indirekten Stellvertreters beschränkt sind, sondern das Vorzugsrecht des indirekt Vertretenen vielmehr auch bei Pfändung, Arrestlegung und im Nachlassvertrag zur Anwendung gelangt.⁸⁷² Folglich ist Art. 401 Abs. 2 OR im gesamten Zwangsvollstreckungsrecht anwendbar.

867 Siehe vorne Rn. 163 ff.

868 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 671.

869 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 671.

870 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 671.

871 Vgl. BK-FELLMANN, N 86 zu Art. 401 OR.

872 BGE 122 III 361 E. 3a S. 364 [Nachlassvertrag]; BK-FELLMANN, N 133 zu Art. 401 OR, m.w.H.; BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 12 zu Art. 401 OR; CR-WERRO, N 7 zu Art. 401 OR; HELG, *placement*, S. 260 *in fine*; KuKo-SCHALLER, N 5 zu Art. 401 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 141 *in fine*, S. 142 *in initio*; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 4515. A.A. TSCHUMY, *revendication*, N 342.

b. Besonderheiten im Vergleich zu Art. 401 Abs. 1 OR

aa. Allgemein

Grundsätzlich sind die Voraussetzungen der Legalzession in Art. 401 Abs. 2 OR 268 dieselben wie in Art. 401 Abs. 1 OR. Der einzige Unterschied zu Art. 401 Abs. 1 OR besteht darin, dass der indirekt Vertretene im Konkurs des indirekten Stellvertreters nicht an diesen leisten darf, sondern seine Verbindlichkeiten aus dem Grundverhältnis gegenüber der Konkursmasse tilgen muss.⁸⁷³ Im Übrigen sei auf die Ausführungen zu Art. 401 Abs. 1 OR verwiesen.⁸⁷⁴

bb. Gegenstand – Forderungen gegen Vierte

Fraglich ist, ob Art. 401 Abs. 2 OR auch für Forderungen gilt, die der Dritte als 269 Gegenleistung aus dem Drittvertrag auf den indirekten Stellvertreter überträgt. In der Literatur wird diese Frage nur ganz vereinzelt – und zwar bereits bei der Diskussion von Art. 401 Abs. 1 OR – angesprochen und dann kontrovers beantwortet.⁸⁷⁵ Den Befürwortern dieser Auffassung zufolge wollte der Gesetzgeber mit dem Ausdruck «gegen Dritte» (Art. 401 Abs. 1 OR) den Anwendungsbereich der Legalzession nicht gegen diese Konstellation abgrenzen, sondern vielmehr alle Forderungen erfassen, die sich gegen Aussenstehende, nicht am Auftragsverhältnis Beteiligte richten.⁸⁷⁶ Daher bestehe kein Anlass, die Legalzession nicht auch auf Forderungen auszudehnen, die der Beauftragte vom Dritten gegen einen Vierten erwirbt.⁸⁷⁷ Zumal hierfür ein gewisses Bedürfnis existiere.⁸⁷⁸

Bevor zur soeben aufgeworfenen Frage Stellung genommen werden kann, 270 muss zunächst erklärt werden, weshalb Forderungen gegen Vierte nach der hier vertretenen Ansicht nur Gegenstand der Legalzession nach Art. 401 Abs. 2 OR sein können, nicht aber unter Art. 401 Abs. 1 OR fallen. Die Legalzession auch ausserhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens bei Forderungen gegen Vierte zuzulassen, würde nämlich zu einem Wertungswiderspruch innerhalb von Art. 401 OR führen. Forderungen gegen Vierte stellen die Gegenleistung des Dritten aus dem Drittvertrag dar.⁸⁷⁹ Überträgt also der Dritte eine Forderung

873 BK-FELLMANN, N95 zu Art. 401 OR. Vgl. auch BK-GAUTSCHI, N25c zu Art. 401 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N7 zu Art. 401 OR.

874 Siehe vorne Rn. 257 ff.

875 Zum Meinungsstand: Dafür BK-FELLMANN, N24 f. zu Art. 401 OR; FRIEDRICH, Auftragsrecht, S. 470 f. Dagegen: JOST, Übergang, S. 134 f.

876 BK-FELLMANN, N25 zu Art. 401 OR.

877 BK-FELLMANN, N25 zu Art. 401 OR.

878 FRIEDRICH, Auftragsrecht, S. 471.

879 Vgl. BK-FELLMANN, N24 zu Art. 401 OR; FRIEDRICH, Auftragsrecht, S. 470.

gegen einen Vierten auf den indirekten Stellvertreter, so hat der Dritte seine Pflicht aus dem Drittvertrag erfüllt. Der indirekte Stellvertreter hat seiner Ablieferungspflicht aus dem Grundverhältnis nun durch Weiterübertragung der Forderung auf den indirekt Vertretenen nachzukommen.⁸⁸⁰ Damit stehen die gegen Vierte gerichteten Forderungen wertungsmässig den beweglichen Sachen gleich, bei denen der Gesetzgeber aber nur im Zwangsvollstreckungsverfahren einen Schutz des indirekt Vertretenen vorsieht (vgl. Art. 401 Abs. 3 OR).⁸⁸¹ Nichts anderes darf meines Erachtens für die gegen Vierte gerichteten Forderungen gelten.

271 Die Frage, ob auch gegen Vierte gerichtete Forderungen Gegenstand von Art. 401 Abs. 2 OR sein können, ist zu bejahen. Aus teleologischer Sicht ist nicht einzusehen, weshalb der Schutz des indirekt Vertretenen, wenn der Dritte seine Leistung an den indirekten Stellvertreter erbracht hat, auf die Aussonderung beweglicher Sachen beschränkt sein sollte, dient Art. 401 OR doch dazu, dem indirekt Vertretenen die Erfüllung seiner Ablieferungsforderung aus dem Grundverhältnis zu ermöglichen.⁸⁸² Einer solchen Interpretation von Art. 401 Abs. 2 OR steht dabei weder der Wortlaut der Bestimmung noch der Wille des Gesetzgebers entgegen.⁸⁸³ Es ist daher angezeigt, dem teleologischen Argument zum Durchbruch zu verhelfen und im Zwangsvollstreckungsverfahren die Legalzession auch von gegen Vierte gerichteten Forderungen zuzulassen.

272 Im Übrigen sei auf Folgendes hingewiesen: Der Schutz von gegen Vierte gerichteten Forderungen im Fall der Zwangsvollstreckung gegen den indirekten Stellvertreter ist von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur zumindest bei Buchgeld bereits anerkannt,⁸⁸⁴ wobei der Anspruch des indirekt Vertretenen häufig fälschlicherweise auf Art. 401 Abs. 3 OR abgestützt wird.⁸⁸⁵ Bei Buchgeld handelt es sich aber nicht um eine bewegliche Sache, sondern um eine gegen die Bank – mithin gegen einen Vierten – gerichtete Forderung, die korrekterweise der Legalzession nach Art. 401 Abs. 2 OR unterstehen muss.⁸⁸⁶ Damit die Legalzession greifen kann, müssen die Gelder

880 Vgl. vorne Rn. 205.

881 Vgl. JOST, Übergang, S. 134 *in fine*, S. 135 *in initio*.

882 Vgl. vorne Rn. 245 ff.

883 Vgl. BK-FELLMANN, N 25 zu Art. 401 OR.

884 Vgl. BGE 102 II 103 E. II.4, II.5 S. 110; BGE 102 II 297 E. 3 S. 302 ff.; CR-WERRO, N 12 ff. zu Art. 401 OR; BK-FELLMANN, N 108 zu Art. 401 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4509.

885 BGE 102 II 297 E. 3 S. 302 ff.

886 Vgl. CR-WERRO, N 14 zu Art. 401 OR, der das Buchgeld zu Unrecht Art. 401 Abs. 1 OR unterstellt.

genügend individualisiert sein.⁸⁸⁷ Während das Bundesgericht hierfür verlangt, dass sich das Geld auf einem auf den Namen des Auftraggebers lautenden Konto befindet,⁸⁸⁸ genügt es nach Ansicht der Lehre, wenn das Konto eigens für den Zweck errichtet wurde, die vom Dritten stammenden Gelder aufzubewahren.⁸⁸⁹ Letztere Ansicht verdient Zustimmung. Lautet das Konto nämlich bereits auf den Namen des indirekt Vertretenen, so stellt sich die Frage nach der Aussonderung nicht.⁸⁹⁰

5. Aussonderung nach Art. 401 Abs. 3 OR

a. Voraussetzungen

Gemäss Art. 401 Abs. 3 OR «[...] kann der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten, unter Vorbehalt der Retentionsrechte desselben, die beweglichen Sachen herausverlangen, die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat». Ist der Dritte seiner Leistungspflicht aus dem Drittvertrag durch Übertragung einer beweglichen Sache auf den indirekten Stellvertreter nachgekommen, so erwirbt der indirekte Stellvertreter immer zunächst das Eigentum daran.⁸⁹¹ In Erfüllung seiner Ablieferungspflicht aus dem Grundverhältnis hat der indirekte Stellvertreter mittels eines zweiten Übertragungsaktes den indirekt Vertretenen zum Eigentümer der Sache zu machen.⁸⁹² Zum Schutz des indirekt Vertretenen gewährt ihm Art. 401 Abs. 3 OR bezüglich beweglicher Sachen ein Aussonderungsrecht, das entgegen dem Wortlaut nicht auf den Fall des Konkurses beschränkt ist, sondern auch bei Pfändung, Arrestlegung und im Nachlassvertrag gilt.⁸⁹³ Anders als beim Übergang der Forderung auf Primärleistung aus dem Drittvertrag nach Art. 401 Abs. 1, 2 OR erfolgt der Eigentumsübergang auf den indirekt Vertretenen hier nicht von Gesetzes wegen mit Erfüllung aller Verbindlichkeiten.⁸⁹⁴ Zudem ist der Schutz des indirekt Vertretenen nur im Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den indirekten Stellvertreter gegeben.

Voraussetzung für den Aussonderungsanspruch nach Art. 401 Abs. 3 OR ist zunächst das Vorliegen einer beweglichen Sache. Gemeint sind damit alle

887 Statt vieler CR-WERRO, N11 ff. zu Art. 401 OR.

888 BGE 99 II 393 E. 7 S. 398; BGE 102 II 297 E. 3a S. 303.

889 BK-FELLMANN, N110 zu Art. 401 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 140 *in fine*, S. 141 *in initio*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 695.

890 BK-FELLMANN, N110 zu Art. 401 OR, m.w.H.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 140 *in fine*.

891 Siehe hinten Rn. 517 ff., insbesondere auch Rn. 536 ff.

892 Siehe hinten Rn. 517 ff.

893 Siehe die Nachweise vorne in Fn. 872.

894 BK-FELLMANN, N97 zu Art. 401 OR.

Gegenstände, an denen Fahrniseigentum begründet werden kann.⁸⁹⁵ Der Aussonderungsanspruch nach Art. 401 Abs. 3 OR erstreckt sich damit auch auf Wertpapiere.⁸⁹⁶ Von entscheidender Bedeutung für die Möglichkeit der Aussonderung ist, dass die auszusondernde Sache genügend bestimmt ist. An die Individualisierung sind strenge Anforderungen zu stellen.⁸⁹⁷ So hat der indirekt Vertretene nachzuweisen, dass der indirekte Stellvertreter die auszusondernde Sache in Erfüllung seiner Pflichten aus dem Grundverhältnis vom Dritten erworben hat und die Sache mit der seinerzeit erworbenen identisch ist.⁸⁹⁸ Das Erfordernis der genügenden Individualisierung bereitet besonders bei Bargeld Schwierigkeiten, sodass eine Aussonderung hier häufig ausscheidet. Nur wenn der indirekte Stellvertreter das vom Dritten stammende Bargeld von seinen eigenen Mitteln getrennt aufbewahrt, ist es einer Aussonderung nach Art. 401 Abs. 3 OR zugänglich.⁸⁹⁹ Nicht unter Art. 401 Abs. 3 OR fällt Buchgeld, handelt es sich hierbei doch nicht um eine bewegliche Sache, sondern um eine gegen einen Vierten (Bank) gerichtete Forderung.⁹⁰⁰ Schliesslich setzt das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR voraus, dass der indirekt Vertretene all seinen Pflichten aus dem Grundverhältnis nachgekommen ist.⁹⁰¹ Hierfür sei auf die Ausführungen zu Art. 401 Abs. 1 OR verwiesen.⁹⁰²

b. Erstreckung auf Immobilien?

275 Das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR ist auf bewegliche Sachen beschränkt. Grundstücke sind *de lege lata* einer Aussonderung durch den indirekt Vertretenen nicht zugänglich.⁹⁰³ Erwirbt also der indirekte Stellvertreter vom Dritten ein Grundstück zu Eigentum, so wird der indirekt Vertretene im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht geschützt.

276 Im rechtswissenschaftlichen Diskurs ist die Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung von Mobilien und Immobilien umstritten.⁹⁰⁴ So befürworten

895 So explizit BK-FELLMANN, N 102 zu Art. 401 OR.

896 BK-GAUTSCHI, N 26a zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 7 zu Art. 401 OR.

897 BK-FELLMANN, N 106 zu Art. 401 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 141.

898 BK-FELLMANN, N 106 zu Art. 401 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 15 zu Art. 401 OR.

899 BK-FELLMANN, N 108 zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 16 zu Art. 401 OR; CR-WERRO, N 12 *in initio* zu Art. 401 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 140. Vgl. BK-GAUTSCHI, N 8c zu Art. 401 OR.

900 Siehe vorne Rn. 272.

901 Diese Voraussetzung ergibt sich aus dem Verweis auf Art. 401 Abs. 2 OR («*Ebenso kann [...]»*), der seinerseits auf Art. 401 Abs. 1 OR verweist («*Dieses gilt auch [...]»*).

902 Siehe vorne Rn. 258 ff.

903 Statt vieler BK-FELLMANN, N 103 zu Art. 401 OR.

904 Zum Meinungsstand: Für eine Aussonderung von Immobilien BK-FELLMANN, N 103 ff. zu Art. 401 OR; DROIN, *représentation indirecte*, S. 127 f.; NICKEL-SCHWEIZER, *fiduziarisches Eigentum*, S. 114; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 687 ff. Dagegen etwa BGE 112

einige Autoren *de lege ferenda* eine Ausdehnung des Aussonderungsrechts auf Grundstücke.⁹⁰⁵ Dem von den Gegnern einer solchen Ausdehnung angeführten Argument, wonach eine Aussonderung von Grundstücken mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs unvereinbar ist,⁹⁰⁶ halten die Befürworter entgegen, dass durch ein Aussonderungsrecht an Grundstücken die Rechtszuordnung keineswegs verändert werde, verschafft Art. 401 Abs. 3 OR dem indirekt Vertretenen doch nur einen obligatorischen Herausgabeanspruch.⁹⁰⁷ Mangels einer unmittelbaren Einwirkung auf die Eigentumszuordnung sollte Art. 401 Abs. 3 OR *de lege ferenda* auch für Grundstücke gelten.⁹⁰⁸ Diese Ansicht überzeugt. Schliesslich geht es beim öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht darum, die Zugehörigkeit des Grundstücks zur Haftungsmasse im Zwangsvollstreckungsverfahren zu garantieren.⁹⁰⁹ Obgleich mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, ist eine Aussonderung von Immobilien somit *de lege ferenda* zu befürworten.

c. Wirkungen

Art. 401 Abs. 3 OR verleiht dem indirekt Vertretenen einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der beweglichen Sache.⁹¹⁰ Auf die Rechtszugehörigkeit des Aussonderungsobjekts hingegen wirkt Art. 401 Abs. 3 OR nicht unmittelbar ein.⁹¹¹ Die vom Dritten stammende bewegliche Sache geht immer zunächst in das Eigentum des indirekten Stellvertreters über.⁹¹² Insofern handelt es sich bei Art. 401 Abs. 3 OR um ein irreguläres Aussonderungsrecht.⁹¹³

Irreführend ist in diesem Zusammenhang der von Art. 401 Abs. 3 OR vorgesehene Vorbehalt des Retentionsrechts des indirekten Stellvertreters.

III 90 E. 4c S. 96; BGE 99 II 393 E. 6 S. 397; BK-GAUTSCHI, N 6b zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 7 zu Art. 401 OR; CR-WERRO, N 8 zu Art. 401 OR; ERZER, Rechtsgeschäft, S. 161; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 72 *in initio*; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 215f. zu Art. 18 OR.

905 BK-FELLMANN, N 103 ff. zu Art. 401 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 127 f.; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 114; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 687 ff.

906 BGE 99 II 393 E. 6 S. 397; BSK-OSER/WEBER, N 7 zu Art. 401 OR; CR-WERRO, N 8 zu Art. 401 OR.

907 Vgl. NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 114; BK-FELLMANN, N 103 ff. i.V.m. N 97 zu Art. 401 OR.

908 Vgl. NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 114.

909 So bereits NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 114.

910 Z.B. BK-FELLMANN, N 131 zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 13 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 19 zu Art. 401 OR.

911 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 13 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 19 zu Art. 401 OR.

912 Mit ausführlicher Begründung hinten Rn. 517 ff., Rn. 536 ff.

913 BEILSTEIN, OR 401, S. 1; BK-FELLMANN, N 131 zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 2 zu Art. 401 OR.

Eigentlich soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass der indirekt Vertretene die Aussonderung nur dann verlangen kann, wenn er all seinen Verbindlichkeiten aus dem Grundverhältnis nachgekommen ist.⁹¹⁴ Um ein Retentionsrecht (i.e.S.) nach Art. 895 ZGB kann es sich hierbei aber nicht handeln, denn dieses setzt voraus, dass der Schuldner Eigentümer der Sache ist.⁹¹⁵ Vorliegend steht die bewegliche Sache aber nicht im Eigentum des indirekt Vertretenen und Schuldners der Verbindlichkeiten aus dem Grundverhältnis, sondern im Eigentum des indirekten Stellvertreters. Der Vorbehalt in Art. 401 Abs. 3 OR ist daher mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR) vergleichbar.⁹¹⁶

6. Anwendbarkeit von Art. 401 OR auf die Erwerbstreuhand

279 Bei der Erwerbstreuhand erwirbt der Treuhänder das Treugut von einem Dritten.⁹¹⁷ Zur Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 401 OR auf die Erwerbstreuhand sind zunächst zwei Punkte festzuhalten. *Erstens* kommt eine Anwendbarkeit von Art. 401 OR nur dann in Frage, wenn die mittelbare Treugutsbegründung zum Zwecke der Verwaltung im Interesse des Treugebers (Verwaltungstreuhand) erfolgt.⁹¹⁸ *Zweitens* stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 401 OR einzig dann, wenn der Treuhänder vom Dritten entweder gegen Vierte gerichtete Forderungen erwirbt oder bewegliche Sachen zu Eigentum übertragen erhält. Die blossе Begründung einer Erfüllungsforderung gegen den Dritten durch Vertragsabschluss ist nämlich kein Fall einer Erwerbstreuhand.⁹¹⁹ Auf die Erwerbstreuhand anwendbar können also nur die Rechte im Fall der Zwangsvollstreckung nach Art. 401 Abs. 2, 3 OR sein.⁹²⁰

280 Handelt es sich bei der Erwerbstreuhand zugleich um eine indirekte Stellvertretung,⁹²¹ so ist Art. 401 Abs. 2, 3 OR ohne Weiteres direkt anwendbar.⁹²² Wie bereits bemerkt, muss es aber bei der mittelbaren Treugutsbegründung (Erwerbstreuhand) nicht zwingend zu einer Überschneidung mit der indirekten

914 BK-FELLMANN, N 117 zu Art. 401 OR.

915 BEILSTEIN, OR 401, S. 71; BK-FELLMANN, N 118 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 18 zu Art. 401 OR.

916 BEILSTEIN, OR 401, S. 71; BK-FELLMANN, N 119 zu Art. 401 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 18 zu Art. 401 OR.

917 Siehe vorne Rn. 152.

918 Vgl. etwa RAPP, *fiducie*, S. 39 *in fine e contrario*; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 810.

919 Vgl. vorne Rn. 147f., Rn. 176.

920 A.A. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 838.

921 Siehe dazu vorne Rn. 176.

922 Ohne nähere Differenzierung nach der Überschneidung von Erwerbstreuhand und indirekter Stellvertretung ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 839.

Stellvertretung kommen.⁹²³ So kann die mittelbare Treugutsbegründung auch auf einen Vertrag zu Gunsten Dritter (Vertrag zu Gunsten des Treuhänders) zurückzuführen sein.⁹²⁴ Da es sich bei Art. 401 OR um eine Norm der indirekten Stellvertretung handelt,⁹²⁵ scheidet eine direkte Anwendbarkeit hier meines Erachtens aus. Vielmehr ist Art. 401 Abs. 2, 3 OR in diesem Fall vor dem Hintergrund der Ähnlichkeit der beiden Sachverhalte analog anwendbar.

§4 Nicht- oder Schlechterfüllung bei Abschluss des Drittvertrags

Beruhet die indirekte Stellvertretung auf einem Grundvertrag, so hat der indirekte Stellvertreter zwei Hauptleistungspflichten zu erfüllen. Er muss sich *erstens* durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten gemäss der Vereinbarung mit dem indirekt Vertretenen einen Leistungsanspruch verschaffen und *zweitens* die Leistung des Dritten dem indirekt Vertretenen zukommen lassen (Ablieferungspflicht).⁹²⁶ Während es bei der Erörterung von Art. 401 OR um die Erfüllung der Ablieferungspflicht ging,⁹²⁷ ist nachfolgend die Pflicht zum Abschluss des Drittvertrags näher zu betrachten.

Der indirekt Vertretene hat keinen unmittelbaren Einfluss auf die Gestaltung des Drittvertrags.⁹²⁸ Lediglich über die vertragliche Abrede mit dem indirekten Stellvertreter wirkt er mittelbar an der Gestaltung des Drittvertrags mit. Der indirekte Stellvertreter ist nämlich dazu verpflichtet, den Drittvertrag gemäss den Vereinbarungen mit dem indirekt Vertretenen sowie dessen Weisungen abzuschliessen.

Geht der indirekte Stellvertreter einen Vertrag mit einer Drittperson ein unter Missachtung von Vorgaben des indirekt Vertretenen, so stellt sich die Frage, ob er damit seine Pflicht aus dem Grundvertrag nicht oder schlecht erfüllt. Die Abgrenzung zwischen Nicht- und Schlechterfüllung ist hier von besonderer Bedeutung.⁹²⁹ Denn der indirekte Stellvertreter ist in jedem Fall aus dem abgeschlossenen Vertrag mit dem Dritten persönlich berechtigt und verpflichtet.⁹³⁰ Sofern eine Nichterfüllung vorliegt, hat der indirekt Vertretene

923 Siehe vorne Rn. 174 *in fine*.

924 Siehe vorne Rn. 174 *in fine*.

925 Siehe vorne Rn. 249 ff.

926 Siehe vorne Rn. 205.

927 Siehe vorne Rn. 245 ff.

928 Vgl. vorne Rn. 18.

929 Vgl. ferner PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 64.

930 Vgl. vorne Rn. 40 ff.

ihn aber weder von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien noch ihm die Auslagen zu ersetzen.⁹³¹ Vielmehr trägt der indirekte Stellvertreter in diesem Fall das volle wirtschaftliche Risiko des Geschäfts. Gleichzeitig kann ihn der indirekt Vertretene weiterhin zur Erfüllung seiner Pflichten zum Abschluss des Drittvertrags und zur Ablieferung des wirtschaftlichen Ergebnisses anhalten. Der indirekte Stellvertreter wird diesfalls häufig in Schuldnerverzug geraten. Ist hingegen von einer Schlechterfüllung auszugehen, so stehen dem indirekt Vertretenen Schadenersatzansprüche aus dem Grundvertrag gegen den indirekten Stellvertreter zu.⁹³² Der indirekt Vertretene bleibt aber dazu verpflichtet, die Leistung des Dritten zu übernehmen und dem indirekten Stellvertreter die Auslagen zu ersetzen.⁹³³

284 Zur Beantwortung der Frage nach der Abgrenzung zwischen Nicht- und Schlechterfüllung bei Abschluss des Drittvertrags kommt es meines Erachtens entscheidend auf den Grad der Abweichung des tatsächlich abgeschlossenen Geschäfts von den Vereinbarungen im Grundvertrag an. Von einer Nichterfüllung sollte nur dann ausgegangen werden, wenn das abgeschlossene Geschäft *«ganz erheblich»* vom grundvertraglich umschriebenen Geschäft abweicht.⁹³⁴ Als Referenzgrösse gilt also, was grundvertraglich vereinbart und eventuell durch Weisungen des indirekt Vertretenen konkretisiert wurde. Grundsätzlich gilt dabei: Je konkreter die Abrede und die Weisungen sind, desto eher erscheint eine Abweichung davon als erheblich.⁹³⁵

§5 Ergebnisse

285 Das Grundverhältnis beschreibt das Rechtsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen. Begriffsprägend für das Grundverhältnis ist, dass der indirekte Stellvertreter sich durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten einen Leistungsanspruch zu verschaffen und anschliessend die Leistung des Dritten dem indirekt Vertretenen zukommen zu lassen hat (Ablieferungspflicht). Einer besonderen *«Ermächtigung»* bedarf der indirekte Stellvertreter hierfür nicht. Im Gegenzug dazu hat der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm alle im Zusammenhang mit der Erfüllung

931 Vgl. vorne Rn. 206.

932 Vgl. ferner PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 64.

933 Vgl. ferner PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 64.

934 Vgl. ferner LANZ, aliud, S. 249.

935 Vgl. hinten Rn. 416.

seiner Pflichten vernünftigerweise erbrachten Auslagen zu ersetzen. Abhängig von der konkreten Abrede zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen kann zusätzlich ein Entgelt vereinbart sein. Entgeltlichkeit ist aber kein Qualifikationsmerkmal des Grundverhältnisses.

Für gewöhnlich handelt es sich beim Grundverhältnis um eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen, die im Überschneidungsbereich zwischen Verwaltungstreuhand und indirekter Stellvertretung zugleich die fiduziarische Vereinbarung bildet. Als Grundvertrag indirekter Stellvertretung kommen dabei vor allem der einfache Auftrag, der Kommissionsvertrag oder auch der Speditionsvertrag in Frage. Möglich ist zudem, dass die indirekte Stellvertretung auf einem Gesellschaftsvertrag basiert. In einem solchen Fall sind die übrigen Gesellschafter aber nur dann dazu verpflichtet, die vom indirekten Stellvertreter eingegangene Verbindlichkeit mit zu übernehmen, wenn der indirekte Stellvertreter intern als Geschäftsführer zum Abschluss des Drittvertrags befugt war. Zwar nicht ausgeschlossen, aber wohl äusserst selten ist, dass die indirekte Stellvertretung auf einem Arbeitsvertrag beruht. 286

Das Grundverhältnis indirekter Stellvertretung muss aber nicht zwingend vertraglicher Natur sein. Kontrahiert nämlich der indirekte Stellvertreter auf eigene Initiative hin mit einem Dritten, so kommt es zur indirekten Stellvertretung, wenn der indirekt Vertretene diese Geschäftsführung nachträglich genehmigt (Art. 424 OR). Die Genehmigung des indirekt Vertretenen (Geschäftsherr) führt dabei aber nicht zur Entstehung eines vertraglichen Auftragsverhältnisses, sondern begründet ein auf Gesetz beruhendes auftragsähnliches Rechtsverhältnis, das als Grundverhältnis fungiert. Ein solches Rechtsverhältnis entsteht auch dann, wenn der indirekte Stellvertreter auf blosser Bitte des indirekt Vertretenen hin geringfügige Besorgungen des täglichen Lebens durch Vertragsabschluss mit Dritten für den indirekt Vertretenen erledigt. 287

Die auf das Grundverhältnis anwendbaren Normen bestimmen sich in Abhängigkeit von dessen konkreter rechtlicher Qualifikation. Einzig Art. 401 OR findet auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung Anwendung, sodass es als gerechtfertigt erscheint, diese Norm als eine Spezialbestimmung des Grundverhältnisses zu betrachten. Dazu im Einzelnen Folgendes: 288

- Art. 401 Abs. 1 OR sieht eine Legalzession der Forderungsrechte aus dem Drittvertrag auf den indirekt Vertretenen vor. Vordergründig geht es hier um den Übergang des auf Primärleistung des Dritten gerichteten Forderungsrechts. Voraussetzung für dessen Übergang auf den indirekt Vertretenen ist, dass dieser allen Verbindlichkeiten aus dem Grundverhältnis gegenüber dem indirekten Stellvertreter nachkommt und das 289

Forderungsrecht nicht bereits durch Erfüllung seitens des Dritten untergegangen ist. Sind die Voraussetzungen für den Forderungsübergang erfüllt, so wird der indirekt Vertretene von Gesetzes wegen neuer Gläubiger der Forderung aus dem Drittvertrag, wodurch es ihm ermöglicht wird, den Dritten unmittelbar zur Leistung an sich anzuhalten.

- 290 — Zur Legalzession kommt es nach Art. 401 Abs. 2 OR auch im Fall der Zwangsvollstreckung gegen den indirekten Stellvertreter. Hier besteht aber die Besonderheit, dass nicht nur die aus dem Drittvertrag hervorgegangenen Forderungsrechte Gegenstand der Legalzession sind, sondern vielmehr auch die gegen Vierte gerichteten Forderungen, die der Dritte in Erfüllung seiner Pflichten aus dem Drittvertrag auf den indirekten Stellvertreter übertragen hat.
- 291 — Art. 401 Abs. 3 OR gewährt dem indirekt Vertretenen ein Aussonderungsrecht an den beweglichen Sachen, die der Dritte in Erfüllung seiner Leistungspflicht auf den indirekten Stellvertreter übertragen hat. Dieses Aussonderungsrecht ist *de lege lata* auf bewegliche Sachen beschränkt. Grundstücke sind einer Aussonderung durch den indirekt Vertretenen hingegen nicht zugänglich, was zu kritisieren ist. Anders als beim Forderungsübergang nach Art. 401 Abs. 1 und Abs. 2 OR erfolgt der Eigentumsübergang auf den indirekt Vertretenen hier nicht von Gesetzes wegen. Art. 401 Abs. 3 OR verleiht dem indirekt Vertretenen vielmehr einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der im Eigentum des indirekten Stellvertreters stehenden Sache.
- 292 — Beruht die indirekte Stellvertretung auf einem Grundvertrag, so muss der indirekte Stellvertreter den Drittvertrag nach den Vereinbarungen mit dem indirekt Vertretenen abschliessen. Der indirekt Vertretene hat dabei keinen unmittelbaren Einfluss auf die Gestaltung des Drittvertrags. Geht der indirekte Stellvertreter einen Vertrag mit einer Drittperson unter Missachtung der Vorgaben des indirekt Vertretenen ein, so muss unterschieden werden, ob der indirekte Stellvertreter seine Pflicht damit schlecht oder nicht erfüllt hat. Im Fall einer Schlechterfüllung stehen dem indirekt Vertretenen Schadenersatzansprüche aus dem Grundvertrag zu. Ist hingegen von einer Nichterfüllung auszugehen, so muss der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter nicht von der eingegangenen Verbindlichkeit befreien. Gleichzeitig bleibt der indirekte Stellvertreter aber dem Dritten gegenüber persönlich verpflichtet. Von einer Nichterfüllung ist nur dann auszugehen, wenn das abgeschlossene Geschäft *«ganz erheblich»* vom grundvertraglich Vereinbarten abweicht.

Kapitel 5

Der Drittvertrag

§1 Einleitung

Das vorliegende Kapitel handelt vom Rechtsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten. Begriffsprägend für die indirekte Stellvertretung ist, dass sich der indirekte Stellvertreter auf Grundlage einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung einen Leistungsanspruch gegenüber einem Dritten verschafft und anschliessend die Leistung des Dritten dem indirekt Vertretenen zukommen lässt.⁹³⁶ Wie bereits in Kapitel 1 postuliert wurde, beruht diese rechtsgeschäftliche Verpflichtung auf einem Vertrag, weswegen auch vom «Drittvertrag» gesprochen wird.⁹³⁷ Im Folgenden soll dieser Gedanke im Rahmen einer allgemeinen rechtlichen Qualifikation aufgegriffen und näher untersucht werden (sogleich Rn. 294 ff.). Anschliessend ist der Drittvertrag ins Verhältnis zu anderen Rechtsfiguren des allgemeinen und besonderen Schuldrechts zu setzen, als da wären der Vertrag zu Gunsten Dritter gemäss Art. 112 OR (Rn. 297 ff.), die auftragsrechtliche Substitution (Rn. 300 ff.) sowie die Anweisung gemäss Art. 466 ff. OR (Rn. 312 ff.). Da ganz unterschiedliche Vertragstypen den Drittvertrag bilden können, wäre es schlicht unmöglich, die jeweiligen Rechte und Pflichten zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten im Einzelnen zu erläutern. Hierfür sei auf die gesetzlichen Bestimmungen des jeweiligen Vertragstypus verwiesen. Im vorliegenden Kapitel geht es vielmehr darum, zu untersuchen, wie sich die wirtschaftliche Verbindung zum indirekt Vertretenen auf den Drittvertrag auswirkt. Auf die rechtliche Qualifikation folgt daher eine Analyse der Rechtsbeziehungen zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten. Zu identifizieren sind die Fälle, in welchen dem indirekt Vertretenen ausnahmsweise ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Dritten zusteht (Rn. 316 ff.). Anschliessend ist zu klären, wie mit einer Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Dritten umzugehen ist, die zwar nicht im Vermögen des indirekten Stellvertreters, wohl aber in jenem des indirekt Vertretenen einen Schaden verursacht (Rn. 344 ff.). Schliesslich werden die Ergebnisse zusammengefasst (Rn. 365 ff.).

936 Siehe vorne Rn. 15 ff.

937 Siehe vorne Rn. 18.

§2 Rechtliche Qualifikation

1. Im Allgemeinen

294 In Erfüllung seiner Verpflichtung aus dem Grundverhältnis schliesst der indirekte Stellvertreter mit Wirkung für sich ein Geschäft mit einer Drittperson ab.⁹³⁸ Dies, um sich eine Forderung auf Leistung gegenüber dem Dritten zu verschaffen.⁹³⁹ Begründet wird eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung. Es kommt folglich zu einem Vertragsschluss zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten.⁹⁴⁰ Dies ist jedoch nicht das Ergebnis eines strengen «*Konsensualismus*»,⁹⁴¹ wonach jede rechtsgeschäftliche Verpflichtungslage zwingend auf einem Vertrag beruhen muss.⁹⁴² Der Grund, weshalb die Rechtsbeziehung zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten stets vertraglicher Natur sein muss und beispielsweise eine einseitige Verpflichtung des indirekten Stellvertreters ausgeschlossen werden kann,⁹⁴³ liegt vielmehr in der angestrebten Leistungsrichtung. Bei der indirekten Stellvertretung geht es nicht darum, dass der indirekte Stellvertreter dem Dritten eine Leistung verspricht, sondern der Dritte dem indirekten Stellvertreter. Dieses Leistungsversprechen wird durch Vertragsschluss mit dem Dritten erwirkt, eben den *Drittvertrag*.⁹⁴⁴

295 Der Drittvertrag ist ein Abstraktionsbegriff,⁹⁴⁵ kein eigener Vertragstyp. Oftmals wird der Drittvertrag tatbestandlich ein Veräusserungsvertrag sein. So hat etwa der Kommissionär einen Kaufvertrag mit dem Dritten abzuschliessen zwecks Ein- oder Verkaufs bestimmter Gegenstände (Art. 425 Abs. 1 OR). Die indirekte Stellvertretung ist aber keineswegs auf den Abschluss von Veräusserungsverträgen mit dem Dritten beschränkt. Vielmehr können ganz unterschiedliche Vertragstypen den Drittvertrag bilden.⁹⁴⁶ Zu denken ist beispielsweise an einen Werkvertrag, einen Hinterlegungsvertrag, einen

938 Siehe vorne Rn. 16 ff.

939 Siehe vorne Rn. 16 ff.

940 A.A. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 76, der allerdings von einem viel weiter gefassten Begriff der indirekten Stellvertretung ausgeht.

941 KRAUSKOPF, *Schuldanererkennung*, N 133.

942 KRAUSKOPF, *Schuldanererkennung*, N 133; STOPPELHAAR, *Herstellergarantie*, S. 72.

943 Vgl. ferner KRAUSKOPF, *Schuldanererkennung*, N 130 ff. sowie die Studie von HEINRICH SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, Berlin 1873.

944 Siehe vorne Rn. 18 Fn. 68.

945 Zur Notwendigkeit, Abstraktionsbegriffe zu schaffen, siehe LARENZ, *Methodenlehre*, S. 439 ff.

946 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 80 ff.

Mietvertrag oder auch an den bereits weiter vorne thematisierten Versicherungsvertrag für fremde Rechnung.⁹⁴⁷ Der indirekte Stellvertreter kann etwa dazu verpflichtet sein, eine Sache des indirekt Vertretenen reparieren zu lassen. Hierfür wird der indirekte Stellvertreter mit dem Dritten einen Werkvertrag abschliessen. Das wirtschaftliche Interesse des indirekt Vertretenen ist in diesem Fall auf die persönliche Leistung des Dritten gerichtet, die der indirekte Stellvertreter dem indirekt Vertretenen in Form der reparierten Sache zukommen lässt. Möglich ist auch, dass der indirekte Stellvertreter sich die gewünschte Leistung nicht selber vom Dritten versprechen lässt, sondern seine Pflichten aus dem Grundverhältnis auf den Dritten überträgt, indem er mit ihm einen weiteren Auftrag oder einen weiteren Kommissionsvertrag eingeht.⁹⁴⁸ Es kommt dann zu einer Substitution.⁹⁴⁹ Auf die Substitution wird weiter hinten noch vertieft eingegangen.⁹⁵⁰

Aus der vertraglichen Natur des Verhältnisses zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten folgt weiter, dass die *Inkassozeession* kein Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung ist. Bei der Inkassozeession wird eine Forderung fiduziarisch auf den Zessionar übertragen, damit dieser die Forderung für den Zedenten einzieht und den Erlös an den Zedenten herausgibt.⁹⁵¹ Da der Zessionar im eigenen Namen und auf Rechnung des Zedenten handelt, wird er von der Literatur bisweilen als dessen indirekter Stellvertreter qualifiziert.⁹⁵² Dieser Auffassung kann hier nicht gefolgt werden. Bei der Inkassozeession verschafft sich der Zessionar keinen vertraglichen Leistungsanspruch gegenüber dem Dritten, sondern er erwirbt eine Forderung vom Zedenten. Zudem kann allein aus der Tatsache, dass die auf Erfüllung gerichtete Obligation auf den Zessionar übergegangen ist, nicht geschlussfolgert werden, Zedent und Schuldner stünden nicht mehr in einem direkten Rechtsverhältnis zueinander.⁹⁵³ Schliesslich sind die beiden regelmässig über das Schuldverhältnis i.w.S., aus dem die abgetretene Forderung hervorgegangen ist, miteinander verbunden. Charakteristikum der indirekten Stellvertretung ist aber, dass der indirekt Vertretene und der Dritte in keiner Rechtsbeziehung

947 Siehe auch die Aufzählung bei ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 81 ff. Zum Versicherungsvertrag für fremde Rechnung siehe vorne Rn. 194 ff.

948 Vgl. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 82.

949 Weiterführend zur Substitution BK-FELLMANN, N 525 ff. zu Art. 398 OR.

950 Siehe hinten Rn. 300 ff.

951 KOLLER, OR AT, N 84.11; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 90.03 *in fine*; ZK-SPIRIG, Vorbem. zu Art. 164-174 OR, N 120.

952 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 833.

953 So aber ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 833.

zueinander stehen.⁹⁵⁴ Bei der Inkassozeession handelt es sich zwar um einen Fall der Verwaltungstreuhand,⁹⁵⁵ nicht jedoch um eine indirekte Stellvertretung.

2. Drittvertrag und Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR)

297 Der Vertrag zu Gunsten Dritter ist ein Schuldvertrag, bei dem der Schuldner (Promittent) seine Leistung nicht an den Vertragspartner, sondern an einen Dritten erbringt.⁹⁵⁶ Begriffswesentlich für den Vertrag zu Gunsten Dritter ist folglich das Vorliegen eines besonderen Dreiecksverhältnisses.⁹⁵⁷ Beim Vertrag zu Gunsten Dritter handelt es sich nicht um einen besonderen Vertragstyp.⁹⁵⁸ Vielmehr wird beim Vertrag zu Gunsten Dritter ein beliebiger Schuldvertrag durch Parteiabrede dahingehend modifiziert, dass der Leistungsempfänger nicht der Vertragspartner ist, sondern ein vertragsfremder Dritter.⁹⁵⁹ Dies kann entweder dadurch geschehen, dass dem Dritten ein selbständiges Forderungsrecht an der Vertragsleistung des Promittenten eingeräumt wird (echte Vertrag zu Gunsten Dritter), oder indem der Dritte lediglich berechtigt ist, die Leistung vom Promittenten entgegenzunehmen (unechter Vertrag zu Gunsten Dritter).⁹⁶⁰ In Kapitel 3 dieser Arbeit wurde die indirekte Stellvertretung u.a. gegenüber dem Vertrag zu Gunsten Dritter abgegrenzt.⁹⁶¹ Dabei führte die Untersuchung zum Schluss, dass der Promittent nicht als indirekter Stellvertreter des Promissars auftritt.⁹⁶² Das Deckungsverhältnis, mithin der Vertrag zu Gunsten Dritter, ist kein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung.⁹⁶³ Diese beiden Rechtsfiguren sind voneinander zu unterscheiden.

298 Diese Erkenntnis schliesst aber nicht aus, dass der Drittvertrag als ein Vertrag zu Gunsten Dritter, d.h. als ein *Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen*, vereinbart wird.⁹⁶⁴ Der Dritte (Promittent) wird in diesem Fall die Leistung unmittelbar an den indirekt Vertretenen (Dritter aus der Perspektive des

954 Siehe vorne Rn. 15.

955 HELG, placement, S. 148 *in initio*; KOLLER, OR AT, N 84.08.

956 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3876; KRAUSKOPF, Vertrag, N 12; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 194.

957 So explizit etwa KRAUSKOPF, Vertrag, N 1.

958 KRAUSKOPF, Vertrag, N 12; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 197.

959 BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 1 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 12; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 197.

960 KRAUSKOPF, Vertrag, N 34 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 206 ff., beide m.w.H.

961 Siehe vorne Rn. 190 ff.

962 Siehe vorne Rn. 192.

963 Siehe vorne Rn. 192.

964 Vgl. auch PESTALOZZI, indirekte Stellvertretung, S. 111.

Vertrags zu Gunsten Dritter) erbringen. Der Drittvertrag zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten ist dann das Deckungsverhältnis und das Grundverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen das Valutaverhältnis. Ein solches Vorgehen steht nicht im Widerspruch zu den Begriffsmerkmalen der indirekten Stellvertretung.⁹⁶⁵ Schliesslich wird der indirekt Vertretene nicht Partei des Drittvertrags zu seinen Gunsten.⁹⁶⁶ Es kommt somit nicht zum Eintritt von Vertretungswirkungen.⁹⁶⁷ Vielmehr wird dadurch einzig der Leistungsweg verkürzt, da die Leistung des Dritten auf diese Weise nicht den Umweg über das Vermögen des indirekten Stellvertreters nehmen muss, sondern direkt zum indirekt Vertretenen und wirtschaftlich Endberechtigten gelangt.⁹⁶⁸

Die Ausgestaltung des Drittvertrags als Vertrag zu Gunsten Dritter bringt gewisse ökonomische Vorteile mit sich. Zunächst ist die soeben beschriebene Verkürzung des Leistungswegs zu nennen.⁹⁶⁹ Darüber hinaus steht dem indirekt Vertretenen im Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten bei gegebenen Voraussetzungen ein Schadenersatzanspruch aus Vertrag zu Gunsten Dritter zur Verfügung.⁹⁷⁰ Diese Vorteile dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein Vertrag zu Gunsten Dritter stets eine den Drittvertrag modifizierende Vereinbarung zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten voraussetzt.⁹⁷¹ Eine solche Vereinbarung wird häufig nicht vorliegen, und sei es nur schon deswegen, weil der indirekt Vertretene im Hintergrund bleiben will.

3. Drittvertrag und Substitution

Nach Art. 398 Abs. 3 OR hat der Beauftragte den Auftrag (das Geschäft) grundsätzlich persönlich zu erfüllen. Ausnahmsweise kann der Beauftragte jedoch den Auftrag ganz oder teilweise auf einen Dritten – einen sogenannten Substituten – zur selbständigen Erfüllung übertragen. Die Substitution erfolgt durch Erteilung eines Unterauftrags durch den Beauftragten.⁹⁷² Hierbei handelt es

965 Dazu siehe vorne Rn. 15 ff.

966 Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag, N 269; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 194.

967 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 194.

968 Vgl. BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 17 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 1 zu Art. 112 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 195.

969 Siehe vorne Rn. 298.

970 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 623 ff. Zu den Ansprüchen des indirekt Vertretenen bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten siehe hinten Rn. 344 ff.

971 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 623.

972 BK-FELLMANN, N 562 zu Art. 398 OR; BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 398 OR; CR-WERRO, N 6 zu Art. 398 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 73 zu Art. 398 OR.

sich i.d.R. um einen einfachen Auftrag.⁹⁷³ Zwingend ist dies jedoch nicht.⁹⁷⁴ So kommt etwa auch ein Kommissionsvertrag in Frage.⁹⁷⁵ Erforderlich ist einzig, dass der Substitut nicht in einem Unterordnungsverhältnis zum Beauftragten steht, weshalb hier beispielsweise ein Arbeitsverhältnis ausscheiden würde.⁹⁷⁶

301 Wie bereits in Kapitel 4 dargelegt, veranlasst das Grundverhältnis den indirekten Stellvertreter dazu, sich von einer Drittperson eine Leistung versprechen zu lassen, um sie im Anschluss auf den indirekt Vertretenen zu übertragen.⁹⁷⁷ Das Grundverhältnis ist auf eine Geschäftsführung des indirekten Stellvertreters im Interesse des indirekt Vertretenen gerichtet.⁹⁷⁸ Dem Grundsatz nach handelt es sich um einen Auftrag, einen Kommissionsvertrag oder seltener auch um eine genehmigte Geschäftsführung ohne Auftrag.⁹⁷⁹ Überträgt der indirekte Stellvertreter nun seine Pflicht aus dem Grundverhältnis zur selbständigen Erfüllung auf einen Dritten, so kommt es zur Substitution.⁹⁸⁰ Diesfalls begründet der indirekte Stellvertreter nicht selber den vom indirekt Vertretenen gewünschten Leistungsanspruch gegenüber dem Dritten, sondern er geht mit dem Dritten – dem Substituten – einen Unterauftrag ein, welcher diesen dazu verpflichtet, sich den Leistungsanspruch gegenüber einem Vierten zu verschaffen. Der Drittvertrag ist in diesem Fall auftragsrechtlicher Natur und beinhaltet die Substitution des Grundverhältnisses.⁹⁸¹ Zur Veranschaulichung kann folgendes Ausgangsbeispiel dienen: Der zum Einkauf eines Bildes verpflichtete Kommissionär schliesst nicht selber mit dem Eigentümer des Bildes einen Kaufvertrag ab, sondern geht mit einem Dritten einen weiteren Kommissionsvertrag ein, welcher diesen Dritten dazu verpflichtet, besagten Kaufvertrag mit dem Eigentümer abzuschliessen und das erworbene Bild anschliessend an den Kommissionär herauszugeben.⁹⁸²

302 Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass zwischen der indirekten Stellvertretung und der Substitution ein Überschneidungsbereich auszumachen ist, wobei die indirekte Stellvertretung weit über den Anwendungsfall

973 So explizit CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 4 zu Art. 399 OR. Siehe etwa auch BK-FELLMANN, N 562 zu Art. 398 OR; BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 398 OR; CR-WERRO, N 6 zu Art. 398 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 73 zu Art. 398 OR; HONSELL, ORBT, S. 348.

974 BK-FELLMANN, N 562 zu Art. 398 OR.

975 BSK-LENZ/ VON PLANTA, N 7 zu Art. 425 OR.

976 BK-FELLMANN, N 562 zu Art. 398 OR; BK-GAUTSCHI, N 40c zu Art. 398 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 399 OR.

977 Siehe vorne Rn. 205.

978 Siehe vorne Rn. 205.

979 Siehe vorne Rn. 209 ff., Rn. 221 ff.

980 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 82.

981 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 82.

982 Ähnlich auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 656.

der Substitution hinausgeht.⁹⁸³ Zu klären bleibt nun, ob auch die Substitution einen eigenen Anwendungsbereich hat oder ob umgekehrt jede Substitution ein Fall indirekter Stellvertretung ist. In der Literatur wird diese Frage kontrovers diskutiert.

Die herrschende Lehre stellt sich dabei auf den Standpunkt, der Beauftragte agiere bei der Substitution stets als indirekter Stellvertreter des Auftraggebers.⁹⁸⁴ Begriffsprägend für die Substitution sei nämlich, dass der Beizug des Substituten durch Erteilung eines Unterauftrags erfolge, den der Beauftragte eigengeschäftlich mit dem Substituten abschliesse.⁹⁸⁵ Zur Begründung dieser Auffassung wird Art. 399 Abs. 3 OR herangezogen, der dem Auftraggeber einen direkten Anspruch gegen den Substituten einräumt.⁹⁸⁶ Für ein solches direktes Forderungsrecht des Auftraggebers bedarf es nämlich nur dann einer speziellen gesetzlichen Grundlage, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten keinerlei vertragliche Beziehungen bestehen.⁹⁸⁷ Stünden hingegen der Auftraggeber und der Substitut infolge einer direkten Stellvertretung des Beauftragten in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis zueinander, so bliebe für Art. 399 Abs. 3 OR kein Raum.⁹⁸⁸

Ein anderer, deutlich kleinerer Teil der Lehre, erachtet es – freilich ohne nähere Begründung – für unerheblich, «[o]b dabei der Beauftragte als direkter oder indirekter Stellvertreter seines Auftraggebers kontrahiert [...]».⁹⁸⁹ Von Substitution sei also nicht nur in dem Fall zu sprechen, in welchem ein selbständiger Auftrag zwischen dem Beauftragten und dem Substituten vorliegt, sondern vielmehr auch dann, wenn der Beauftragte als direkter Stellvertreter auftritt und das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten zur Entstehung bringt.⁹⁹⁰

Richtig besehen ist der herrschenden Lehre zu folgen, und zwar nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung. Zunächst sei aber noch eine Ergänzung zum Wortlaut von Art. 398 Abs. 3 OR angebracht. Gemäss Art. 398

983 Vgl. vorne Rn. 295.

984 TSCHUDI, Direktanspruch, N 283. Vgl. auch BK-BECKER, N 1 zu Art. 399 OR; BK-FELLMANN, N 563 ff. zu Art. 398 OR; BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 398 OR; CR-WERRO, N 6 zu 398 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 73 zu Art. 398 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4414.

985 Z.B. HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 73 zu Art. 398 OR; TSCHUDI, Direktanspruch, N 283.

986 BK-FELLMANN, N 564 f. zu Art. 398 OR; TSCHUDI, Direktanspruch, N 283. Vgl. auch TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4418.

987 BK-FELLMANN, N 564 f. zu Art. 398 OR; TSCHUDI, Direktanspruch, N 283. Vgl. auch TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4418.

988 So explizit TSCHUDI, Direktanspruch, N 283 *in fine*.

989 HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 97. Gl. M. auch DROZ, substitution, N 885 ff., insbesondere N 886.

990 Vgl. DROZ, substitution, N 885 ff.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 97.

Abs. 3 OR hat der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen, «[...] *ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird*». Wie bereits ausführlich in dieser Untersuchung dargelegt, kommt dem Begriff «*Ermächtigung*» keine einheitliche Bedeutung zu, sodass aus dessen Verwendung nicht auf eine Bevollmächtigung zur direkten Stellvertretung geschlossen werden kann.⁹⁹¹ Vielmehr ist der Begriff «*Ermächtigung*» in Art. 398 Abs. 3 OR nach der hier vertretenen Auffassung als eine die Vertragsverletzung ausschliessende Erlaubnis des Auftraggebers aufzufassen.⁹⁹² Auch der Begriff «*Vertretung*» darf nicht automatisch mit der direkten Stellvertretung gleichgesetzt werden, kann er doch durchaus als Oberbegriff für die «*direkte Stellvertretung*» und die «*indirekte Stellvertretung*» verwendet werden.⁹⁹³ Wird aber in Anbetracht des unklaren Wortlauts das Augenmerk – wie von der herrschenden Lehre vorgeschlagen – auf den systematischen Zusammenhang mit Art. 399 Abs. 3 OR gerichtet, so erscheint die Annahme, wonach die Substitution stets ein Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung ist, sachlogisch. Denn *erstens* kommt Art. 399 Abs. 3 OR nur in diesem Fall eine eigenständige Bedeutung zu und *zweitens* bezieht sich Art. 399 Abs. 3 OR vom Wortlaut her («*In beiden Fällen*») auf sämtliche Fälle der Substitution, was im Umkehrschluss bedeutet, dass bei der Substitution der Beauftragte stets als indirekter Stellvertreter handelt.⁹⁹⁴

306 Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass jede Substitution auch ein Anwendungsfall indirekter Stellvertretung ist. Zwei Fälle müssen dabei voneinander unterschieden werden:

307 — Im *ersten* Fall erfüllt der Dritte (Substitut) selber den ihm übertragenen Auftrag.⁹⁹⁵ Zu dieser Konstellation kommt es dann, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein Tathandlungsauftrag vereinbart war, der nun zur selbständigen Erfüllung auf den Substituten übertragen wird. Erst die Substitution führt zur indirekten Stellvertretung. Konkret handelt es sich um den Fall einer primär nicht vereinbarten indirekten

991 Siehe vorne Rn. 67. Siehe auch BK-FELLMANN, N 567 ff. zu Art. 398 OR.

992 Vgl. vorne Fn. 221. A.A. BK-FELLMANN, N 569 zu Art. 398 OR, welcher im Begriff «*Ermächtigung*» die Einräumung der Befugnis zur mittelbaren Stellvertretung erblickt. Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf der indirekte Stellvertreter aber keiner besonderen Machtbefugnis oder einer anderweitigen «*Ermächtigung*», siehe vorne Rn. 199 ff.

993 Siehe vorne Rn. 22.

994 Vgl. TSCHUDI, Direktanspruch, N 283.

995 Siehe auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 655.

Stellvertretung, der sich – wie bereits in anderem Zusammenhang gezeigt wurde – nicht von den übrigen Fällen indirekter Stellvertretung unterscheidet.⁹⁹⁶ Art. 401 OR ist folglich anwendbar.

- Davon zu unterscheiden ist der *zweite* Fall, in welchem der Dritte (Substitut) seinerseits einen Vertrag mit einem Vierten abschliesst.⁹⁹⁷ Dies ist auf zwei Wegen denkbar, weswegen hier zwei Untergruppen gebildet werden müssen.
 - Nach der einen Variante kann der Substitut den Vertrag mit dem Vierten als indirekter Stellvertreter des Beauftragten abschliessen.⁹⁹⁸ Es kommt folglich zu einer doppelten indirekten Stellvertretung.⁹⁹⁹ Hierfür sei auf das Ausgangsbeispiel (Rn. 301) verwiesen, in welchem der Substitut als Kommissionär des Beauftragten mit dem Eigentümer des Bildes kontrahiert.
 - Gemäss einer zweiten Variante lässt der Substitut als direkter Stellvertreter des Beauftragten das Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Vierten entstehen.¹⁰⁰⁰ Zur Veranschaulichung sei hierfür das Ausgangsbeispiel entsprechend modifiziert: Der zum Erwerb des Bildes verpflichtete Kommissionär schliesst mit dem Substituten nun nicht einen Kommissionsvertrag, sondern einen Auftrag (Drittvertrag) ab, in welchem er den Substituten dazu verpflichtet, als sein direkter Stellvertreter den Kaufvertrag zwischen ihm und dem Eigentümer des Bildes zur Entstehung zu bringen. Auf die indirekte Stellvertretung folgt demnach eine direkte Stellvertretung.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass jede Substitution auch ein Anwendungsfall indirekter Stellvertretung ist. Diese Erkenntnis beeinflusst den Fortgang dieses Kapitels. Zum einen bedarf Art. 399 Abs. 3 OR einer näheren Untersuchung und zum andern gilt es anhand der soeben gebildeten Fallgruppen das Verhältnis von Art. 399 Abs. 3 OR zu Art. 401 OR zu ermitteln. Darauf wird im Rahmen der Untersuchung der Rechtsbeziehungen zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten eingegangen.¹⁰⁰¹

996 Siehe vorne Rn. 143.

997 Siehe dazu auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 656.

998 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 398 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 656.

999 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 656.

1000 Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 398 OR.

1001 Siehe hinten Rn. 332 ff., Rn. 337 ff.

4. Verhältnis zur Anweisung

- 312 In Kapitel 3 wurde die indirekte Stellvertretung u.a. von der Anweisung (Art. 466 ff. OR) abgegrenzt.¹⁰⁰² Dabei brachte die Untersuchung das Ergebnis hervor, dass der Angewiesene nicht als indirekter Stellvertreter des Anweisenden qualifiziert werden kann. Die Anweisung ist folglich kein Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung.¹⁰⁰³
- 313 Möglich ist aber, dass der indirekte Stellvertreter (Anweisender) den Dritten (Angewiesener) dazu anweist, unmittelbar an den indirekt Vertretenen (Anweisungsempfänger) zu leisten. Im Verhältnis zum Dritten kann es also durchaus zu einer Anweisung kommen. Voraussetzung dafür ist, dass der Drittvertrag den Dritten zur Leistung von Geld, Wertpapieren oder vertretbaren Sachen verpflichtet (Art. 466 OR).¹⁰⁰⁴ In einem solchen Fall wird der Drittvertrag das Deckungsverhältnis darstellen und das Grundverhältnis das Valutaverhältnis.¹⁰⁰⁵ Die Leistung des Dritten (Angewiesener) an den indirekt Vertretenen (Anweisungsempfänger) ist diesfalls als eine mittelbare Leistung des indirekten Stellvertreters an den indirekt Vertretenen zwecks Tilgung seiner Ablieferungspflicht aus dem Grundverhältnis zu verstehen.¹⁰⁰⁶ So kann beispielsweise der Verkaufskommissionär den Käufer gemäss Art. 466 OR dazu anweisen, den Kaufpreis unmittelbar an den Kommittenten zu leisten. Ein solches Vorgehen führt einerseits zur Tilgung der Kaufpreisschuld des Käufers und lässt andererseits die Ablieferungspflicht des Kommissionärs erlöschen.
- 314 Dem Gesagten zufolge kann der Drittvertrag das Deckungsverhältnis einer Anweisung des indirekten Stellvertreters an den Dritten darstellen.

§3 Rechtsbeziehungen zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten

1. Grundsatz: keine unmittelbaren Forderungsrechte

- 315 Die indirekte Stellvertretung ist vom Relativitätsgrundsatz geprägt.¹⁰⁰⁷ Demnach kann ein Schuldverhältnis nur zwischen den daran als Parteien

1002 Siehe vorne Rn. 181 ff.

1003 Siehe vorne Rn. 184 ff.

1004 In der Literatur wird diese Umschreibung bisweilen als zu eng empfunden und eine Anweisung über nicht vertretbare Sachen, Dienstleistungen usw. für zulässig erklärt (siehe etwa BSK-KOLLER, N 7 zu Art. 466 OR; HONSELL, OR BT, S. 412. A.A. wohl BK-GAUTSCHI, N 5a zu Art. 466 OR).

1005 Zu den beiden Rechtsverhältnissen ausführlich vorne Rn. 183.

1006 Vgl. ferner CHK-BEYELER, N 3 zu Art. 466 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2 zu Art. 466 OR.

1007 Siehe vorne Rn. 2 und 40 ff.

Beteiligten Rechtswirkungen entfalten.¹⁰⁰⁸ Nicht am Schuldverhältnis beteiligte Dritte können weder aus dem fremden Schuldverhältnis verpflichtet werden noch Forderungsrechte daraus ableiten.¹⁰⁰⁹ Aus dieser Wirkungsbeschränkung einer Recht-Pflicht-Beziehung folgt,¹⁰¹⁰ dass der Drittvertrag allein zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten Wirkungen entfaltet. Folglich stehen dem indirekt Vertretenen keine unmittelbaren Forderungsrechte gegenüber dem Dritten zu und umgekehrt.¹⁰¹¹ Für den Dritten gilt dies ausnahmslos. So besteht für ihn etwa im Fall der Zahlungsunfähigkeit des indirekten Stellvertreters keine Möglichkeit, sich an den indirekt Vertretenen zu halten. Der indirekt Vertretene hingegen hat in bestimmten Ausnahmefällen ein direktes Forderungsrecht gegen den Dritten. Im Folgenden werden diese Ausnahmefälle näher erörtert.

2. Ausnahmefälle

Wie soeben bemerkt, hat der indirekt Vertretene in gewissen Ausnahmefällen ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Dritten inne.¹⁰¹² Dies, weil der Gesetzgeber Durchbrechungen des Relativitätsgrundsatzes vorsieht.¹⁰¹³ Zu untersuchen sind nachfolgend die Rechtsbeziehungen zum Dritten in drei besonderen Fällen, als da wären der Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen (sogleich Rn. 317 ff.), der Übergang der Forderung aus dem Drittvertrag auf den indirekt Vertretenen (Rn. 325 ff.) sowie der Direktanspruch gemäss Art. 399 Abs. 3 OR im Fall der Substitution (Rn. 332 ff.). Ziel der nachstehenden Ausführungen ist es, einerseits darzulegen, in welchen Fällen der indirekt Vertretene den Dritten unmittelbar zur Erfüllung anhalten kann, und andererseits zu diskutieren, inwieweit ihm daraus die Möglichkeit erwächst, Sekundäransprüche gegen den Dritten geltend zu machen.

a. Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen

Der indirekte Stellvertreter kann mit dem Dritten einen Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen vereinbaren. Der Drittvertrag der indirekten Stell-

1008 Siehe etwa BÄRTSCHI, Relativität, S. 68 ff.; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 43 ff.; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 73 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 99 ff.

1009 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 73.

1010 Siehe vorne Rn. 37.

1011 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 178 zu Art. 32 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 83; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 211.

1012 Vorne Rn. 315.

1013 Vgl. BÄRTSCHI, Relativität, S. 73 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 112.

vertretung ist dann zugleich ein Vertrag zu Gunsten Dritter (*Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen*) gemäss Art. 112 OR.¹⁰¹⁴ Voraussetzung dafür ist eine entsprechende Abrede zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten.¹⁰¹⁵ Liegt eine solche Vereinbarung vor, so ist weiter danach zu fragen, ob ein *echter* (Art. 112 Abs. 2, 3 OR) oder ein *unechter* (Art. 112 Abs. 1 OR) Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen abgeschlossen wurde.¹⁰¹⁶ Wie bei der Frage, ob überhaupt ein Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen gegeben ist, kommt es auch hier in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen des indirekten Stellvertreters und des Dritten an.¹⁰¹⁷ Falls ein solcher übereinstimmender, wirklicher Wille nicht auszumachen ist, gilt es durch Auslegung zu ermitteln, ob ein echter oder ein unechter Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen vorliegt.¹⁰¹⁸ Hierbei sind Kriterien wie etwa die Übung oder der Vertragszweck zu berücksichtigen.¹⁰¹⁹

318 Beim echten Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen räumen der indirekte Stellvertreter (Promissar) und der Dritte (Promittent) dem indirekt Vertretenen ein selbständiges Forderungsrecht auf die Leistung des Dritten (Promittent) ein.¹⁰²⁰ Der indirekt Vertretene wird dadurch zwar nicht Partei des Drittvertrags, wohl aber Forderungsgläubiger der Primärleistung.¹⁰²¹ Der Relativitätsgrundsatz wird folglich durchbrochen.¹⁰²²

319 Kommt es beim echten Drittvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen zu einer Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Dritten, so steht dem indirekt Vertretenen anstelle der Primärleistung ein eigenständiger Schadenersatzanspruch zu.¹⁰²³ Die herrschende Lehre und wohl auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gewähren nämlich dem Dritten beim echten Vertrag zu

1014 Siehe vorne Rn. 297 ff.

1015 Vgl. HUGUENIN, AT/BT, N 1121; KRAUSKOPF, Vertrag, N 169 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 197.

1016 Ausführlich zu diesen beiden Erscheinungsformen KRAUSKOPF, Vertrag, N 34 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 206 ff. Siehe auch vorne Rn. 190.

1017 Vgl. BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 44 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 9 zu Art. 112 OR.

1018 Vgl. BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 50 zu Art. 112 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3890; HUGUENIN, AT/BT, N 1126 f.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 275 ff.

1019 M.w.H. BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 50 ff. zu Art. 112 OR; HUGUENIN, AT/BT, N 1127; KRAUSKOPF, Vertrag, N 944 ff.

1020 Vgl. etwa BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 109 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 15 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 37; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 207.

1021 Vgl. BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 6 zu Art. 112 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 207.

1022 Vgl. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 59; KRAUSKOPF, Vertrag, N 28; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 207 *in fine*.

1023 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 355.

Gunsten Dritter einen selbständigen, vertraglichen Anspruch auf Schadenersatz, sofern die Voraussetzungen für eine vertragliche Haftung erfüllt sind.¹⁰²⁴

Haben der indirekte Stellvertreter und der Dritte hingegen einen unechten Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen vereinbart, so soll zwar die Leistung des Dritten (Promittent) unmittelbar an den indirekt Vertretenen erfolgen, dem indirekt Vertretenen steht jedoch kein selbständiges Forderungsrecht gegen den Dritten zu.¹⁰²⁵ Vielmehr verbleiben sämtliche Gläubigerbefugnisse beim indirekten Stellvertreter, der aber nur Leistung an den indirekt Vertretenen verlangen kann.¹⁰²⁶

Aus dem Konzept des unechten Vertrags zu Gunsten Dritter folgt weiter, dass der indirekt Vertretene – mangels Gläubigerbefugnisse – im Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Dritten keinen Schadenersatzanspruch geltend machen kann.¹⁰²⁷ In der Literatur zum unechten Vertrag zu Gunsten Dritter wird dieses Ergebnis häufig als unbillig bezeichnet. Eine Vielzahl von Autoren nimmt daher an, dass der Promissar als Forderungsinhaber berechtigt ist, nicht nur die Primärleistung an den Dritten zu verlangen, sondern vielmehr auch Schadenersatz für den Dritten geltend zu machen.¹⁰²⁸ Unklar ist allerdings, worauf sich dieser Anspruch genau stützt. Zwei Anspruchsgrundlagen kommen hierfür in Frage:

- Nach der einen in der Literatur vertretenen Ansicht ergibt sich der Anspruch des Promissars auf Ersatz des Drittschadens direkt aus dem unechten Vertrag zu Gunsten Dritter.¹⁰²⁹ Schliesslich wäre es inkonsequent, wenn der Promissar zwar die Primärleistung an den Dritten verlangen,

1024 BÄRTSCHI, Relativität, S. 249; BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 119 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT, N 15b zu Art. 112 OR; BUCHER, OR AT, S. 480; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3895; HUGUENIN, AT/BT, N 1141; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1543 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 86.25; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 355 ff. Implizit BGE 83 II 277 E. 2 S. 281.

1025 Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag, N 36; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 208.

1026 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3884; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 208.

1027 Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag, N 801; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 377.

1028 BK-BECKER, N 23 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT, N 13 zu Art. 112 OR; CERUTTI, Untervertrag, N 120; CHK-REETZ/GRABER, N 22 zu Art. 112 OR; ENGEL, traité, S. 419 *in fine*, S. 420 *in initio*; OFK-PENON/BERGER, N 11 zu Art. 112 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 380. Bisweilen ist in der Literatur auch die Auffassung anzutreffen, wonach im unechten Vertrag zu Gunsten Dritter zugleich ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu erblicken ist, weswegen *ex lege* ein Schadenersatzanspruch des Dritten entstehe (VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 379; vgl. auch CERUTTI, Untervertrag, N 565 ff.).

1029 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 384. Wohl auch BK-BECKER, N 23 zu Art. 112 OR; BSK-ZELLWEGE-GUTKNECHT, N 13 zu Art. 112 OR; CHK-REETZ/GRABER, N 22 zu Art. 112 OR.

nicht aber dessen Sekundäransprüche bei Nicht- oder Schlechterfüllung seitens des Promittenten geltend machen könnte.¹⁰³⁰

- 323 — Vertreter einer abweichenden Ansicht erblicken im Schadenersatzanspruch des Promissars beim unechten Vertrag zu Gunsten Dritter einen Anwendungsfall der Drittschadensliquidation.¹⁰³¹ In Übereinstimmung mit dem Konzept der Drittschadensliquidation könne der Schadenersatz hier aber nur an den Promissar erfolgen, der die Leistung in einem weiteren Schritt dem Dritten (hier: indirekt Vertretenen) zukommen lässt.¹⁰³²
- 324 Der unechte Vertrag zu Gunsten Dritter ist darauf ausgerichtet, dass der Promissar vom Promittenten verlangen kann, die Primärleistung unmittelbar an den Dritten zu erbringen.¹⁰³³ Weswegen dies nicht auch für die Leistung von Schadenersatz im Fall der Nicht- oder der Schlechterfüllung durch den Promittenten gelten soll, ist nicht einzusehen.¹⁰³⁴ Auf die indirekte Stellvertretung bezogen heisst das, dass der indirekte Stellvertreter bei Vorliegen eines unechten Drittvertrags zu Gunsten des indirekt Vertretenen den Dritten zur Leistung von Schadenersatz direkt an den indirekt Vertretenen anhalten kann. Ein eigenständiges Forderungsrecht hat der indirekt Vertretene aber nicht.

b. Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen

- 325 Für die Qualifikation als Grundverhältnis indirekter Stellvertretung objektiv wesentlich ist einerseits auf Seiten des indirekten Stellvertreters die Verpflichtung, mit einem Dritten zu kontrahieren und das wirtschaftliche Resultat aus diesem Drittvertrag dem indirekt Vertretenen zukommen zu lassen (*Ablieferungspflicht*), und andererseits die Pflicht des indirekt Vertretenen, alle Auslagen des indirekten Stellvertreters zu ersetzen.¹⁰³⁵ In Kapitel 4 wurde aufgezeigt, dass der indirekte Stellvertreter seine Ablieferungspflicht gegenüber dem indirekt Vertretenen auf zwei Wegen erfüllen kann; entweder durch Weiterübertragung der vom Dritten erbrachten Leistung auf den indirekt Vertretenen oder durch Übertragung der aus dem Drittvertrag entstandenen Forderung auf Primärleistung des Dritten auf den indirekt Vertretenen.¹⁰³⁶ Für den

1030 So explizit VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N384.

1031 KOLLER, Vertragsverletzung, S. 1494; KRAUSKOPF, Vertrag, N871. Wohl auch GAUCH, Werkvertrag, N170.

1032 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N383.

1033 Siehe vorne Rn. 320.

1034 So schon VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N384.

1035 Siehe vorne Rn. 205 ff.

1036 Siehe vorne Rn. 205.

Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen stehen wiederum zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Entweder kann der indirekte Stellvertreter die Forderung nach Art. 164 Abs. 1 OR auf den indirekt Vertretenen übertragen, was gemäss Art. 165 Abs. 1 OR eine schriftliche Abtretungserklärung voraussetzt, oder der indirekt Vertretene kann gestützt auf Art. 401 Abs. 1 OR den Forderungsübergang von sich aus bewirken, was praktisch wohl im Vordergrund stehen dürfte.¹⁰³⁷ Allerdings kann dieser «*automatische*» Forderungsübergang solange nicht stattfinden, als zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter Streit über den Umfang der Leistungspflicht des indirekt Vertretenen herrscht.¹⁰³⁸ Denn die Legalzession setzt gemäss Art. 401 Abs. 1 OR voraus, dass der indirekt Vertretene all seinen Pflichten aus dem Grundverhältnis nachgekommen ist.¹⁰³⁹ Die Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR und die rechtsgeschäftliche Zession nach Art. 164 Abs. 1 OR unterscheiden sich zwar in ihren jeweiligen Voraussetzungen, nicht aber in ihren Wirkungen.¹⁰⁴⁰ So wie die rechtsgeschäftliche Abtretung führt auch die Legalzession dazu, dass der indirekt Vertretene neuer Gläubiger der Forderung gegen den Dritten wird.¹⁰⁴¹ In beiden Fällen kann der indirekt Vertretene die Forderung aber nur dergestalt erwerben, wie sie beim indirekten Stellvertreter bestand («*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*»).¹⁰⁴²

Kommt es zur (Legal-)Zession der Forderung aus dem Drittvertrag auf den indirekt Vertretenen, so kann dieser, als neuer Gläubiger, selbständig die Leistung vom Dritten einfordern und auch einklagen.¹⁰⁴³ Insofern desavouiert der Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen, welcher unabhängig von der Einwilligung des Dritten (Schuldner) stattfindet, das *iuris vinculum* der Parteien des Drittvertrags.¹⁰⁴⁴ Deswegen ist es gerechtfertigt, diese Konstellation unter den Ausnahmen von der Relativität zu diskutieren. 326

Findet ein Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen statt, so stellt sich die Frage, ob dadurch auch eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen 327

1037 Siehe vorne Rn. 245.

1038 Siehe auch ARMBRÜSTER, Drittschäden, S. 81; ARMBRÜSTER, vertragliche Haftung, S. 88; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 668.

1039 Ausführlich zu den Voraussetzungen der Legalzession vorne Rn. 257 ff.

1040 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 166 OR; BUCHER, OR AT, S. 576; CR-PROBST, N 6 zu Art. 166 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3553.

1041 Vgl. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 166 OR; CR-PROBST, N 6 zu Art. 166 OR.

1042 Vgl. z.B. BÄRTSCHI, Relativität, S. 439; BK-FELLMANN, N 23 zu Art. 401 OR; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 46a zu Art. 164 OR; JOST, Übergang, S. 134; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 171; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 667.

1043 Vgl. etwa BSK-OSER/WEBER, N 9 ff. zu Art. 401 OR i.V.m. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 46 zu Art. 164 OR.

1044 Vgl. BÄRTSCHI, Relativität, S. 73 *in fine*, S. 74 *in initio*.

im Fall der Nicht- oder der Schlechterfüllung des Dritten gewährleistet ist. In der Literatur wird dies überwiegend mit dem Argument verneint, dass dem indirekten Stellvertreter aus der Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten kein Schaden erwachse – schliesslich ist er nicht der wirtschaftlich Endberechtigte der Leistung des Dritten – und somit auch keine Schadenersatzforderung auf den indirekt Vertretenen übergehen könne.¹⁰⁴⁵

328 Richtig an dieser Auffassung ist zweierlei: *Erstens* ist der Ansicht zuzustimmen, wonach dem indirekten Stellvertreter aus der Vertragsverletzung des Dritten kein Schaden erwächst.¹⁰⁴⁶ *Zweitens* ist es richtig, dass der indirekt Vertretene nur Forderungsrechte erwerben kann, die der indirekte Stellvertreter seinerseits innehatte.¹⁰⁴⁷ Es ist meines Erachtens aber *falsch*, daraus zu schliessen, eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen sei durch einen Forderungsübergang nie möglich. Vielmehr bedarf es zur Beurteilung dieser Frage einer differenzierten Betrachtungsweise, die nach dem Zeitpunkt des Forderungsübergangs unterscheidet.¹⁰⁴⁸

329 Erwirbt der indirekt Vertretene die Forderung, noch bevor es zu einer Pflichtverletzung des Dritten kommt, so steht ihm zunächst ein auf die Primärleistung des Dritten gerichtetes Forderungsrecht zu. Verlangt er nun vom Dritten Erfüllung und kommt es erst jetzt zu einer Verletzung der Obligation auf Primärleistung, so steht dem indirekt Vertretenen nach der hier vertretenen Auffassung sehr wohl ein Schadenersatzanspruch zu, sofern die Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung erfüllt sind.¹⁰⁴⁹ Das Forderungsrecht auf Primärleistung wandelt sich nämlich in einen Schadenersatzanspruch.¹⁰⁵⁰ Es ist nicht einzusehen, weswegen dem Zessionar dieser Sekundäranspruch bei Nicht- oder Schlechterfüllung nicht zustehen sollte, gehört der Schadenersatzanspruch doch quasi zum Inhalt der Forderung.¹⁰⁵¹ Diese Lösung gerät

1045 BÄRTSCHI, Relativität, S. 439; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 171; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 667. Wohl auch WEBER, Drittschadensliquidation, S. 222.

1046 Siehe hinten Rn. 344 ff.

1047 Siehe die Literaturnachweise vorne in Fn. 1042.

1048 Vgl. ferner BÄRTSCHI, Relativität, S. 439 *in fine*, S. 440 *in initio*; WEBER, Drittschadensliquidation, S. 222.

1049 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 940. Vgl. ferner auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 439 *in fine*, S. 440 *in initio*; WEBER, Drittschadensliquidation, S. 222.

1050 Vgl. ferner VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 357 f.

1051 KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht IV, S. 69 f.; ZK-SPIRIG, N 5 zu Art. 170 OR. Vgl. VON TUHR/PETER, OR AT, S. 16; ferner auch KOLLER, OR AT, N 84.103. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der Abtretbarkeit von Gestaltungsrechten. Mangels Forderungsqualität sind die Gestaltungsrechte grundsätzlich nicht abtretbar (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3424 ff., m.w.H.).

auch nicht in Konflikt mit dem Grundsatz, wonach nicht mehr Rechte auf den indirekt Vertretenen übergehen können, als dem indirekten Stellvertreter zustanden.¹⁰⁵² Denn die Forderung auf Primärleistung hat sich, währenddem der indirekt Vertretene Gläubiger dieser Forderung ist, schlicht weiterentwickelt in eine Schadenersatzforderung. Insofern ist in diesem Fall eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen durchaus möglich.

Findet hingegen eine (Legal-)Zession statt, nachdem es zuvor bereits zu einer Nicht- oder Schlechterfüllung der Drittleistung gekommen ist, so ist eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen in der Tat ausgeschlossen. Denn der indirekte Stellvertreter hat keinen Schaden erlitten, sodass in Ermangelung eines Schadens auch keine Schadenersatzforderung entstanden ist, die auf den indirekt Vertretenen übergehen könnte.¹⁰⁵³

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen durch einen Forderungsübergang in beschränktem Rahmen möglich ist. Voraussetzung dafür ist, dass der indirekt Vertretene die Forderung erwirbt, noch bevor es zur Nicht- oder Schlechterfüllung der Drittleistung kommt.

c. Direktanspruch des indirekt Vertretenen im Fall der Substitution (Art. 399 Abs. 3 OR)

aa. Im Allgemeinen

Im Rahmen der rechtlichen Qualifikation des Drittvertrags wurde aufgezeigt, dass die Substitution ein Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung ist.¹⁰⁵⁴ Bei der Beantwortung der Frage nach der Rechtsbeziehung des indirekt Vertretenen zum Dritten ist in diesem besonderen Fall eine spezifische Gesetzesbestimmung zu berücksichtigen: Art. 399 Abs. 3 OR. Diese Gesetzesnorm lautet: *«In beiden Fällen kann der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen».*

Art. 399 Abs. 3 OR gestattet dem Auftraggeber (indirekt Vertretenen), die Ansprüche, die dem Beauftragten (indirekten Stellvertreter) gegen den Substituten (Dritten) zustehen, unmittelbar selber gegen diesen geltend zu machen.¹⁰⁵⁵ Dieses direkte Forderungsrecht steht dem indirekt Vertretenen ungeachtet dessen zu, ob die Substitution im Grundverhältnis zulässig war

1052 Siehe vorne Rn. 325 *in fine*.

1053 Ausführlich dazu hinten Rn. 344 ff.

1054 Siehe vorne Rn. 300 ff.

1055 BK-FELLMANN, N 93 zu Art. 399 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 25 zu Art. 399 OR; CR-WERRO, N 6 zu Art. 399 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 11 zu Art. 399 OR; OFK-BÜHLER, N 4 zu Art. 399 OR.

oder nicht.¹⁰⁵⁶ Im Unterschied zum Forderungsübergang durch (Legal-)Zession kommt es bei Art. 399 Abs. 3 OR nicht zu einem Gläubigerwechsel.¹⁰⁵⁷ Vielmehr führt die Bestimmung zu einer kumulativen Berechtigung des indirekten Stellvertreters und des indirekt Vertretenen.¹⁰⁵⁸ Parallel zum Forderungsrecht des indirekten Stellvertreters besteht ein Forderungsrecht des indirekt Vertretenen, welches inhaltlich nicht über das Forderungsrecht des indirekten Stellvertreters hinausgeht.¹⁰⁵⁹ Der indirekt Vertretene kann also nur die Ansprüche geltend machen, die dem indirekten Stellvertreter aufgrund des Drittvertrags gegen den Substituten zustehen.¹⁰⁶⁰

334 Das in Art. 399 Abs. 3 OR verankerte unmittelbare Forderungsrecht des indirekt Vertretenen im Fall der Substitution erinnert an den echten Vertrag zu Gunsten Dritter. In der Literatur wird die Substitution bisweilen auch als ein Anwendungsfall des Vertrags zu Gunsten Dritter betrachtet.¹⁰⁶¹ Nach dieser Ansicht wäre also der Drittvertrag mit dem Substituten auch ein Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen. Dem kann hier nicht gefolgt werden. Denn ein Vertrag zu Gunsten Dritter wird regelmässig konsensual durch eine entsprechende Vereinbarung begründet.¹⁰⁶² Eine solche liegt hier aber nicht ohne Weiteres vor. Vielmehr ist der Drittvertrag mit dem Substituten nur im Ausnahmefall – bei Vorliegen eines entsprechenden Konsenses – ein Vertrag zu Gunsten Dritter.¹⁰⁶³ Von dieser Lösung scheint auch der Gesetzgeber ausgegangen zu sein, verbleibt der Anspruch doch gemäss Art. 399 Abs. 3 OR beim Beauftragten, der den Substituten auch zur Leistung an sich anhalten kann. Daraus ist zu schliessen, dass die Substitution eben kein (echter) Vertrag zu Gunsten Dritter ist.¹⁰⁶⁴

335 Wie soeben gezeigt wurde, ermöglicht Art. 399 Abs. 3 OR dem indirekt Vertretenen (Auftraggeber), die Ansprüche des indirekten Stellvertreters (Beauftragten) aus dem Drittvertrag selber gegen den Substituten geltend zu

1056 BK-FELLMANN, N 94 zu Art. 399 OR; CR-WERRO, N 6 zu Art. 399 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 11 zu Art. 399 OR; HONSELL, OR BT, S. 349.

1057 So explizit BK-FELLMANN, N 97 zu Art. 399 OR.

1058 BK-FELLMANN, N 97 zu Art. 399 OR.

1059 Vgl. BK-FELLMANN, N 97 zu Art. 399 OR; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 172; VON TUHR/ESCHER, OR AT, § 68 Fn. 122.

1060 Vgl. MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 173.

1061 BK-GAUTSCHI, N 10a zu Art. 399 OR; BUCHER, OR BT, S. 232; KOLLER, OR AT, N 61.11. FELLMANN zufolge rückt Art. 399 Abs. 3 OR die Substitution in die Nähe des Vertrags zu Gunsten Dritter, wobei sich die beiden Tatbestände aber nicht vollständig decken (BK-FELLMANN, N 100 zu Art. 399 OR).

1062 Siehe vorne Rn. 297.

1063 Vgl. ferner BÄRTSCHI, Relativität, S. 437; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 663.

1064 Vgl. BÄRTSCHI, Relativität, S. 437; FELLMANN/SCHWARZ, Entscheidung, S. 98.

machen.¹⁰⁶⁵ Der indirekt Vertretene kann den Substituten somit u.a. zur Erbringung der Primärleistung anhalten.¹⁰⁶⁶ Durch Erfüllung dieser Forderung befreit sich der Substitut auch gegenüber seinem Vertragspartner, vorausgesetzt, die Forderung geht durch Erfüllung unter.¹⁰⁶⁷

Hinsichtlich der Frage, ob Art. 399 Abs. 3 OR – zumindest im Fall der Substitution – eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen ermöglicht, ist zu beachten, dass der indirekt Vertretene gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR keine eigenen Ansprüche geltend machen kann. Im Gegenteil: Ersatzberechtigt ist einzig der beauftragte indirekte Stellvertreter.¹⁰⁶⁸ Diesem erwächst aber aus der Nicht- oder der Schlechterfüllung des Substituten kein Schaden.¹⁰⁶⁹ Folglich kann auch keine Schadenersatzforderung entstehen, die der indirekt Vertretene geltend machen könnte. Eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen über Art. 399 Abs. 3 OR ist somit nicht möglich.¹⁰⁷⁰ 336

bb. Verhältnis zwischen Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 401 OR

Wie zuvor bereits gezeigt wurde, ist die Substitution ein Anwendungsfall der indirekten Stellvertretung.¹⁰⁷¹ Im Folgenden ist daher das Verhältnis zwischen Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 401 OR zu ermitteln. Dies soll anhand der zuvor bereits gebildeten Fallgruppen erfolgen.¹⁰⁷² Dazu im Einzelnen Folgendes: 337

Erfüllt der Substitut selber den ihm übertragenen Auftrag, so liegt eine *einfache indirekte Stellvertretung* vor, bestehend aus dem Auftrag (Grundvertrag) zwischen dem indirekt Vertretenen (Hauptauftraggeber) und dem indirekten Stellvertreter (Erst-Beauftragten) sowie aus dem Substitutionsauftrag (Drittvertrag) zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Substituten 338

1065 Siehe vorne Rn. 333.

1066 Vgl. BK-FELLMANN, N101 zu Art. 399 OR.

1067 Vgl. BK-FELLMANN, N99 zu Art. 399 OR.

1068 Vgl. BK-FELLMANN, N102 zu Art. 399 OR.

1069 Siehe hinten Rn. 344 ff.

1070 So auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 436 *in fine*, S. 437 *in initio*; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N662. Vgl. auch BK-FELLMANN, N102 zu Art. 399 OR; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N172 ff. Unklar diesbezüglich BGE 121 III 310. In diesem Entscheid spricht sich das Bundesgericht zwar für einen Direktanspruch des Auftraggebers gegen den Substituten aus (BGE 121 III 310 E. 4a S. 314 ff.). Gleichzeitig lässt es aber die Frage offen, ob sich der Direktanspruch unmittelbar aus Art. 399 Abs. 3 OR herleitet. Dem Entscheid ist insofern zuzustimmen, als dass aus Wertungsgesichtspunkten ein Direktanspruch des Auftraggebers anzuerkennen ist. Wie sich später noch zeigen wird, kann das Problem mithilfe der Drittschadensliquidation zufriedenstellend gelöst werden (siehe hinten Rn. 344 ff.).

1071 Siehe vorne Rn. 300 ff.

1072 Siehe vorne Rn. 306 ff.

(Dritter).¹⁰⁷³ Die Art. 401 und Art. 399 Abs. 3 OR sind beide anwendbar.¹⁰⁷⁴ Dem indirekt Vertretenen steht es also frei, entweder seinen Pflichten aus dem Auftrag gegenüber dem indirekten Stellvertreter nachzukommen und auf diese Weise von sich aus einen Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 OR zu bewirken oder gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR die Ansprüche des indirekten Stellvertreters gegenüber dem Substituten geltend zu machen.¹⁰⁷⁵ Das Vorgehen über Art. 399 Abs. 3 OR ist für den indirekt Vertretenen dann vorteilhafter, wenn zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen Streit über den Umfang der Ansprüche des indirekten Stellvertreters aus dem Grundvertrag herrscht, da eine Legalzession dann nicht ohne Weiteres möglich ist.¹⁰⁷⁶ Das bedeutet aber nicht, dass der indirekt Vertretene im Rahmen von Art. 399 Abs. 3 OR keine Leistungen erbringen muss.¹⁰⁷⁷ Schliesslich kann der Substitut dem indirekt Vertretenen (Hauptauftraggeber) sämtliche Einwendungen und Einreden aus seinem Vertragsverhältnis zum indirekten Stellvertreter (Erst-Beauftragten) entgegenhalten.¹⁰⁷⁸ Das gilt auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR).¹⁰⁷⁹ Der Substitut kann also den indirekt Vertretenen zur Erbringung der Gegenleistung aus dem Drittvertrag bewegen.¹⁰⁸⁰ Der Anspruch des Substituten aus dem Drittvertrag wird aber regelmässig kleiner ausfallen als jener des indirekten Stellvertreters aus dem Grundvertrag, der im Rahmen von Art. 401 Abs. 1 OR zu ersetzen wäre, enthält er doch nicht die Auslagen und Provisionsansprüche des indirekten Stellvertreters.¹⁰⁸¹

339 Schliesst der Substitut hingegen einen Vertrag mit einem Vierten als indirekter Stellvertreter des Erst-Beauftragten ab, so kommt es zu einer *doppelten indirekten Stellvertretung*.¹⁰⁸² Der Erst-Beauftragte (erste indirekte Stellvertreter) ist zugleich indirekt Vertretener bei der zweiten indirekten Stellvertretung und der Substitut der zweite indirekte Stellvertreter in dieser Kette. Die Forderungsrechte des Erst-Beauftragten (ersten indirekten Stellvertreters) gegen den Substituten aus dem ersten Drittvertrag kann der indirekt Vertretene (Hauptauftraggeber) wiederum wahlweise über Art. 399 Abs. 3 OR geltend

1073 Siehe vorne Rn. 307.

1074 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 655.

1075 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 655.

1076 Siehe vorne Rn. 325.

1077 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 655.

1078 BGE 91 II 442 E. 3 S. 447; BK-FELLMANN, N 110 zu Art. 399 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 12 zu Art. 399 OR.

1079 BK-FELLMANN, N 110 zu Art. 399 OR.

1080 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 655.

1081 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 655.

1082 Siehe vorne Rn. 309.

machen oder nach Art. 401 Abs. 1 OR auf sich übergehen lassen.¹⁰⁸³ Allerdings wird ein derartiges Vorgehen für den indirekt Vertretenen (Hauptauftraggeber) nur selten praktisch von Interesse sein. Denn anders als in der Fallgruppe der einfachen indirekten Stellvertretung ist das wirtschaftliche Interesse des indirekt Vertretenen hier nicht auf die Leistung des Substituten gerichtet, sondern auf die Leistung des Vierten, mit dem der Substitut als indirekter Stellvertreter des Erst-Beauftragten (ersten indirekten Stellvertreters) kontrahiert.¹⁰⁸⁴ Dies sei an folgendem Beispiel veranschaulicht: Ein zum Einkauf eines Gemäldes verpflichteter Kommissionär schliesst mit dem Dritten einen weiteren Kommissionsvertrag ab, in welchem er den Dritten dazu verpflichtet, seinerseits als Einkaufskommissionär das Bild von einem Vierten (Eigentümer) zu erwerben.¹⁰⁸⁵ Dem Erst-Kommittenten geht es darum, das Bild zu erwerben, ohne selber den Kaufvertrag mit dem Eigentümer und Verkäufer abzuschliessen. Sein wirtschaftliches Interesse ist somit auf die Leistung des Vierten (Eigentümer) gerichtet.

Dieser Interessenlage kann durch eine Kombination von Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 401 Abs. 3 OR teilweise Rechnung getragen werden.¹⁰⁸⁶ Zu einer solchen Kombination kommt es in der Fallgruppe der doppelten indirekten Stellvertretung deshalb, weil der Erst-Beauftragte (erste indirekte Stellvertreter) hier eine Doppelrolle innehat. Einerseits ist er der indirekte Stellvertreter in der ersten indirekten Stellvertretung und andererseits fungiert er im Rahmen der zweiten indirekten Stellvertretung als indirekt Vertretener des Substituten.¹⁰⁸⁷ In letztgenannter Funktion steht ihm im Fall des Konkurses des Substituten das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR an den beweglichen Sachen zu, die der Substitut als sein indirekter Stellvertreter vom Vierten erworben hat.¹⁰⁸⁸ Dieses Aussonderungsrecht kann der erste indirekt Vertretene (Hauptauftraggeber) unmittelbar selber gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR geltend machen.¹⁰⁸⁹ Dies, weil das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR Art. 399 Abs. 3 OR unterliegt.¹⁰⁹⁰ Auf das vorstehend genannte Beispiel bezogen heisst das, dass der Erst-Kommittent im Fall des Konkurses des Substituten (Dritten) das vom Vierten (Eigentümer) erworbene Bild aussondern kann.

1083 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 656.

1084 Vgl. vorne Rn. 338.

1085 Siehe auch vorne Rn. 301 ff.

1086 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 657.

1087 Vgl. BK-FELLMANN, N 154 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 657.

1088 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 657.

1089 BK-FELLMANN, N 154 zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 7 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 657.

1090 BK-FELLMANN, N 154 zu Art. 401 OR; BK-GAUTSCHI, N 21a zu Art. 401 OR; BSK-OSER/WEBER, N 7 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 657.

- 341 Fraglich ist in diesem Fall, ob der Erst-Kommittent neben den Pflichten des Erst-Kommissionärs gegenüber dem Substituten (vgl. Art. 401 Abs. 3 OR) auch seine eigenen Pflichten gegenüber dem Erst-Kommissionär erfüllen muss. Von den wenigen Autoren, die sich zu dieser Problematik geäußert haben, wird dies zumeist verneint.¹⁰⁹¹ Ausreichend dafür, dass der erste indirekt Vertretene (Hauptauftraggeber) gestützt auf Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 401 Abs. 3 OR die beweglichen Sachen, die der Substitut vom Vierten erworben hat, aussondern kann, sei vielmehr einzig die Erfüllung aller Pflichten des ersten indirekten Stellvertreters gegenüber dem Substituten.¹⁰⁹² Vor dem Hintergrund des geltenden Gesetzestextes scheint diese Auffassung zuzutreffen, verlangt Art. 399 Abs. 3 OR doch nicht die Erfüllung der aus dem Hauptauftrag resultierenden Ansprüche des ersten indirekten Stellvertreters.¹⁰⁹³ Zu beachten ist allerdings, dass sich daraus ein Schutzdefizit für den ersten indirekten Stellvertreter ergibt.¹⁰⁹⁴ Schliesslich kann der Hauptauftraggeber und erste indirekt Vertretene somit die Leistung, auf die sein wirtschaftliches Interesse gerichtet war, erhalten, ohne gleichzeitig seine Pflichten aus dem Grundvertrag erfüllt zu haben.
- 342 Keine Anwendung findet die Kombination von Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 401 OR auf die vom Substituten gegen den Vierten erworbenen Forderungsrechte.¹⁰⁹⁵ Die Legalzession (Art. 401 Abs. 1 OR) unterliegt nämlich nicht Art. 399 Abs. 3 OR, da es sich hier nicht um einen Anspruch des zweiten indirekt Vertretenen (erster indirekter Stellvertreter) gegenüber dem Substituten im Sinne von Art. 399 Abs. 3 OR handelt.¹⁰⁹⁶ Im Ausgangsbeispiel könnte sich also der Erst-Kommittent nicht die Forderung auf Übertragung des Bildes aus dem Kaufvertrag zwischen dem Substituten und dem Vierten (Eigentümer) verschaffen.
- 343 Schliesslich muss noch das Verhältnis zwischen Art. 399 Abs. 3 OR und Art. 401 OR für die dritte in der vorliegenden Untersuchung gebildete Fallgruppe erörtert werden.¹⁰⁹⁷ Im Unterschied zur vorherigen Konstellation agiert der Substitut hier als direkter Stellvertreter des Erst-Beauftragten (indirekten Stellvertreters) und begründet auf diese Weise unmittelbar ein Vertragsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Vierten.¹⁰⁹⁸ Auf die

1091 BK-FELLMANN, N 154 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 657. A.M. wohl BK-GAUTSCHI, N 21a zu Art. 401 OR.

1092 BK-FELLMANN, N 154 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 657.

1093 So auch BK-FELLMANN, N 154 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 657.

1094 Vgl. BK-FELLMANN, N 155 zu Art. 401 OR.

1095 BK-FELLMANN, N 156 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 658.

1096 BK-FELLMANN, N 156 zu Art. 401 OR; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 658.

1097 Siehe vorne Rn. 310.

1098 Vgl. ferner BSK-OSER/WEBER, N 6 zu Art. 398 OR.

indirekte Stellvertretung folgt eine direkte Stellvertretung. Der indirekte Stellvertreter (Erst-Beauftragte) ist zugleich direkt Vertretener in Bezug auf die direkte Stellvertretung des Substituten. In diesem Fall ist die Leistung, die der Vierte dem indirekten Stellvertreter erbringen muss, auch diejenige, auf die das wirtschaftliche Interesse des indirekt Vertretenen gerichtet ist. Folglich wird der indirekt Vertretene daran interessiert sein, sich die Forderungsrechte, die der indirekte Stellvertreter aus dem Vertretungsgeschäft gegen den Vierten erworben hat, zu verschaffen. Dies kann er unter den Voraussetzungen von Art. 401 Abs. 1 OR erreichen.¹⁰⁹⁹ Zwar hat hier der indirekte Stellvertreter nicht selber die Willenserklärung zum Vertragsabschluss mit dem Vierten abgegeben, sondern sich dafür des Substituten als seines direkten Stellvertreters bedient, doch sollte dies für die Anwendbarkeit von Art. 401 OR meines Erachtens keinen Unterschied machen.¹¹⁰⁰ Daher könnte der indirekt Vertretene im Fall des Konkurses des indirekten Stellvertreters auch vom Schutz durch Art. 401 Abs. 2 und Abs. 3 OR profitieren und beispielsweise die beweglichen Sachen, die der indirekte Stellvertreter vom Vierten erworben hat, aussondern.¹¹⁰¹ Demgegenüber wäre Art. 399 Abs. 3 OR für den indirekt Vertretenen in dieser Konstellation nur von geringem Interesse, denn diese Norm betrifft nur die Ansprüche des indirekten Stellvertreters gegenüber dem Substituten.

§4 Ansprüche bei Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten

1. Ausgangslage und Problemstellung

Der indirekt Vertretene ist nicht Partei des Drittvertrags. Dem Grundsatz nach stehen ihm daher auch keine direkten Forderungsrechte gegenüber dem Dritten zu.¹¹⁰² Gleichzeitig liegt das wirtschaftliche Interesse an der Vertragsleistung des Dritten beim indirekt Vertretenen.¹¹⁰³ Die Folge davon ist, dass allfällige aus einer Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten resultierende Schäden typischerweise den indirekt Vertretenen treffen.¹¹⁰⁴ Zur Veranschaulichung

1099 Weiterführend zu den Voraussetzungen von Art. 401 Abs. 1 OR vorne Rn. 257 ff.

1100 Soweit ersichtlich wird diese Frage in der Literatur nicht näher diskutiert.

1101 Vgl. ferner BK-FELLMANN, N 159 zu Art. 401 OR.

1102 Siehe vorne Rn. 315.

1103 Siehe vorne Rn. 16.

1104 So etwa MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 155f.; TANDOGAN, réparation, S. 310; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658. Vgl. auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 435.

sei hierfür auf das von MARTI-SCHREIER angeführte Beispiel verwiesen.¹¹⁰⁵ In diesem betraut ein Kommittent einen Kommissionär mit dem Erwerb einer Maschine für seinen Betrieb. Durch den Lieferverzug des Verkäufers (Dritten) entsteht dem Kommittenten ein erheblicher Schaden, nicht zuletzt aufgrund von Produktionsausfällen. Einen vertraglichen Ersatzanspruch gegen den Verkäufer hat der Kommittent aber nicht, denn er ist nicht Partei des Kaufvertrags. Der eigentlich anspruchsberechtigte Kommissionär wiederum erleidet keinen Schaden, da er die Maschine nicht selber benötigt.

345 In einem solchen Fall hat der indirekt Vertretene i.d.R. auch keine Möglichkeit, sich seinen Schaden gestützt auf das Grundverhältnis vom indirekten Stellvertreter ersetzen zu lassen.¹¹⁰⁶ Denn den indirekten Stellvertreter trifft an der Nicht- oder der Schlechterfüllung des Dritten kein Verschulden, sodass er dem indirekt Vertretenen gegenüber auch nicht haftet.¹¹⁰⁷ Eine Ausnahme davon ist aber dann zu machen, wenn es zu einer im Grundverhältnis unbefugten Substitution gekommen ist.¹¹⁰⁸ In diesem Fall findet nämlich Art. 399 Abs. 1 OR Anwendung.¹¹⁰⁹ Demnach haftet der Beauftragte bei unbefugter Substitution für die Handlungen des Substituten, wie wenn es seine eigenen wären. Da der indirekte Stellvertreter durch die unbefugte Substitution selber eine Pflichtverletzung begeht, wird in der Literatur überzeugend vertreten, dass bei einer Haftung nach Art. 399 Abs. 1 OR eine Exkulpation nicht möglich ist.¹¹¹⁰ Kommt es zu einer unbefugten Substitution, so kann der indirekt Vertretene also verschuldensunabhängig vom indirekten Stellvertreter Schadenersatz verlangen.¹¹¹¹ Abgesehen von diesem Ausnahmefall bleibt es aber dabei, dass eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen aus dem Grundverhältnis nicht möglich ist.

346 Im vorhergehenden Paragraphen wurde gezeigt, dass dem indirekt Vertretenen in gewissen Ausnahmefällen ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Dritten zusteht.¹¹¹² Hinsichtlich der Frage, ob damit dem indirekt Vertretenen auch die Geltendmachung eigener Sekundäransprüche möglich ist, müssen zwei Fallgruppen voneinander unterschieden werden:

1105 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 156.

1106 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658.

1107 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 658.

1108 Vgl. MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 157.

1109 Weiterführend zur unbefugten Substitution BK-FELLMANN, N 10 ff. zu Art. 399 OR.

1110 So etwa BSK-OSER/WEBER, N 5 zu Art. 399 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 21 zu Art. 399 OR; HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 6 zu Art. 399 OR; VON TUHR/ESCHER, OR AT, S. 124. A.A. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 95 *in fine*, S. 96 *in initio*.

1111 Vgl. ferner HK-GRAHAM-SIEGENTHALER, N 6 zu Art. 399 OR.

1112 Siehe vorne Rn. 316 ff.

- Bei Vorliegen eines echten Vertrags zu Gunsten des indirekt Vertretenen sowie bei einem zeitlich der Vertragsverletzung des Dritten vorausgehenden Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen ist diese Frage zu bejahen.¹¹¹³ Der indirekt Vertretene kann bei Vorliegen aller Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung vom Dritten Schadenersatz verlangen. Darüber hinaus ist eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen auch im Fall eines unechten Vertrags zu Gunsten des indirekt Vertretenen möglich.¹¹¹⁴ Hier allerdings mit dem Unterschied, dass nur der indirekte Stellvertreter den Dritten zur Leistung von Schadenersatz an den indirekt Vertretenen anhalten kann.¹¹¹⁵ 347
- Nicht möglich ist eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen hingegen aufgrund von Art. 399 Abs. 3 OR oder beim zeitlich der Vertragsverletzung des Dritten nachfolgenden Forderungsübergang.¹¹¹⁶ Dies, weil der indirekte Stellvertreter durch die Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten keinen Schaden erleidet und somit keine Schadenersatzforderung entsteht, die der indirekt Vertretene nach Art. 399 Abs. 3 OR geltend machen¹¹¹⁷ oder nach Art. 401 Abs. 1 OR erwerben könnte.¹¹¹⁸ In der Literatur wird dies vereinzelt bestritten.¹¹¹⁹ Vornehmlich PIOTET vertritt – unter Bezugnahme auf die Differenztheorie – die Auffassung, dass der indirekte Stellvertreter aus der Vertragsverletzung des Dritten sehr wohl einen Schaden erleide und der indirekt Vertretene sich somit über Art. 401 Abs. 1 OR ebendiese Schadenersatzforderung gegen den Dritten verschaffen könne.¹¹²⁰ Infolge der Vertragsverletzung des Dritten sei nämlich das Vermögen des indirekten Stellvertreters um die Zuwendung, die ihm der Dritte vorenthalte, gemessen am hypothetischen Vermögensstand ohne die Vertragsverletzung effektiv vermindert.¹¹²¹ Diese Auffassung wird im Schrifttum mehrheitlich abgelehnt, und das zu Recht, ist der indirekte Stellvertreter doch verpflichtet, die Zuwendung des Dritten auf 348

1113 Siehe vorne Rn. 319 und Rn. 329.

1114 Siehe vorne Rn. 320 ff.

1115 Siehe vorne Rn. 324.

1116 Siehe vorne Rn. 336 und Rn. 330.

1117 Siehe vorne Rn. 336.

1118 Siehe vorne Rn. 330

1119 Siehe ENGEL, *traité*, S. 21; CHAIX, *sous-traitance*, S. 246; PIOTET, *débiteur*, N168 ff.; PIOTET, *théorie*, S. 340.

1120 PIOTET, *débiteur*, N176 ff.

1121 PIOTET, *débiteur*, N176 ff., insbesondere N183.

den indirekt Vertretenen weiter zu übertragen.¹¹²² Die Zuwendung des Dritten soll sich also gar nicht vermehrend auf das Vermögen des indirekten Stellvertreters auswirken. Dessen Vermögen fungiert vielmehr als ein transitorisches Vehikel. Oder, mit den Worten von MARTI-SCHREIER ausgedrückt: «Wenn man mit Piotet bei Lieferung der Sache durch den Schuldner trotzdem von einer Zunahme der Aktiven des Gläubigers ausgehen wollte, dann müsste konsequenterweise die Pflicht zur Herausgabe dieser Sache an den Dritten [gemeint ist der indirekt Vertretene] als Passivum qualifiziert werden, welches das Vermögen des Gläubigers belastet».¹¹²³

- 349 Bisher wurde gezeigt, dass der indirekt Vertretene in den allermeisten Fällen keine Schadenersatzansprüche gegenüber dem Dritten geltend machen kann. Gleichzeitig ist er aber derjenige, den allfällige Schäden bei einer Vertragsverletzung des Dritten treffen. Durch die indirekte Stellvertretung kommt es zu einem Haftungsdefizit.¹¹²⁴ Dieses Haftungsdefizit wird nach einer weit verbreiteten Ansicht durch die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation ausgeglichen.¹¹²⁵ Bei der Drittschadensliquidation geht es um Fälle, in denen aufgrund besonderer Umstände anstelle des eigentlich anspruchsberechtigten Gläubigers eine andere (dritte) Person einen Schaden erleidet, es mithin zu einer zufälligen Schadensverlagerung kommt.¹¹²⁶ Nach dem Konzept der Drittschadensliquidation soll es dem Gläubiger in einem solchen Fall möglich sein, Ersatz des Drittschadens selbständig geltend zu machen und einzuklagen.¹¹²⁷ Auf die indirekte Stellvertretung bezogen heisst das, dass der nicht geschädigte indirekte Stellvertreter für den Schaden des indirekt Vertretenen (Drittschaden) einen Ersatzanspruch gestützt auf den Drittvertrag erheben kann. Im Folgenden ist die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation näher zu beschreiben.

1122 Siehe etwa MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 165 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 666 ff. Vgl. auch BÄRTSCHLI, Relativität, S. 439; TANDOGAN, réparation, S. 310.

1123 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 166.

1124 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 155 *in fine*.

1125 BÄRTSCHLI, Relativität, S. 434 ff.; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 154 ff.; PERREN, Drittschadensliquidation, S. 68 ff.; TANDOGAN, réparation, S. 310; VON CAEMMERER, Drittschadensersatz, S. 358 f.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 657 ff. Wohl auch SPIRO, Haftung, S. 287.

1126 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 554.

1127 BÄRTSCHLI, Relativität, S. 408 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2885; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 557.

2. Die Drittschadensliquidation

a. Konzeption

Nach schweizerischer Rechtsauffassung setzen vertragliche Schadenersatzansprüche voraus, dass der vom Schuldner verursachte Schaden im Vermögen des Gläubigers eingetreten ist.¹¹²⁸ Zu ersetzen ist dem Grundsatz nach also nur der Schaden des durch den jeweiligen Tatbestand geschützten Gläubigers (*Dogma vom Gläubigerinteresse*).¹¹²⁹ In gewissen Situationen würde ein starres Festhalten an diesem Dogma jedoch zu Haftungsdefiziten führen. Gemeint sind hiermit Fälle, in welchen ein Schaden, der auf eine schuldnerische Vertragsverletzung zurückzuführen ist, eigentlich im Vermögen des Gläubigers hätte eintreten sollen, tatsächlich aber infolge besonderer Umstände auf einen Dritten verlagert wird.¹¹³⁰ Anstelle des eigentlich anspruchsberechtigten Gläubigers wird hier ein Dritter geschädigt. Da der geschädigte Dritte in keinem vertraglichen Verhältnis zum Schuldner steht, hat er auch keinen Ersatzanspruch.¹¹³¹ Ein konsequentes Festhalten am Dogma vom Gläubigerinteresse würde in einem solchen Fall zum unbilligen Ergebnis führen, dass der pflichtwidrig handelnde Schuldner nicht haftbar gemacht werden könnte, hat der Anspruchsinhaber doch keinen Schaden erlitten.¹¹³²

In der schweizerischen Lehre wird daher mehrheitlich die ursprünglich im deutschen Recht entwickelte Figur der Drittschadensliquidation anerkannt.¹¹³³ Nach dieser Rechtsfigur kann der eigentlich ersatzberechtigte

1128 BGer 4A_71/2012 vom 27. November 2012, E. 5.4 *in initio*; BSK-WIEGAND, N 40 zu Art. 97 OR; CHK-FURRER/WEY, N 92 zu Art. 97/98 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2882; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 35 ff.; TANDOGAN, réparation, S. 306; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 118 ff. Zum deutschen Recht etwa: HENN, Drittschadensliquidation, S. 21, 24; PUHLE, Drittschadensliquidation, S. 75; TRAUOGOTT, Drittschadensliquidation, S. 13 ff.; URBAN, Drittschadensliquidation, S. 14.

1129 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 35.

1130 Siehe MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 23 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 554 ff.

1131 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 555.

1132 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 556.

1133 ARMBRÜSTER, vertragliche Haftung, S. 86 ff.; BÄRTSCHI, Relativität, S. 408 f.; BK-WEBER/EMMENEGGER, N 504 ff. zu Art. 97 OR; BSK-HUWILER/EGGEL, N 43a f. zu Art. 562 ZGB; CHK-REETZ/GRABER, N 44 zu Art. 112 OR; CR-THÉVENOZ, N 44 ff. zu Art. 97 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2886 ff., insbesondere N 2889; KOLLER, OR AT, § 61 N 20 ff.; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 62 ff.; PERREN, Drittschadensliquidation, S. 67 ff., insbesondere S. 80 *in fine*; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 14.24 ff.; TANDOGAN, réparation, S. 316 ff.; THORENS, dommage, S. 128 f.; VON CAEMMERER, Drittschadensersatz, S. 356 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 554 ff.; VON TUHR/ESCHER, OR AT, S. 111 f. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hingegen hat die Figur der Drittschadensliquidation bisher noch nicht angewandt.

Gläubiger in denjenigen Fällen, in welchen es aufgrund besonderer Umstände zu einer zufälligen Schadensverlagerung auf einen Dritten kommt, den Schaden des Dritten selber geltend machen und auch einklagen, ergo «liquidieren». ¹¹³⁴ Für den pflichtwidrig handelnden Schuldner entsteht dadurch nicht das Risiko einer personellen Haftungserweiterung. ¹¹³⁵ Schliesslich führt die Anwendung der Drittschadensliquidation einzig dazu, dass der pflichtwidrig handelnde Schuldner den Schaden eines Dritten ersetzen muss und nicht einfach davon profitieren kann, dass sich die negativen Folgen seines Verhaltens zufälligerweise nicht bei seinem unmittelbaren Vertragspartner auswirken. ¹¹³⁶

352 Das Konzept der Drittschadensliquidation wird überwiegend so verstanden, dass der Schuldner den *vollen* Schaden des Dritten ersetzen muss, einschliesslich all derjenigen Schadensposten, die aufgrund besonderer Dispositionen des Dritten entstanden sind. ¹¹³⁷ Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Schuldner zur Erbringung einer bestimmten Leistung unabhängig von der Höhe des Schadens im Fall einer Vertragsverletzung verpflichtet hat. ¹¹³⁸ Diese Ansicht überzeugt. Schlussendlich ist auch in anderen Bereichen – zu denken ist etwa an das ausservertragliche Haftpflichtrecht – derjenige Schaden zu ersetzen, der aufgrund der gegebenen Umstände eingetreten ist. ¹¹³⁹ Gegen eine volle Schadloshaltung des Dritten kann auch nicht eingewendet werden, dass es dadurch zu einer für den Schuldner untragbaren Haftungserweiterung komme. Denn wie VON GRAFFENRIED zutreffend ausführt, müssen auch bei einer Haftung aus Drittschadensliquidation jeweils die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sein. ¹¹⁴⁰ Eine Einschränkung der schuldnerischen Haftung ergibt sich dabei insbesondere aus dem Erfordernis der adäquaten Kausalität, mit welcher sich das Einstehenmüssen für allfällige Drittschäden auf ein vernünftiges Mass beschränken lässt. ¹¹⁴¹

353 Wie zuvor bereits beschrieben, ist es dem indirekt Vertretenen i.d.R. nicht möglich, Schadenersatzansprüche gegenüber dem Dritten geltend zu

1134 Statt vieler BK-WEBER/EMMENEGGER, N 512 zu Art. 97 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 557.

1135 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 558. Vgl. auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 423.

1136 Vgl. BÄRTSCHI, Relativität, S. 435.

1137 ARMBRÜSTER, vertragliche Haftung, S. 85 *in fine*, S. 86 *in initio*; BÄRTSCHI, Relativität, S. 415; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 582 ff. Für das deutsche Recht etwa TRAU-GOTT, Drittschadensliquidation, S. 18; VON SCHROETER, Drittschadensliquidation, S. 24.

1138 ARMBRÜSTER, vertragliche Haftung, S. 85 *in fine*, S. 86 *in initio*.

1139 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 583.

1140 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 584.

1141 MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 425; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 584.

machen.¹¹⁴² Gleichzeitig ist es aber der nicht anspruchsberechtigte indirekt Vertretene, den die negativen Folgen einer Vertragsverletzung des Dritten treffen. Die Anwendung der Drittschadensliquidation auf die indirekte Stellvertretung ermöglicht dem anspruchsberechtigten indirekten Stellvertreter (Gläubiger), gestützt auf den Drittvertrag, einen Ersatzanspruch für den Schaden des indirekt Vertretenen (Dritten aus der Perspektive der Drittschadensliquidation) zu erheben (*Liquidation des Schadens des indirekt Vertretenen*).¹¹⁴³ Nach dem Konzept der Drittschadensliquidation hat der Dritte (Schuldner aus der Perspektive der Drittschadensliquidation) dabei grundsätzlich den gesamten Schaden des indirekt Vertretenen zu ersetzen.¹¹⁴⁴ Dieser Grundsatz muss aber insoweit flexibel gehandhabt werden, als es gerade bei der indirekten Stellvertretung dazu kommen kann, dass der Dritte nicht bereit gewesen wäre, mit dem indirekt Vertretenen zu kontrahieren, etwa weil im Fall einer Vertragsverletzung ein höherer Schaden zu erwarten war.¹¹⁴⁵ In einem solchen Fall über die Figur der Drittschadensliquidation den Dritten zum Ersatz des vollen Schadens anzuhalten, würde auf Ebene der Sekundäransprüche einem erzwungenen Vertrag mit dem indirekt Vertretenen gleichkommen, was in Konflikt mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit geriete.¹¹⁴⁶ Ungewöhnlich hohe Schäden des indirekt Vertretenen sollten daher nicht ersatzfähig sein, wenn dem Dritten der Beweis gelingt, dass er genau aus diesem Grund nicht mit dem indirekt Vertretenen kontrahiert hätte.¹¹⁴⁷

b. Dogmatische Begründung

Weitgehende Einigkeit herrscht in der schweizerischen Lehre darüber, dass zur Begründung der Drittschadensliquidation nicht auf den Parteiwillen, sei es im Sinne einer stillschweigenden Vereinbarung oder einer Vertragsergänzung, abgestellt werden kann.¹¹⁴⁸ Ein Rückgriff auf den zu vermutenden Parteiwillen

1142 Siehe vorne Rn. 346 ff.

1143 Vgl. statt vieler BÄRTSCHI, Relativität, S. 435.

1144 Siehe vorne Rn. 352.

1145 BÄRTSCHI, Relativität, S. 416; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 426; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 585.

1146 Vgl. BÄRTSCHI, Relativität, S. 416; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 426; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 585.

1147 Vgl. MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 426; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 585 ff.

1148 ARMBRÜSTER, Drittschäden, S. 76; BK-WEBER/EMMENEGGER, N 506 zu Art. 97 OR; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 108; PERREN, Drittschadensliquidation, S. 63 *in fine*; VON CAEMMERER, Drittschadensersatz, S. 355; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 617 f. Zum deutschen Recht: PUHLE, Drittschadensliquidation, S. 93 f.; URBAN, Drittschadensliquidation, S. 40; VON SCHROETER, Drittschadensliquidation, S. 26 f.

würde nämlich auf eine reine Fiktion hinauslaufen.¹¹⁴⁹ Dies gilt insbesondere für diejenigen Fälle, in denen der Schuldner gar nicht erkennen kann, dass es zu einer Schadensverlagerung auf einen Dritten kommen könnte, wie dies etwa bei der indirekten Stellvertretung häufig der Fall ist.¹¹⁵⁰

355 Darüber hinaus ist die Frage nach der dogmatischen Grundlage der Drittschadensliquidation umstritten. Im Wesentlichen sind hier zwei divergierende Ansichten auszumachen: Die eine Gruppe von Autoren schlägt zur Begründung der Drittschadensliquidation eine richterliche Rechtsfortbildung gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB vor.¹¹⁵¹ Problematisch daran ist, dass es *erstens* bisher noch nicht zu einer solchen richterlichen Rechtsfortbildung gekommen ist¹¹⁵² und dass *zweitens* Voraussetzung für eine richterliche Rechtsfortbildung das Vorliegen einer (offenen) Gesetzeslücke ist.¹¹⁵³ Das Vorliegen einer solchen Lücke ist aber vor dem Hintergrund des Dogmas vom Gläubigerinteresse höchst fraglich.¹¹⁵⁴ Zielführender erscheint daher der Ansatz der zweiten Gruppe. Die wohl herrschende Lehre stützt die Drittschadensliquidation nämlich auf Art. 97 Abs. 1 OR und damit auf objektives Recht.¹¹⁵⁵ Da der Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 OR den Destinatär der Schadenersatzleistung des Schuldners offen lässt, sei eine Haftung für Drittschäden vom Gesetzgeber nicht bewusst ausgeschlossen worden.¹¹⁵⁶ In Auslegung von Art. 97 Abs. 1 OR gelangen Vertreter der herrschenden Ansicht überzeugend zum Schluss, dass der Gläubiger auch Ersatz für Drittschäden vom Schuldner verlangen kann.¹¹⁵⁷ Ergo ist die Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht aus Art. 97 Abs. 1 OR herzuleiten.

1149 So etwa PERREN, Drittschadensliquidation, S. 63 *in fine*; VON CAEMMERER, Drittschadenersatz, S. 355; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 617; VON SCHROETER, Drittschadensliquidation, S. 27 *in initio*.

1150 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 617. Vgl. auch VON CAEMMERER, Drittschadenersatz, S. 355.

1151 KOLLER, OR AT, § 61 N 20. Unklar BÄRTSCHI, der einerseits die Drittschadensliquidation auf Art. 97 Abs. 1 OR stützt und andererseits die richterliche Rechtsfortbildung als indirekte Rechtsgrundlage nennt (BÄRTSCHI, Relativität, S. 421). Zum deutschen Recht etwa: PUHLE, Drittschadensliquidation, S. 98 *in fine*; VON SCHROETER, Drittschadensliquidation, S. 29.

1152 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 619.

1153 BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 344 ff. zu Art. 1 ZGB. Siehe auch VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 619.

1154 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 619, m.w.H.

1155 BK-WEBER/EMMENEGGER, N 506 zu Art. 97 OR; BSK-HUWILER/EGGEL, N 43b zu Art. 562 ZGB; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 109 ff., insbesondere, N 147 ff.; TANDOGAN, réparation, S. 313 ff.; WEBER, Drittschadensliquidation, S. 225 f.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 620 ff. Wohl auch ARMBRÜSTER, Drittschäden, S. 77.

1156 Z.B. BSK-HUWILER/EGGEL, N 43b zu Art. 562 ZGB; TANDOGAN, réparation, S. 313 ff.

1157 Siehe MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 109 ff.

c. Aktivlegitimation

Nach klassischem Verständnis von der Drittschadensliquidation ist es der 356
Gläubiger, der vom Schuldner Ersatz des Drittschadens fordern und – falls
 nötig – auch einklagen kann.¹¹⁵⁸ Der geschädigte Dritte ist also selber nicht
 zur Klage aktivlegitimiert.¹¹⁵⁹ Mangels eines direkten Anspruchs des Dritten
 gegen den Schuldner verletzt die Drittschadensliquidation den Relativitäts-
 grundsatz nicht.¹¹⁶⁰ Abgewichen wird lediglich vom *Dogma vom Gläubiger-*
interesse, da der Gläubiger hier nicht seinen eigenen Schaden geltend macht,
 sondern denjenigen des nicht am Vertrag beteiligten Dritten.¹¹⁶¹

Für den geschädigten Dritten birgt diese Konzeption gewisse Risiken. Zum 357
 einen ist er von der Bereitschaft des Gläubigers abhängig den Drittschadens-
 anspruch gegenüber dem Schuldner auch tatsächlich geltend zu machen.¹¹⁶²
 Zum anderen ist der Dritte einem doppelten Insolvenzrisiko ausgesetzt.¹¹⁶³
 Die Aktivlegitimation des Gläubigers führt nämlich dazu, dass der Dritte nicht
 nur das Insolvenzrisiko des Schuldners trägt, sondern vielmehr auch jenes des
 Gläubigers, vorausgesetzt, die Anspruchsberechtigung des Gläubigers bei der
 Drittschadensliquidation ist so zu verstehen, dass der Gläubiger auch Leistung
 an sich verlangen kann.¹¹⁶⁴

Eine Mindermeinung will daher dem Dritten einen direkten Anspruch 358
 gegen den Schuldner einräumen.¹¹⁶⁵ So verstanden, hätte die Drittscha-
 densliquidation eine Durchbrechung des Relativitätsgrundsatzes zur Folge.
 Für die Anerkennung eines solchen allgemeinen Direktanspruchs des Drit-
 ten gegen den Schuldner fehlt es aber an der Rechtsgrundlage.¹¹⁶⁶ Der Min-
 dermeinung kann daher nicht gefolgt werden. Vielmehr sollte ein direktes

1158 BÄRTSCHI, Relativität, S. 413 f.; BK-WEBER/EMMENEGGER, N 512 zu Art. 97 OR; CHAIX, sous-*traittance*, S. 248; CR-THÉVENOZ, N 44 zu Art. 97 OR; HONSELL, OR BT, S. 401; KOLLER, OR AT, § 61 N 22; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 69 ff., m.w.H.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 14.25 f.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 759 ff. Wohl auch BSK-HUWILER/EGGEL, N 43a zu Art. 562 ZGB.

1159 So etwa BK-WEBER/EMMENEGGER, N 512 zu Art. 97 OR.

1160 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 760.

1161 Siehe BÄRTSCHI, Relativität, S. 413; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 102; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 760.

1162 Siehe etwa MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 78 f.

1163 Ausführlich MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 80 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 765 ff.

1164 VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 766.

1165 ARMBRÜSTER, Drittschäden, S. 85 f.; ARMBRÜSTER, vertragliche Haftung, S. 91; SPIRO, Haftung, S. 314 ff.

1166 BK-WEBER/EMMENEGGER, N 512 zu Art. 97 OR; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliqui-
 dation, N 88 ff., insbesondere N 99. Vgl. auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 414.

Forderungsrecht des Dritten nur bejaht werden, wenn dafür im Einzelfall auch eine gesetzliche Grundlage besteht. Exemplarisch hierfür sei Art. 399 Abs. 3 OR erwähnt. Gestützt auf diese Bestimmung kann der Dritte nämlich den Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des Drittschadens selber gegen den Schuldner geltend machen.¹¹⁶⁷

359 Für die indirekte Stellvertretung ergibt sich aus dem zuvor Gesagten, dass dem Grundsatz nach nur der indirekte Stellvertreter zur Klage auf Ersatz des Schadens des indirekt Vertretenen aktivlegitimiert ist. Regelmässig wird dabei das Grundverhältnis den indirekten Stellvertreter zur Verfolgung des Anspruchs des indirekt Vertretenen verpflichten.¹¹⁶⁸ Lediglich ausnahmsweise, wenn nämlich die indirekte Stellvertretung auf einer Substitution basiert,¹¹⁶⁹ kann der indirekt Vertretene gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR direkt gegen den Dritten vorgehen.

3. Exkurs: Drittvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter?

360 Beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter handelt es sich um einen Vertrag, der Schutzwirkungen zu Gunsten eines vertragsfremden Dritten entfaltet.¹¹⁷⁰ Anders als der Vertrag zu Gunsten Dritter zielt der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nicht darauf ab, dem Dritten ein eigenständiges Forderungsrecht auf die Primärleistung des Schuldners zu verschaffen bzw. den Schuldner zur Erbringung der Primärleistung an den Dritten zu verpflichten. Vielmehr steht die Primärleistung beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ausschliesslich dem Vertragsgläubiger zu.¹¹⁷¹ Der Dritte wird aber insofern in den Vertrag einbezogen, als ihm im Fall einer Vertragsverletzung des Schuldners selbständige vertragliche Schadenersatzansprüche zustehen.¹¹⁷² Dies, weil der Dritte aufgrund seiner Beziehung zum Gläubiger bestimmungsgemäss mit der Hauptleistung des Vertrags in

1167 So bereits BÄRTSCHI, Relativität, S. 414; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 769.

1168 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 771 ff., m.w.H.

1169 Siehe vorne Rn. 300 ff.

1170 Statt vieler VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 391.

1171 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3911; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 87.01; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 391. Vgl. auch BÄRTSCHI, Relativität, S. 306 *in fine*, S. 307 *in initio*; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 22a zu Art. 112 OR.

1172 ARMBRÜSTER, Drittschäden, S. 74; BÄRTSCHI, Relativität, S. 271, S. 306; BUCHER, OR AT, S. 484; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3911; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 87.01; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 391.

Berührung kommt (*Leistungsnahe*) und er deshalb einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist, geschädigt zu werden.¹¹⁷³

Im schweizerischen Recht gibt es keine gesetzliche Bestimmung, welche die Voraussetzungen und Wirkungen des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter regelt. Das Bundesgericht hat sich zwar mehrfach mit der Thematik des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter befasst, bisher aber in allen Entscheidungsfällen das Vorliegen von dessen Anwendungsvoraussetzungen negiert.¹¹⁷⁴ Im Schrifttum hingegen wird der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter als Rechtsfigur überwiegend anerkannt,¹¹⁷⁵ wobei über dessen dogmatische Begründung weitgehend Uneinigkeit herrscht.¹¹⁷⁶ Infolge der breiten Zustimmung zum Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Schrifttum rechtfertigt es sich, nachfolgend auf dessen Eignung zur Schadloshaltung des indirekt Vertretenen näher einzugehen.

Nach der Konzeption des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter werden die schuldnerischen Nebenpflichten (Sorgfalts- und Schutzpflichten) auf das Verhältnis zum leistungsnahen Dritten ausgedehnt, sodass diesem im Fall einer Verletzung der ihm gegenüber bestehenden Nebenpflichten ein selbständiger Anspruch auf Schadenersatz nach vertraglichen Grundsätzen zusteht.¹¹⁷⁷ Es kommt folglich zu einer Durchbrechung des Relativitätsgrundsatzes.¹¹⁷⁸ Neben der Leistungsnahe des Dritten setzt der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter weiterhin voraus, dass der Gläubiger der Hauptleistung ein schutzwürdiges Interesse an der Einbeziehung des Dritten in die vertraglichen Sorgfaltspflichten hat (*Schutzinteresse*) und dieses Drittschutzinteresse für den Schuldner erkennbar war (*Erkennbarkeit*).¹¹⁷⁹ Darüber hinaus wird häufig gefordert, dass ein effektives Bedürfnis für die Ausdehnung des

1173 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 392. Eingehend zur Voraussetzung der Leistungsnahe BÄRTSCHI, Relativität, S. 289 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 457 ff.

1174 Etwa BGer 4A_226/2010 vom 28. Juli 2010, E. 3.2.1; BGE 130 III 345 E. 1 S. 347 f.; BGer 4C.194/1999 vom 18. Januar 2000, E. 4; BGE 121 III 310 E. 4a, 4b S. 315 ff.; BGE 120 II 112 E. 3b.cc.ccc S. 116.

1175 Z.B. BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allg. Einleitung, N 144 ff.; BK-WEBER/EMMENEGGER, N 498 ff. zu Art. 97 OR; BÄRTSCHI, Relativität, S. 284 ff.; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 24a zu Art. 112 OR; BUCHER, OR AT, S. 485; CERUTTI, Untervertrag, N 123; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3918; HUGUENIN, AT/BT, N 1573 ff.; MARTI-SCHREIER, Drittschadensliquidation, N 268; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 414 ff. Ablehnend wohl CR-THÉVENOZ, N 48 zu Art. 97 OR; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 87.05.

1176 Siehe die Übersicht bei VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 408 ff.

1177 ARMBRÜSTER, Drittschäden, S. 74; BÄRTSCHI, Relativität, S. 271 f.; BSK-WIEGAND, N 40 *in fine* zu Art. 97 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 391.

1178 So explizit VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 393.

1179 Weiterführend zu den Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter BÄRTSCHI, Relativität, S. 287 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 453 ff.

Vertragsschutzes auf den Dritten besteht (*Schutzbedürftigkeit*).¹¹⁸⁰ Die Schutzbedürftigkeit des Dritten wäre etwa dann zu verneinen, wenn dem Dritten anderweitig bereits eigene vertragliche Ansprüche von mindestens gleichwertigem Inhalt zustehen.¹¹⁸¹ So verstanden, geht es beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter klassischerweise um Fälle, in denen zwischen dem Dritten und dem Gläubiger eine Sonderverbindung mit gesteigerten (arbeitsvertragsrechtlichen, familienrechtlichen etc.) Fürsorgepflichten besteht, woraus sich die Nähe des Dritten zur schuldnerischen Hauptleistung ergibt.¹¹⁸² Zu denken wäre etwa an den Fall, in welchem das ungeborene Kind durch eine ärztliche Fehlbehandlung der schwangeren Mutter Schaden nimmt.¹¹⁸³

363 Im Unterschied zum Haftungskonzept der Drittschadensliquidation geht es beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nicht um die Korrektur zufälliger Risikoverlagerungen, sondern vielmehr um die Erweiterung vertraglicher Schutzpflichten auf erkennbar mit der Vertragsleistung in Berührung kommende Dritte.¹¹⁸⁴ Mit anderen Worten kommt es beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zu einer personellen Haftungserweiterung, verbunden mit einer Durchbrechung des Relativitätsgrundsatzes.¹¹⁸⁵ Denn aktivlegitimiert zur Geltendmachung vertraglicher Schadenersatzansprüche ist beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter der Dritte.¹¹⁸⁶

364 Zu klären bleibt, ob der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ein geeignetes Konstrukt zur Schadloshaltung des indirekt Vertretenen ist. Führt man sich vor Augen, dass es beim Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nach klassischem Verständnis um *Integritätsschäden* geht, zu denen es in Konstellationen gekommen ist, in denen zwischen dem Gläubiger und dem Dritten ein persönliches Verhältnis (etwa familiärer Natur) besteht, aufgrund dessen der Gläubiger für das Wohl des Dritten verantwortlich ist, so muss diese Frage verneint werden.¹¹⁸⁷ Denn bei der indirekten Stellvertretung liegt zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen in der Regel kein Verhältnis persönlicher Natur vor. Vielmehr sind der indirekte

1180 Zur Begründung der Anwendbarkeit dieser Haftungsvoraussetzung siehe BK-WEBER/EMMENEGGER, N 172 zu Art. 97 OR.

1181 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3913; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 475, m.w.H.

1182 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 550.

1183 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3912 mit weiteren Beispielen.

1184 BÄRTSCHI, Relativität, S. 422; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 444.

1185 BK-WEBER/EMMENEGGER, N 499 zu Art. 97 OR; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 633.

1186 Statt vieler VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 445.

1187 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 550.

Stellvertreter und der indirekt Vertretene in geschäftlicher Hinsicht miteinander verbunden. Regelmässig handelt es sich beim Grundverhältnis um einen Vertrag.¹¹⁸⁸ Zwar wird im jüngeren Schrifttum dafür plädiert, die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter weiter zu fassen und auch im rein geschäftlichen Bereich anzuwenden,¹¹⁸⁹ doch würde eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen selbst dann meistens am Erfordernis der Erkennbarkeit scheitern. Schliesslich hat der Dritte häufig keine Kenntnis von der indirekten Stellvertretung. Damit ist die Leistungsnähe des indirekt Vertretenen für ihn nicht erkennbar. Zudem ist fraglich, ob der Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter tatsächlich so weit gefasst werden sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Drittvertrag grundsätzlich nicht als Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten des indirekt Vertretenen verstanden werden.¹¹⁹⁰ Eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen hat vielmehr über die Figur der Drittschadensliquidation zu erfolgen.

§5 Ergebnisse

Der indirekte Stellvertreter ist durch das Grundverhältnis dazu verpflichtet, sich einen Leistungsanspruch gegenüber einem Dritten zu verschaffen. Diese Pflicht erfüllt er durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten. Häufig handelt es sich beim Drittvertrag um einen Veräusserungsvertrag. Zwingend ist dies aber keineswegs. Ganz im Gegenteil: Den Drittvertrag der indirekten Stellvertretung können ganz verschiedene Vertragstypen bilden. So kann der indirekte Stellvertreter etwa seine Pflichten aus dem Grundverhältnis mittels eines Auftrags oder eines Kommissionsvertrags auf den Dritten zur selbständigen Erfüllung übertragen (*Substitution*). Denkbar ist auch, dass der indirekte Stellvertreter mit dem Dritten einen Drittvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen vereinbart. 365

Der Drittvertrag ist – wie jedes andere Schuldverhältnis auch – vom Relativitätsgrundsatz beherrscht. Die Wirkungen des Drittvertrags beschränken sich also auf die am Drittvertrag als Parteien Beteiligten, sprich auf den indirekten Stellvertreter und den Dritten. Der indirekt Vertretene hingegen steht in keiner unmittelbaren Rechtsbeziehung zum Dritten und kann daher grundsätzlich weder die Primärleistung vom Dritten verlangen noch Sekundäransprüche gegen ihn geltend machen. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht 366

1188 Siehe vorne Rn. 209 ff.

1189 So VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 552, m.w.H.

1190 A.A. wohl BUCHER, OR BT, S. 247.

ausnahmslos. Vielmehr stehen dem indirekt Vertretenen in gewissen Fällen direkte Forderungsrechte gegen den Dritten zu. Drei Fälle sind hier zu nennen: *erstens* der echte Drittvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen, *zweitens* der Forderungsübergang vom indirekten Stellvertreter auf den indirekt Vertretenen und *drittens* der besondere Fall der Substitution, in welchem nämlich Art. 399 Abs. 3 OR dem indirekt Vertretenen einen Direktanspruch gegen den Dritten (Substituten) verschafft. Mit dem direkten Forderungsrecht des indirekt Vertretenen gegen den Dritten ist aber nicht automatisch auch die Möglichkeit des indirekt Vertretenen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verbunden. Einzig beim echten Drittvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen sowie beim zeitlich der Vertragsverletzung des Dritten vorausgehenden Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen kann der indirekt Vertretene vom Dritten Schadenersatz verlangen, sofern die Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung erfüllt sind.

367 In allen anderen Fällen ist einzig der indirekte Stellvertreter berechtigt, vom Dritten Schadenersatz zu verlangen. Da eine Vertragsverletzung seitens des Dritten aber regelmässig nicht zu einem Schaden beim indirekten Stellvertreter führt, entsteht – mangels eines Schadens – auch keine Schadenersatzforderung, die der indirekte Stellvertreter geltend machen könnte. Die Nicht- oder Schlechterfüllung des Dritten schädigt vielmehr den indirekt Vertretenen, dem die Leistung des Dritten letztlich zukommt. Die indirekte Stellvertretung führt folglich zu einer Haftungslücke, die durch die Rechtsfigur der *Drittschadensliquidation* zu schliessen ist. Bei der Drittschadensliquidation geht es um Fälle, in denen aufgrund besonderer Umstände anstelle des eigentlich anspruchsberechtigten Gläubigers eine andere (dritte) Person einen Schaden erleidet, es mithin zu einer zufälligen Schadensverlagerung kommt. Auf die indirekte Stellvertretung bezogen heisst das, dass der nicht geschädigte indirekte Stellvertreter für den (vollen) Schaden des indirekt Vertretenen einen Ersatzanspruch, gestützt auf den Drittvertrag, erheben kann. Auf diese Weise kann eine Schadloshaltung des indirekt Vertretenen in allen Fällen indirekter Stellvertretung gewährleistet werden.

Kapitel 6

Verfügun^gsma^cht

des indirekten Stellvertre^ters

§ 1 Ausgangslage und Problemstellung

Der indirekte Stellvertreter verpflichtet sich häufig durch den Drittvertrag zur Erbringung einer *sachlichen Leistung*,¹¹⁹¹ wie etwa einer Geldleistung. Seine Leistungshandlung¹¹⁹² ist dann auf den Abschluss eines (zweiseitigen) Verfügungsgeschäfts mit dem Dritten gerichtet, welches zum obligatorisch wirkenden Drittvertrag hinzutritt.¹¹⁹³ Indem der indirekte Stellvertreter dabei das Recht am Verfügungsobjekt auf den Dritten überträgt, wirkt er in vermin^dernder Weise auf bestehende Rechte ein. Eine derartige rechtsgeschäftliche Güterbewegung setzt auf Seiten des verfügenden indirekten Stellvertre^ters *Verfügun^gsma^cht* über das Verfügungsobjekt voraus.¹¹⁹⁴ Als unproblematisch erweist sich der Fall, in welchem der indirekte Stellvertreter über einen ihm gehörenden Vermögensgegenstand verfügt, da seine Verfügungsmacht diesfalls auf seiner materiellen Berechtigung am Verfügungsobjekt basiert.¹¹⁹⁵ Gleiches gilt, wenn der indirekte Stellvertreter über Bargeld verfügt, welches er zuvor vom indirekt Vertretenen erhalten hat, da er i.d.R. durch Vermischung originär das Eigentum daran erwirbt.¹¹⁹⁶

Problematischer ist es hingegen, wenn der indirekte Stellvertreter über einen bestimmten Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügen will. Denn auch hier ist das Verfügungsgeschäft mit dem Dritten ein Eigengeschäft des indirekten Stellvertre^ters. Wie bereits in anderem Zusammenhang

1191 Zum Begriff der «*sachlichen Leistung*» siehe vorne Fn. 60.

1192 Zwar wird der «*Leistungsbegriff*» in der Literatur vordergründig erfolgsbezogen definiert, doch darf dabei nicht übersehen werden, dass der Leistungserfolg nicht irgendwie, sondern immer durch eine Leistungshandlung bewirkt wird. Weiterführend dazu MINNIG, Grundfragen, N 2.10 ff.

1193 Vgl. vorne Rn. 52 ff. Vgl. auch MINNIG, Grundfragen, N 2.19.

1194 Vgl. vorne Rn. 55 ff. Vgl. auch MINNIG, Grundfragen, N 2.18; ZK-SCHRANER, Vorbem. zu Art. 68-96 OR, N 64 ff.

1195 Beispiel: Der indirekte Stellvertreter bezahlt den geschuldeten Kaufpreis mit eigenem Geld.

1196 Vgl. auch ZUFFEREY, *transfert*, S. 296.

dargelegt, kann das Verfügungsgeschäft – wenngleich es dem Dritten beim Erwerb *solvendi causa* vermutlich nicht darauf ankommt, von wem er erwirbt – nicht gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR dem indirekt Vertretenen zugerechnet werden.¹¹⁹⁷ Folglich kommt es auf die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters an, die in diesem Fall – mangels Rechtsinhaberschaft – gesondert begründet werden muss. Dies kann auf zwei Wegen erfolgen: entweder durch vorgängige *fiduziarische Übertragung* der Berechtigung auf den indirekten Stellvertreter oder indem der indirekt Vertretene den indirekten Stellvertreter zur Verfügung über den Vermögensgegenstand *ermächtigt* und selber Rechtsinhaber bleibt.¹¹⁹⁸

370 Das vorliegende Kapitel handelt von der Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters in ebendiesem problematischen Fall, in welchem der indirekte Stellvertreter eigengeschäftlich über einen dem indirekt Vertretenen gehörenden Wert verfügt. Zunächst wird dabei die Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung untersucht und ihre Tragweite für die indirekte Stellvertretung dargelegt (Rn. 371 ff.). Alsdann ist auf den Fall der fiduziarischen Rechtsübertragung näher einzugehen (Rn. 464 ff.). Schliesslich ist zu erörtern, ob – und, wenn ja, inwieweit – eine Verfügungsermächtigung zu vermuten ist (Rn. 491 ff.).

§2 Verfügungsermächtigung

1. Einleitung

371 Auch ohne Rechtsinhaber zu werden, kann der indirekte Stellvertreter wirksam über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügen. Dies ist zumindest für den Verkaufskommissionär im schweizerischen Recht weitgehend anerkannt. Denn der Verkaufskommissionär erlangt nach herrschender und zutreffender Ansicht kein Eigentum an der Kommissionsware.¹¹⁹⁹ Gleichwohl ist unbestritten, dass die vom Kommissionär vorgenommene Verfügung zu einem unmittelbaren Eigentumsübergang vom Kommittenten auf

1197 Vgl. vorne Rn. 136 ff., insbesondere Rn. 136 *in initio*.

1198 Vgl. JENNY, Warenkommission, S. 36 f.; ferner SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 629 *in initio*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 815 f.

1199 BGer 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.3. Z.B. BERGER, Kommissionsgeschäft, S. 25 f.; BSK-LENZ/VON PLANTA, N 4 zu Art. 434 OR; CHK-PFENNINGER, N 4 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 5 zu Art. 434 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 204 *in initio*; HUGUENIN, AT/BT, N 3457; JENNY, Warenkommission, S. 36; LOHER, Kommissionsgut, S. 929; OFK-MOSKRIC, N 4 zu Art. 434 OR; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 620 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 223 ff. Vgl. auch Secrétan, limites, S. 132. A.A. BK-GAUTSCHI, N 2a zu Art. 434 OR; GUHL/SCHNYDER, OR, § 51 N 8.

den Dritten führt.¹²⁰⁰ Dem Gesetz selber kann jedoch nicht entnommen werden, wie der Kommissionär als Nichteigentümer dem Dritten eigengeschäftlich das Eigentum am Kommissionsgut verschaffen kann, und auch der Grossteil der Literatur gibt diesbezüglich keine Begründung ab. Lediglich einige wenige Autoren liefern einen Erklärungsansatz, der auf die bereits anerkannte Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung abstellt.¹²⁰¹ Demnach wird der Kommissionär durch die vorherige Zustimmung des Kommittenten quasi zu einem *verfügungsberechtigten Nichteigentümer*.¹²⁰² Obgleich die Verfügungsermächtigung in diversen rechtlichen Zusammenhängen von der schweizerischen Rechtsprechung und der Literatur anerkannt wird,¹²⁰³ gebricht es an einer eingehenden Behandlung dieser Thematik, und zwar nicht nur im besonderen Fall der Kommission, sondern vielmehr wurde die Verfügungsermächtigung auch generell bisher nur wenig untersucht.¹²⁰⁴

Anders ist die Rechtslage hingegen im deutschen BGB. Hier ist die Verfügungsermächtigung im allgemeinen Teil des BGB gesetzlich verankert. So bestimmt §185 Abs. 1 BGB: *«Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt»*. Die Verfügungsermächtigung wird somit vom deutschen Gesetzgeber als eine allgemeine und bei sämtlichen Verfügungsgeschäften anwendbare Rechtsfigur definiert.¹²⁰⁵ Es ist daher angezeigt, nachfolgend bei der Untersuchung der Verfügungsermächtigung das deutsche Schrifttum miteinzubeziehen. Methodisch wird hierbei allerdings nicht eine eigentliche Rechtsvergleichung

1200 Exemplarisch BSK-LENZ / VON PLANTA, N 4 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY / VON PLANTA, N 5 zu Art. 434 OR; JENNY, Warenkommission, S. 36; LOHER, Kommissionsgut, S. 929; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 622 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 227; ZUFFEREY, transfert, S. 300.

1201 Siehe z.B. SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 623 ff.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 227 ff. Vgl. auch BERGER, Kommissionsgeschäft, S. 27.

1202 Vgl. SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 622 ff.; ferner auch RAICH, Ermächtigung, S. 16.

1203 BGE 4A_496/2014 vom 11. Februar 2015, E. 3.3. Aus der Literatur z.B. BK-ZOBL/THURNHERR, N 748 zu Art. 884 ZGB; BSK-LENZ / VON PLANTA, N 4 zu Art. 434 OR; BSK-BAUER/BAUER, N 21 zu Art. 888 ZGB; DROIN, représentation indirecte, S. 64 Fn. 4, S. 70 *in fine*; JENNY, Warenkommission, S. 36; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 164 *in fine*, S. 165 *in initio*, S. 168; LAUKO, Abtretung, S. 39 ff.; LOHER, Kommissionsgut, S. 929 f.; LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1202 *in fine*, S. 1203 *in initio*; MADÖRY, Verwaltungstreuhand, S. 52; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 624 ff.; VOGT, Zustimmung, S. 77; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 48 zu Art. 714 ZGB; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 227 ff.

1204 Soweit ersichtlich, haben sich bisher einzig SCHÖNLE und ZUFFEREY mit der Verfügungsermächtigung befasst (siehe SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 626 ff.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 244 ff.).

1205 SIMOKAT, Verfügungsmacht, S. 163 f.; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 1 zu §185 BGB.

angestrebt.¹²⁰⁶ Dies wäre auch gar nicht notwendig, da sich noch zeigen wird, dass die Verfügungsermächtigung aus den Bestimmungen und Grundprinzipien des schweizerischen Rechts hergeleitet werden kann. Die Berücksichtigung der deutschen Literatur soll vielmehr an einigen Stellen eine tiefgreifendere Begriffsbeschreibung der Verfügungsermächtigung ermöglichen.¹²⁰⁷

373 In terminologischer Hinsicht ist weiter Folgendes zu bemerken: Zwar spricht § 185 Abs. 1 BGB von der «*Einwilligung*» des Berechtigten zur Verfügung des Nichtberechtigten, doch wird hier in Übereinstimmung mit der in Kapitel 2 für diese Untersuchung erarbeiteten synthetischen Begriffsbildung ausschliesslich die Bezeichnung «*Verfügungsermächtigung*» verwendet.¹²⁰⁸ Denn die vorherige Zustimmung des Rechtsinhabers zur eigengeschäftlichen Verfügung des Nichtberechtigten befähigt ihn zur unmittelbaren Einwirkung auf einen fremden Vermögensgegenstand und verleiht ihm folglich eine *gegenstandsbezogene Machtbefugnis*.¹²⁰⁹ Eine solche Machtbefugnis wird in dieser Arbeit mit dem Begriff «*Ermächtigung*» assoziiert.¹²¹⁰ Da die Verfügung wohl die wichtigste, nicht aber die einzige Art rechtsgeschäftlicher Einwirkungen auf einen Vermögensgegenstand ist und damit auch verschiedene Ermächtigungsarten denkbar sind,¹²¹¹ wird nachfolgend präzisierend von der «*Verfügungsermächtigung*» gesprochen.

374 Eine Verfügungsermächtigung ist in diversen Konstellationen denkbar und damit keineswegs auf die indirekte Stellvertretung beschränkt.¹²¹² Allerdings zeigt das Beispiel des Verkaufskommissionärs, dass der Verfügungsermächtigung im Rahmen der indirekten Stellvertretung grosse Bedeutung zukommt. Es erscheint daher sachgerecht, die engere Thematik der indirekten Stellvertretung zu verlassen und die Verfügungsermächtigung eingehend zu erläutern. Denn nur so können die Mechanismen der Güterbewegung bei der indirekten Stellvertretung dargelegt werden. Wann immer angezeigt, wird aber nachstehend die Verfügungsermächtigung am Beispiel der indirekten Stellvertretung erläutert.

1206 Zur Rechtsvergleichung als Rechtsgewinnungsmethode siehe BYDLINSKI, Methodenlehre, S. 386 f.

1207 Vgl. zur Methodik auch vorne Rn. 29.

1208 Siehe vorne Rn. 65 ff.

1209 Siehe hinten Rn. 396 ff.

1210 Siehe vorne Rn. 77 f.

1211 Siehe z.B. die Ausführungen zur Einziehungsermächtigung und deren Abgrenzung von der Verfügungsermächtigung hinten Rn. 400 f.

1212 So kommt eine Verfügungsermächtigung beispielsweise auch im Rahmen der Weiterverfändung (Art. 887 ZGB) vor. Zur Bedeutung von Art. 887 ZGB siehe hinten Rn. 378 ff.

2. Rechtsgrundlage der Verfügungsermächtigung

a. Dogmatische Begründung in der schweizerischen Literatur

Über die dogmatische Herleitung der Verfügungsermächtigung ist sich die schweizerische Lehre – sofern sie sich mit dieser Frage auseinandersetzt – nicht einig. Unklar ist, ob es zur Herleitung der Verfügungsermächtigung einer lückenausfüllenden Rechtsanwendung bedarf. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

aa. Lückenausfüllende Rechtsanwendung praeter legem

SCHÖNLE¹²¹³ und ihm folgend LAUKO¹²¹⁴ begreifen die Verfügungsermächtigung als ein durch lückenausfüllende Rechtsanwendung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB geschaffenes Konstrukt. Denn: «Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung zur Verfügung über ein fremdes Recht ist gesetzlich ungeregelt». ¹²¹⁵ Somit liege eine echte Gesetzeslücke vor, die unter Berücksichtigung ähnlicher Rechtsinstitute zu schliessen sei. ¹²¹⁶ Mit der Verfügungsermächtigung vergleichbar sei die Vollmacht. ¹²¹⁷ Folglich könne das Stellvertretungsrecht (Art. 32 ff. OR) zur Herleitung sowohl der Verfügungsermächtigung selbst als auch ihrer Modalitäten analog herangezogen werden. ¹²¹⁸

bb. Herleitung aus Art. 933 ZGB

Nach ZUFFEREY hingegen ist die Verfügungsermächtigung im schweizerischen Recht in Art. 933 ZGB gesetzlich verankert. ¹²¹⁹ Art. 933 ZGB besagt: «Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält, ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung ¹²²⁰ zur Übertragung anvertraut worden war». Zwar betreffe Art. 933 ZGB vordergründig den gutgläubigen Erwerb vom Nicht-Verfügungsberechtigten, doch könne aus dieser Norm abgeleitet werden, dass bei vorgängiger Zustimmung («Ermächtigung») des Eigentümers der Erwerb unabhängig vom guten Glauben des Erwerbers

1213 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 623 ff.

1214 LAUKO, Abtretung, S. 39 f.

1215 LAUKO, Abtretung, S. 39; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 623.

1216 LAUKO, Abtretung, S. 39; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 623 f.

1217 LAUKO, Abtretung, S. 39; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 624 f.

1218 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 624 ff. Zurückhaltend bezüglich der analogen Anwendung des Stellvertretungsrechts auf die Verfügungsermächtigung LAUKO, Abtretung, S. 39 *in fine*, S. 40 *in initio*.

1219 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 229; ZUFFEREY, transfert, S. 301.

1220 Hervorhebung hinzugefügt.

wirksam erfolge, da dem Veräusserer in diesem Fall die erforderliche Verfügungsmacht zukomme.¹²²¹

b. Stellungnahme

378 Der soeben erörterten Meinung von ZUFFEREY, wonach die Rechtsfigur der Verfügungsermächtigung im schweizerischen Recht gesetzlich verankert ist, wird hier zugestimmt. Allerdings ist die Verfügungsermächtigung nach der hier vertretenen Auffassung vordergründig aus Art. 887 ZGB – und nicht aus Art. 933 ZGB – herzuleiten. Gemäss Art. 887 ZGB kann der Gläubiger die Pfandsache nur mit Zustimmung des Verpfänders weiter verpfänden. Bei der Weiterverpfändung verpfändet der Faustpfandgläubiger die Pfandsache eigengeschäftlich an einen Dritten zur Sicherung einer eigenen oder einer fremden Schuld.¹²²² Damit übt der Pfandgläubiger eine Befugnis aus, die eigentlich nur dem Eigentümer zusteht.¹²²³ Da dem Pfandgläubiger die Verfügungsmacht zur weiteren Belastung der Pfandsache fehlt, verlangt das Gesetz explizit die Zustimmung des verfügungsberechtigten Verpfänders.¹²²⁴ Diese kann als «[...] *Ermächtigung im Voraus oder als Genehmigung im Nachhinein erteilt werden*».¹²²⁵

379 Dogmatisch betrachtet verleiht die vorgängige Ermächtigung dem Pfandgläubiger Verfügungsmacht,¹²²⁶ sodass er in der Lage ist, die Pfandsache wirksam im eigenen Namen zu belasten, mithin darüber zu verfügen.¹²²⁷ Daraus ist zu schliessen, dass Art. 887 ZGB den Gedanken der Verfügungsermächtigung gesetzlich verankert, wenngleich die Verfügungsermächtigung nicht explizit als solche bezeichnet wird.¹²²⁸

380 Zwar liesse sich auch aus Art. 933 ZGB ableiten, dass der vom Eigentümer zur Übertragung ermächtigte Besitzer wirksam über die Sache verfügen kann, doch ergibt sich dieser Gedanke nur implizit aus der Bestimmung. Denn

1221 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 229.

1222 BK-ZOBL/THURNHERR, N 1 f. zu Art. 887 ZGB; BSK-BAUER/BAUER, N 1 zu Art. 887 ZGB; CR-FOËX, N 2 zu Art. 887 ZGB; OFK-WOLF/EGGEL, N 1 zu Art. 887 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 2 zu Art. 887 ZGB.

1223 BK-ZOBL/THURNHERR, N 2 zu Art. 887 ZGB. Vgl. BSK-BAUER/BAUER, N 4 zu Art. 887 ZGB.

1224 BSK-BAUER/BAUER, N 7 zu Art. 887 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 2 zu Art. 887 ZGB.

1225 OFK-WOLF/EGGEL, N 3 zu Art. 887 ZGB. Auch BSK-BAUER/BAUER, N 7 zu Art. 887 ZGB; CR-FOËX, N 5 zu Art. 887 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 2 zu Art. 887 ZGB. Siehe auch vorne Rn. 65 ff.

1226 Vgl. BK-ZOBL/THURNHERR, N 2 zu Art. 887 ZGB i.V.m. N 748 f. zu Art. 884 ZGB.

1227 Ohne die Zustimmung des Eigentümers wäre die Weiterverpfändung einzig bei Gutgläubigkeit des zweiten Pfandnehmers wirksam (vgl. Art. 884 Abs. 2 ZGB). Weiterführend dazu BK-ZOBL/THURNHERR, N 23 zu Art. 887 ZGB i.V.m. N 764 ff. zu Art. 884 ZGB.

1228 Vgl. ferner BK-ZOBL/THURNHERR, N 749 zu Art. 884 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 304 zu Art. 884 ZGB.

Art. 933 ZGB betrifft – wie ZUFFEREY selber einräumt¹²²⁹ – in erster Linie den Fall, in welchem dem übertragenden Besitzer gerade keine Verfügungsmacht an der Sache zusteht, sodass es für einen wirksamen Erwerb des guten Glaubens des Erwerbers bedarf.¹²³⁰ Art. 887 ZGB ist daher zur Herleitung der Verfügungsermächtigung besser geeignet.

3. Weiteres methodisches Vorgehen

Zwar ist die Verfügungsermächtigung im schweizerischen Recht gesetzlich verankert, doch bleiben deren weitere Modalitäten ungerichtet. So kann dem Gesetz beispielsweise nicht entnommen werden, an wen eine Verfügungsermächtigung zu richten ist oder unter welchen Voraussetzungen sie erlischt bzw. widerrufen werden kann. Hinsichtlich der Modalitäten weist das Gesetz folglich eine planwidrige Unvollständigkeit,¹²³¹ mithin eine offene Lücke auf.¹²³² Die Schliessung einer festgestellten Lücke hat primär durch Analogieschluss zu erfolgen.¹²³³ Dabei wird ein gesetzlicher Tatbestand auf einen ähnlichen – von diesem Tatbestand nicht erfassten – Fall erstreckt.¹²³⁴ Das geschieht aus der Überlegung heraus, dass bei wertungsmässig festgestellter Interessenparallelität zwischen zwei Sachverhalten auch die gleichen Regeln zur Anwendung gelangen sollen.¹²³⁵ Trifft die gesetzliche Regel hingegen wertungsmässig nur auf den ausdrücklich geregelten Fall zu, so ist der Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) zu ziehen und eine Analogie abzulehnen.¹²³⁶

Für eine vertiefte Untersuchung der Verfügungsermächtigung ist somit in einigen Punkten eine ergänzende Rechtsfindung *praeter legem* unerlässlich. Mit der Verfügungsermächtigung eng verwandt ist die Vollmacht.¹²³⁷ Beide

1229 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 229.

1230 Eingehend zum gutgläubigen Erwerb hinten Rn. 432 f.

1231 Einlässlich zum Lückenbegriff BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, N 344 ff. zu Art. 1 ZGB; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, S. 472 ff.

1232 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 244, Fn. 582. Vgl. LAUKO, *Abtretung*, S. 39 f.; SCHÖNLE, *Verfügungsermächtigung*, S. 626 ff.; ferner KÜNZLE, *Stellvertretungsrecht*, S. 165.

1233 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, S. 475. Siehe auch BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, N 380 f. zu Art. 1 ZGB; KRAMER, *Methodenlehre*, S. 226 f.

1234 BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, N 382 zu Art. 1 ZGB; BYDLINSKI, *Methodenlehre*, S. 475 f.; LARENZ, *Methodenlehre*, S. 381 ff.

1235 Vgl. LARENZ, *Methodenlehre*, S. 383.

1236 BYDLINSKI, *Methodenlehre*, S. 476 f.

1237 Vgl. FLUME, *Rechtsgeschäft*, S. 904 f.; LAUKO, *Abtretung*, S. 39 *in fine*; MüKo-BAYREUTHER, Vor § 182 BGB, N 8; SCHÖNLE, *Verfügungsermächtigung*, S. 624 f.; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 48 zu Art. 714 ZGB; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 247.

Rechtsfiguren verleihen nämlich dem Adressaten eine besondere Machtbefugnis, welche ihn zur Einwirkung in einen fremden Rechtskreis befähigt.¹²³⁸ Diese Gemeinsamkeit vermag grundsätzlich eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen (vgl. Art. 33 ff. OR) und der allgemeinen Prinzipien der Vollmacht auf die Verfügungsermächtigung zu rechtfertigen.¹²³⁹ Die Literatur zur direkten Stellvertretung ist somit nachstehend zu berücksichtigen. Allerdings darf daraus nicht abgeleitet werden, die vorliegende Untersuchung plädiere für eine analoge Anwendung der Regeln der direkten Stellvertretung auf die indirekte Stellvertretung, wie dies andere Autoren bisweilen tun.¹²⁴⁰ Denn nochmals: Die Verfügungsermächtigung ist der indirekten Stellvertretung nicht wesensimmanent, wenngleich sie häufig im Zusammenhang mit selbiger vorkommt.

383 Obschon die Verfügungsermächtigung mit der Vollmacht vergleichbar ist, unterscheiden sich die beiden Rechtsinstitute in der Art der eingeräumten Machtbefugnis. Während die Vollmacht die Geschäftsfähigkeit des direkten Stellvertreters erweitert und ihn so befähigt, eine fremde Rechtssphäre rechtsgeschäftlich zu gestalten, ermöglicht die Verfügungsermächtigung dem Adressaten, über einen fremden Vermögensgegenstand zu disponieren.¹²⁴¹ Die Vollmacht ist folglich in ihren Wirkungen personenbezogen, die Verfügungsermächtigung gegenstandsbezogen.¹²⁴² Diesem Unterschied ist gebührend Rechnung zu tragen. Daher gilt: Knüpft eine Bestimmung des Vollmachtsrechts vordergründig an den Gedanken der erweiterten Geschäftsfähigkeit an, so ist wertungsmässig eine Analogie zu refüsieren (*argumentum e contrario*).

384 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass für den Fortgang der Untersuchung das methodische Vorgehen bei der Ausfüllung einer Gesetzeslücke durch Analogieschluss von wesentlicher Bedeutung ist.

4. Die Verfügungsermächtigung im Allgemeinen

a. Konzeption

385 Die Verfügungsermächtigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, mittels dessen dem Ermächtigten die Befugnis eingeräumt wird, über einen fremden

1238 Siehe vorne Rn. 70 ff.

1239 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 627 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 247. Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 163 *in fine*, S. 164 *in initio*.

1240 KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 22 *in fine*, S. 23 *in initio*; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 243. Vgl. ferner auch NEUNER, AT BGB, § 49 N 61.

1241 Vgl. SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.155, 3.161. Eingehend dazu vorne Rn. 72 ff.

1242 BK-ZOBL/THURNHERR, N 748 zu Art. 884 ZGB; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 904 *in initio*; MüKo-BAYREUTHER, N 21 zu § 185 BGB.

Vermögensgegenstand¹²⁴³ eigengeschäftlich zu verfügen.¹²⁴⁴ Sie kann grundsätzlich formfrei erteilt werden.¹²⁴⁵ Die Willenserklärung des Ermächtigenden wird dabei mit Zugang beim Adressaten wirksam.¹²⁴⁶ Einer Annahmeerklärung seitens des Ermächtigten bedarf es hierfür nicht.¹²⁴⁷ Zur Erteilung einer Verfügungsermächtigung berechtigt ist prinzipiell der materielle Rechtsinhaber.¹²⁴⁸ Da der Ermächtigte das Verfügungsgeschäft mit dem Erwerber stets mit Wirkung für sich abschliesst, kann eine Verfügungsermächtigung nur an eine Verfügungsfähige Person gerichtet werden.¹²⁴⁹ In zeitlicher Hinsicht geht eine Verfügungsermächtigung der Verfügung durch den Ermächtigten voraus.¹²⁵⁰ Der Rechtsinhaber kann aber eine schwebend unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten im Nachhinein genehmigen.¹²⁵¹

Die Verfügungsermächtigung kann «*isoliert*» vorkommen oder – was viel häufiger ist – im Zusammenhang mit einer schuldrechtlichen Abrede. So wird etwa bei der indirekten Stellvertretung die Verfügungsermächtigung dem indirekten Stellvertreter im Zusammenhang mit dem Grundvertrag «*deckungshalber*» erteilt.¹²⁵² Dies, weil der indirekt Vertretene dazu verpflichtet ist, dem indirekten Stellvertreter die Erfüllung der mit dem Dritten eingegangenen

1243 Hauptanwendungsfall ist die Verfügung dessen, der kein Recht am Verfügungsobjekt hat (*Paradigma des fremden Vermögensgegenstands*). Allerdings ist eine Verfügungsermächtigung auch denkbar, wenn dem Verfügenden nicht die volle Rechtsmacht am Verfügungsobjekt zusteht. So kann der Eigentümer einer mit einem beschränkten dinglichen Recht belasteten Sache vom Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts dazu ermächtigt werden, das unbelastete Eigentum zu übertragen (siehe FLUME, Rechtsgeschäft, S. 902).

1244 Z.B. LAUKO, Abtretung, S. 42; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 626; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 48 zu Art. 714 ZGB; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 248. Vgl. auch DORIS, Ermächtigung, S. 160 f.; Staudinger-KLUMPP, 2019, Vorbem. zu §§ 182 ff. BGB, N 36 f.

1245 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 626; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 48 zu Art. 714 ZGB; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 248. Weiterführend hinten Rn. 394.

1246 Vgl. ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1345; HUGUENIN, AT/BT, N 1066; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 42.02.

1247 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 626 *in fine*. Vgl. ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1345; HUGUENIN, AT/BT, N 1066; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 42.02.

1248 MüKo-BAYREUTHER, N 21 f. zu § 185 BGB. M.w.H. Staudinger-KLUMPP, 2019, N 51 ff. zu § 185 BGB.

1249 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 252. Vgl. auch vorne Rn. 57.

1250 Vgl. LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1203; MüKo-BAYREUTHER, N 21 zu § 185 BGB. Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 255.

1251 Dazu eingehend hinten Rn. 454 ff.

1252 Vgl. ferner VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 53.

Verbindlichkeit zu ermöglichen, d.h. ihm «*Deckung*» zu verschaffen.¹²⁵³ Hat sich der indirekte Stellvertreter beispielsweise zum Verkauf einer dem indirekt Vertretenen gehörenden Sache verpflichtet – zu denken wäre etwa an den Fall der Verkaufskommission –, so kann er seine Leistungspflicht aus dem Drittvertrag nur bei Vorliegen einer entsprechenden Verfügungsermächtigung erfüllen. Allerdings muss eine Verfügungsermächtigung nicht unbedingt «*deckungshalber*» erteilt werden. Der Ermächtigte kann auch auf eigene Rechnung über einen fremden Vermögensgegenstand verfügen, wie z.B. bei der Weiterverpfändung¹²⁵⁴ oder beim Trödelvertrag.¹²⁵⁵

b. Adressat

387 Eine Verfügungsermächtigung ist an diejenige Person zu richten, von der die spätere Verfügung ausgeht.¹²⁵⁶ Adressat der Verfügungsermächtigung im Rahmen der indirekten Stellvertretung ist somit der indirekte Stellvertreter. Abzulehnen ist die im Schrifttum bisweilen vertretene Ansicht, dass die Verfügungsermächtigung auch an den Erwerber gerichtet werden könne (*Dogma von der externen Ermächtigung*).¹²⁵⁷ Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit der artverwandten Vollmacht.

388 Während nach § 167 Abs. 1 BGB eine Vollmacht «[...] *durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll*», erteilt werden kann, kann im schweizerischen Recht eine Vollmacht einzig in Form einer Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten konstitutiv begründet werden.¹²⁵⁸ Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass Art. 33 Abs. 2 OR nicht die Alternativität wie in § 167 Abs. 1 BGB vorsieht.¹²⁵⁹ Teilt der Vollmachtgeber hingegen einem Dritten mit, ein anderer sei zur Vertretung befugt, so handelt es sich hierbei nicht um eine Vollmachterteilung,

1253 Siehe vorne Rn. 206. Vgl. VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 53.

1254 Vgl. BK-ZOBL/THURNHERR, N 2 zu Art. 887 ZGB; OFK-WOLF/EGGEL, N 1 zu Art. 887 ZGB.

1255 Vgl. BGE 69 II 110 E. 2 S. 115 f.; ferner HUGUENIN, AT/BT, N 4010.

1256 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 929 f.; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 227; ferner DROIN, représentation indirecte, S. 70 *in fine*.

1257 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 626; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 48 zu Art. 714 ZGB. Unklar LAUKO, Abtretung, Fn. 231.

1258 Z.B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 32 zu Art. 33 OR; CR-CHAPPUIS, N 20 zu Art. 33 OR; DANUSER, Anscheinsvollmacht, S. 8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, ORAT, N 1407; ISENRING, Strafbarkeit, S. 44 f.; THALMESSINGER, Vollmacht, S. 4; WATTER, Verpflichtung, N 29; ZIKOS, Vollmacht, S. 13; ZK-KLEIN, N 12 ff. zu Art. 33 OR; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 22 f. zu Art. 32 OR. So wohl auch die Rechtsprechung, vgl. BGE 135 III 464 E. 3.3.4 S. 469; BGE 99 II 39 E. 1 S. 42. Krit. GILLIARD, représentation, S. 173 f.

1259 ISENRING, Strafbarkeit, S. 45; ZK-KLEIN, N 13 zu Art. 33 OR. Vgl. ferner auch ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 22 ff. zu Art. 32 OR.

sondern um eine deklarative Vollmacht kundgabe (vgl. Art. 33 Abs. 3 OR), die in gewissen Fällen einen Anspruch des Dritten auf positiven Vertrauensschutz (Art. 33 Abs. 3 OR, Art. 34 Abs. 3 OR) zu begründen vermag.¹²⁶⁰ Insofern sind für das schweizerische Recht die Unterscheidung zwischen «*interner*» und «*externer*» Vollmacht und die damit assoziierte Differenzierung in «*Vertretungsbefugnis*» und «*Vertretungsmacht*» zumindest für den Bereich der bürgerlichen Stellvertretung abzulehnen.¹²⁶¹

Ähnliches gilt nach meinem Dafürhalten auch für die Verfügungsermächtigung. 389
Somit vermag nur eine an den verfügenden Nichtberechtigten¹²⁶² gerichtete Willenserklärung eine entsprechende Machtbefugnis zu begründen. Einer dem Erwerber kundgegebenen Verfügungsermächtigung ist lediglich in beschränktem Rahmen im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Erwerb (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) Rechnung zu tragen.¹²⁶³

c. Gegenstand

Die Verfügungsermächtigung ist im schweizerischen Recht in Art. 887 ZGB und 390
implizit auch in Art. 933 ZGB gesetzlich verankert.¹²⁶⁴ Da beide Normen auf Verfügungen über bewegliche Sachen Anwendung finden, wird im Schrifttum zuweilen die Ansicht vertreten, der Anwendungsbereich der Verfügungsermächtigung sei auf bewegliche Sachen beschränkt.¹²⁶⁵

1260 Vgl. vornehmlich BGE 135 III 464 E. 3.3.4 S. 469. Z.B. auch BSK-WATTER, N 30 zu Art. 33 OR; CR-CHAPPUIS, N 20 zu Art. 33 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1407; GIGER, Vollmachtsmitteilung, S. 33; ISENRING, Vertretungswirkung, S. 96; WATTER, Verpflichtung, N 29; ZK-KLEIN, N 13 zu Art. 33 OR.

1261 So wohl auch die Rechtsprechung BGE 135 III 464 E. 3.3.4 S. 469. Vgl. auch GIGER, Vollmachtsmitteilung, S. 33. Die abweichende Ansicht, wonach die Kundgabe der Vollmacht Vertretungsmacht begründet, verkennt, dass die Vertretungswirkung in solchen Fällen auf dem guten Glauben des Dritten beruht, der geschützt wird. «*Hätte der Vertreter tatsächlich Vertretungsmacht, so brauchte es keinen Gutgläubensschutz*» (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1408 *in fine*). A.A. wohl BUCHER, OR AT, § 33 Fn. 20, S. 606; HUGUENIN, AT/BT, N 1054 ff.

1262 Als Nichtberechtigter fungiert der Verfügende, wenn ihm das Verfügungsobjekt nicht oder nicht allein zusteht oder ihm die Verfügungsmacht trotz Rechtsinhaberschaft entzogen wurde (siehe Staudinger-KLUMPP, 2019, N 38 ff. zu § 185 BGB).

1263 Ausführlich dazu hinten Rn. 434 ff. Zu beachten ist allerdings, dass die Mitteilung, ein anderer sei zur Verfügung befugt, an und für sich keinen Vertrauenstatbestand schafft (siehe hinten Rn. 450 ff).

1264 Siehe vorne Rn. 378 ff.

1265 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 835. So wohl auch DROIN, *représentation indirecte*, S. 70 *in fine*; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 622 ff. Abweichend indes LAUKO, Abtretung, S. 40; LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1202 ff. Aus deutscher Sicht etwa DORIS, Ermächtigung, S. 68 ff.

391 Diese Auffassung ist abzulehnen. Denn das Gesetz selber sieht vor, dass jemand auch zur Verfügung über eine fremde Forderung ermächtigt werden kann. Dies folgt aus dem Verweis in Art. 899 Abs. 2 ZGB. Gemäss Art. 899 Abs. 2 ZGB untersteht das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten, wo es nicht anders geordnet ist, den Bestimmungen über das Faustpfand. Da die Art. 900–906 ZGB keine abweichende Ordnung für die Weiterverpfändung einer Forderung vorsehen und sich eine solche auch nicht aus der Eigenart der Verhältnisse ergibt, findet Art. 887 ZGB auch auf das Pfandrecht an Forderungen Anwendung.¹²⁶⁶ Folglich kann der Gläubiger der verpfändeten Forderung den Pfandgläubiger zur Bestellung eines weiteren Pfandrechts an der verpfändeten Forderung – mithin zur Verfügung über selbige – ermächtigen. Der Anwendungsbereich der Verfügungsermächtigung ist somit schon von Gesetzes wegen nicht auf bewegliche Sachen beschränkt.

392 Forderungen und andere Rechte können nach der hier vertretenen Auffassung aber nicht nur im gesetzlich vorgesehenen Fall der Weiterverpfändung den Gegenstand einer Verfügungsermächtigung bilden, sondern vielmehr in allen Fällen rechtsgeschäftlicher Verfügungen. So kann jemand auch zur eigengeschäftlichen Übertragung einer fremden Forderung ermächtigt werden.¹²⁶⁷ Anders als bei der Übertragung beweglicher Sachen müssen diesfalls aber die *tatsächlichen Verhältnisse* offengelegt werden.¹²⁶⁸ Schliesslich bedarf die Abtretung nach Art. 165 Abs. 1 OR zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. Der Zweck dieser Formvorschrift liegt im Schutz der Verkehrssicherheit durch Klarstellung der Verhältnisse.¹²⁶⁹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss daher auch aus der Zessionsurkunde hervorgehen, wem die Forderung zusteht.¹²⁷⁰ Für die indirekte Stellvertretung heisst das, dass der indirekte Stellvertreter, wenn er beispielsweise eine Forderung des indirekt Vertretenen verkaufen will, spätestens im Abtretungszeitpunkt die tatsächlichen Rechtsverhältnisse an der zu übertragenden Forderung offenlegen muss. Dieser Umstand steht einem Handeln im eigenen Namen nicht entgegen.¹²⁷¹

1266 BK-ZOBL, N 186 zu Art. 899 ZGB; BSK-BAUER/BAUER, N 55 zu Art. 899 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 115 zu Art. 899 ZGB.

1267 Vgl. LAUKO, Abtretung, S. 40.

1268 BECKER, Ermächtigung, S. 46 *in fine*, S. 47 *in initio*. Nach der abweichenden Ansicht von LAUKO muss der Ermächtigte nicht offenlegen, dass er eine fremde Forderung abtritt (vgl. LAUKO, Abtretung, S. 40).

1269 BGer 4A_59/2017 vom 28. Juni 2017, E. 3.5.1. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 165 OR; CHK-REETZ/BURRI, N 5 zu Art. 165 OR.

1270 BGer 4A_59/2017 vom 28. Juni 2017, E. 3.5.1.

1271 A.A. VON TUHR, AT BGB II/2, S. 216, wonach Rechte an Forderungen und Grundstücken nicht Gegenstand einer Verfügungsermächtigung sein können, da über diese Rechte nicht anders verfügt werden kann als mit Nennung des Berechtigten. Werde aber der

Denn: Ein Eigengeschäft des Vertreters und damit eine indirekte Stellvertretung ist auch dann möglich, wenn der Dritte davon Kenntnis hat.¹²⁷²

Auf einen Punkt ist an dieser Stelle aber noch hinzuweisen: Eine Verfügungsermächtigung an Forderungen und anderen Rechten steht nicht im Widerspruch zu Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR. Schliesslich könnte man versucht sein, der hier geäusserten Ansicht mit dem Argument zu begegnen, dass formbedürftige Rechtsgeschäfte – wie eben die Zession – nicht nach dem Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» geschlossen werden können.¹²⁷³ Das ist zwar richtig, hat aber nichts mit der vorliegenden Problemstellung zu tun. Denn das Verfügungsgeschäft, d.h. die Zession der Forderung, ist ein Eigengeschäft des indirekten Stellvertreters. Es geht also gar nicht darum, das Verfügungsgeschäft nach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR dem indirekt Vertretenen und Gläubiger der Forderung zuzurechnen.¹²⁷⁴

Anzumerken ist weiterhin, dass die Ermächtigung zur Verfügung über eine fremde Forderung selber formfrei erteilt werden kann.¹²⁷⁵ Dies resultiert wiederum aus einer Parallele zur Vollmacht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der älteren Lehre kann die Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formfrei erteilt werden, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht.¹²⁷⁶ Die neuere Lehre schränkt den soeben beschriebenen Grundsatz insoweit ein, dass die Vollmacht zu einem formbedürftigen Rechtsgeschäft dann selber formbedürftig ist, wenn die gesetzliche Formvorschrift bezweckt, die Geschäftsparteien vor Übereilung zu schützen.¹²⁷⁷ Diese Ansicht verdient Zustimmung und sollte

Rechtsinhaber genannt, so liege ein Handeln im fremden Namen vor. Zu diesem Ergebnis gelangt VON TUHR, weil ihm zufolge ein Handeln im eigenen Namen nicht möglich ist, wenn der Handelnde offenlegt, dass er wirtschaftlich für eine andere Person tätig wird. Diese These wird vereinzelt auch in der Literatur zum schweizerischen Recht vertreten (siehe VON TUHR / ESCHER, OR AT, S. 331. Vgl. auch ZK-SPIRIG, N 68 zu Art. 164 OR). Dass dies unzutreffend ist, wurde bereits bei den Ausführungen zum Handeln im eigenen Namen aufgezeigt (siehe vorne Rn. 101f.).

1272 Siehe vorne Rn. 101f.

1273 Exemplarisch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N1336; ZK-KLEIN, N38 zu Art. 32 OR.

1274 Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR spielt weder beim Erwerb des Dritten vom indirekten Stellvertreter noch umgekehrt beim Erwerb vom Dritten eine Rolle. Ausführlich dazu einmal vorne Rn. 136 ff. sowie hinten Rn. 537 ff.

1275 Die Literatur hat sich mit dieser Frage – soweit ersichtlich – bisher nicht befasst (vgl. LAUKO, Abtretung, S. 40).

1276 Z.B. BGE 112 II 330 E. 1a S. 332; BGE 99 II 159 E. 2b S. 162; BK-BECKER, N 5 zu Art. 32 OR; BUCHER, OR AT, S. 602; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 355; ZIKOS, Vollmacht, S. 52.

1277 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 57 zu Art. 33 OR; BSK-WATTER, N 14 zu Art. 33 OR; CHK-SCHÖBI, N 8 zu Art. 33 OR; KELLER/SCHÖBI, Schuldrecht I, S. 81; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 140 f.; ZK-KLEIN, N 24 zu Art. 33 OR.

meines Erachtens auch für die Verfügungsermächtigung gelten. Folglich erstreckt sich die Formvorschrift in Art. 165 Abs. 1 OR nicht auf die Ermächtigung zur Übertragung einer fremden Forderung, da Art. 165 Abs. 1 OR primär dem Schutz der Verkehrssicherheit dient.¹²⁷⁸

395 Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass nicht nur bewegliche Sachen, sondern auch Forderungen das Objekt einer Verfügungsermächtigung bilden können. Nach der hier vertretenen Ansicht kann dieser Gedanke – ohne dabei in Konflikt mit gesetzlichen Bestimmungen zu gelangen – erweitert werden und eine Verfügungsermächtigung an *allen* einer Verfügung zugänglichen *subjektiven Rechten* für zulässig erachtet werden.¹²⁷⁹ Folglich ist auch eine Verfügungsermächtigung an Grundstücken denkbar.¹²⁸⁰ Zwar hat der schweizerische Gesetzgeber eine derart universelle Verfügungsermächtigung – im Unterschied zum deutschen Gesetzgeber (vgl. § 185 BGB)¹²⁸¹ – nicht gesetzlich verankert, doch erklärt sich dies nicht aus einer diesbezüglich ablehnenden Haltung des Gesetzgebers, sondern vielmehr aus dem Umstand, dass der schweizerische Gesetzgeber auf einen allgemeinen Teil verzichtet hat. Für die indirekte Stellvertretung folgt daraus, dass der indirekt Vertretene immer die Möglichkeit hat, den indirekten Stellvertreter zur Verfügung zu ermächtigen, und damit die Rechtsinhaberschaft am betreffenden Vermögensgegenstand nicht aufzugeben braucht. Die Verfügungsermächtigung bildet damit nicht nur bei beweglichen Sachen eine Alternative zur fiduziarischen Rechtsübertragung.¹²⁸²

1278 Vgl. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 165 OR; CHK-REETZ/BURRI, N 5f. zu Art. 165 OR.

1279 Eine Verfügungsermächtigung kann sich auch auf mehrere Vermögensgegenstände erstrecken. Das Verfügungsobjekt muss aber hinreichend klar bestimmt sein. Dies resultiert meines Erachtens aus der gegenstandsbezogenen Natur der Verfügungsermächtigung. Daher ist eine «*Generalermächtigung*» für sämtliche Vermögensgegenstände des Ermächtigenden nach der hier vertretenen Auffassung unzulässig. In der Literatur wurde diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht erörtert.

1280 Siehe LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1203. Zur Form der Verfügungsermächtigung ist Folgendes zu sagen: Da die Erteilung einer solchen Verfügungsermächtigung für den Rechtsinhaber einer Veräusserung gleichkommt, müsste sich die Formvorschrift des Art. 657 Abs. 1 ZGB von ihrem Schutzzweck her auch auf die Verfügungsermächtigung erstrecken (ebenso LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1204 *in fine*, S. 1205 *in initio*). Die Urkunde würde dem Ermächtigten dann die entsprechende Legitimation gegenüber dem Grundbuchamt verleihen (vgl. Art. 963, 965 ZGB). Auf weitere grundbuchliche Fragen soll vorliegend aber nicht näher eingegangen werden.

1281 Für das deutsche Recht vornehmlich Staudinger-KLUMPP, 2019, N 27 zu § 185 BGB.

1282 A.A. wohl ZUFFEREY, représentation indirecte, N 835.

d. Rechtswirkungen

Die Verfügungsermächtigung verleiht dem Ermächtigten Verfügungsmacht hinsichtlich eines fremden Vermögensgegenstandes.¹²⁸³ Während sich die Verfügungsmacht des Rechtsinhabers unmittelbar aus der Beziehung zum betreffenden Vermögensgegenstand ergibt und insoweit als *originär* bezeichnet werden kann, wird die Verfügungsmacht des Ermächtigten von einer dazwischengeschalteten Person (dem Rechtsinhaber) vermittelt.¹²⁸⁴ Die Verfügungsermächtigung verleiht somit eine *abgeleitete Verfügungsmacht*,¹²⁸⁵ welche die folgenden zwei Charakteristika aufweist:

- *Erstens* hängen Bestand und Umfang der abgeleiteten Verfügungsmacht von der originären Berechtigung des ermächtigenden Rechtsinhabers ab (*Akzessorietät der abgeleiteten Verfügungsmacht*).¹²⁸⁶ Folglich muss der Ermächtigende nicht nur bei der Erteilung der Verfügungsermächtigung verfügungsberechtigt sein, sondern darüber hinaus bis zur Verfügung durch den Ermächtigten über die entsprechende Berechtigung gebieten.¹²⁸⁷
- *Zweitens* verdrängt die abgeleitete Verfügungsmacht nie die Befugnis des Rechtsinhabers, selber über den Gegenstand zu verfügen.¹²⁸⁸ Dies, weil die Verfügungsermächtigung nichts anderes als eine Machtbefugnis verleiht¹²⁸⁹ und nicht zu einer «*Rechtsübertragung*» führt.¹²⁹⁰

1283 Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 65 *in initio*; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 902; LAUKO, Abtretung, S. 42; LUDEWIG, Ermächtigung, S. 77; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 59 zu § 185 BGB. Anders RAICH, Ermächtigung, S. 15 f.

1284 LAUKO, Abtretung, S. 36 f.

1285 LAUKO, Abtretung, S. 37 *in initio*; LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1203 *in initio*. Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 77; ferner THIELE, Zustimmung, S. 257.

1286 LAUKO, Abtretung, S. 37; MüKo-BAYREUTHER, N 22 zu § 185 BGB. Vgl. KOTTHAUS, Ermächtigung, S. 30; THIELE, Zustimmung, S. 299 ff.

1287 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 908 f. Vgl. Staudinger-KLUMPP, 2019, N 54 zu § 185 BGB.

1288 Vgl. BECKER, Ermächtigung, S. 48; LAUKO, Abtretung, S. 37; LUDEWIG, Ermächtigung, S. 75 f.; MüKo-BAYREUTHER, N 23 zu § 185 BGB. Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 77 f.; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909 *in initio*. *Konkurrierende Verfügungen des Rechtsinhabers und des Ermächtigten sind nach dem Prioritätsgrundsatz zu beurteilen* (BECKER, Ermächtigung, S. 48; MüKo-BAYREUTHER, N 23 zu § 185 BGB).

1289 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 904 f. Vgl. LAUKO, Abtretung, S. 52; MüKo-BAYREUTHER, N 21 zu § 185 BGB.

1290 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 902, 904 f.; LAUKO, Abtretung, S. 50 ff.

- 399 Aus diesen beiden Charakteristika folgt, dass der Rechtsinhaber jederzeit durch eigene Verfügung eine Verfügungsermächtigung zu Fall bringen kann, ohne dass es vorher eines Widerrufs seinerseits bedürfte.¹²⁹¹

5. Abgrenzung zur Einziehungsermächtigung

- 400 Zwar wird die Rechtsfigur der Einziehungsermächtigung im schweizerischen Recht mehrheitlich abgelehnt,¹²⁹² doch sind in der Literatur Stellen zu finden, wo eine Verfügungsermächtigung an Forderungen ohne weitere Begründung als Einziehungsermächtigung bezeichnet wird.¹²⁹³ Eine genauere Abgrenzung der beiden Rechtsfiguren ist daher angezeigt. Mit dem Begriff der «*Einziehungsermächtigung*» wird herkömmlicherweise eine Konstellation beschrieben, in welcher dem Ermächtigten die Befugnis eingeräumt wird, eine fremde Forderung im eigenen Namen geltend zu machen.¹²⁹⁴ Darin unterscheidet sich die Einziehungsermächtigung von der Inkassovollmacht, bei welcher der Bevollmächtigte im Namen des Forderungsgläubigers die Leistung vom Schuldner verlangt.¹²⁹⁵ Die so beschriebene Einziehungsermächtigung führt zu einer *Verdoppelung der Einziehungsbefugnis*: Neben dem materiell an der Forderung berechtigten Gläubiger ist auch die zur Einziehung ermächtigte Person befugt, den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten.¹²⁹⁶ Von der Verfügungsermächtigung unterscheidet sich die Einziehungsermächtigung dadurch, dass die Befugnis des Ermächtigten darauf gerichtet ist, die fremde Forderung im eigenen Namen geltend zu machen, mithin Handlungen vorzunehmen, welche

1291 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; LAUKO, Abtretung, S. 37; VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 62. Dies gilt selbst bei einer unwiderruflich erteilten Verfügungsermächtigung (KOTTHAUS, Ermächtigung, S. 31).

1292 Grundlegend BGE 78 II 265 E. 3a S. 274; bestätigt in BGE 130 III 417 E. 3.4 S. 427; BGE 137 III 293 E. 3.2 S. 298. Aus der Literatur siehe z.B. GUHL/KOLLER, OR, § 34 N 5; KOLLER, OR AT, N 84.12; KuKo-LARDELLI, N 7 zu Art. 164 OR; VON TUHR / ESCHER, OR AT, S. 338 *in fine*, S. 339 *in initio*; WIEGAND, Einziehungsermächtigung, S. 135. A.A. BERGER/GÜNGERICH, Prozessführungsbefugnis, S. 138 f.; DE GOTTRAU, cession, S. 117. Zum deutschen Recht, welches die Einziehungsermächtigung als Rechtsfigur anerkennt, siehe WIEGAND, Einziehungsermächtigung, S. 125 ff.

1293 KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 163 *in fine*, S. 164 *in initio*; LAUKO, Abtretung, S. 40, Fn. 232.

1294 Z.B. HENCKEL, Einziehungsermächtigung, S. 643; NEUNER, AT BGB, § 54 N 29; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 158 zu § 185 BGB; Staudinger-SCHILKEN, 2019, Vorbem. zu §§ 164 ff., N 66.

1295 BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 1 zu Art. 164 OR; GUHL/KOLLER, OR, § 34 N 5; HAHN, Einziehungsermächtigung, S. 41 ff.; KuKo-LARDELLI, N 7 zu Art. 164 OR; LUDEWIG, Ermächtigung, S. 92.

1296 ADAM, Einziehungsermächtigung, S. 45 *in fine*; LUDEWIG, Ermächtigung, S. 93; WIEGAND, Einziehungsermächtigung, S. 132.

die Erfüllung vorbereiten, wie beispielsweise den Schuldner zu mahnen. Diesen Handlungen ist jedoch kein Verfügungscharakter beizumessen.¹²⁹⁷ Zwar kann die Einziehung einer Forderung insoweit als Verfügung verstanden werden, als durch die Annahme der geschuldeten Leistung als Erfüllung die Forderung zum Untergang gebracht wird,¹²⁹⁸ doch stehen bei der Einziehungsermächtigung die zuvor beschriebenen auf Erfüllung der Leistungspflicht des Schuldners gerichteten Handlungen im Vordergrund, denen ein Verfügungscharakter abzusprechen ist. Eine Verfügungsermächtigung an einer Forderung hingegen befähigt den Ermächtigten dazu, unmittelbar und in rechtsvermindernder Weise auf die fremde Forderung einzuwirken, beispielsweise durch Zession oder Weiterverpfändung derselben. Hier geht es nicht darum, den Schuldner zur Erfüllung anzuhalten. Folglich darf die Einziehungsermächtigung nicht mit der Verfügungsermächtigung gleichgesetzt werden.¹²⁹⁹

Wie bereits bemerkt, wird die Einziehungsermächtigung für das schweizerische Recht mehrheitlich abgelehnt.¹³⁰⁰ Gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung wird materiell eingewendet, dass sie zu einer Abspaltung des Einziehungsrechts vom Forderungsrecht führe.¹³⁰¹ Aus zessionsrechtlicher Sicht sei aber eine «*beschränkte Zession*» in dem Sinne, dass lediglich der Leistungsanspruch auf den Zessionar übergeht, die Forderung selber aber beim Zedenten verbleibt, unzulässig.¹³⁰² Diese Begründung vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist richtig, dass eine auf die Übertragung des Leistungsanspruchs beschränkte Zession unzulässig ist, doch geht es bei der Einziehungsermächtigung nicht um die Übertragung eines von der Forderung abgespaltenen Leistungsanspruchs. Schliesslich kann der Forderungsinhaber

1297 Vgl. HAHN, Einziehungsermächtigung, S. 61; LUDEWIG, Ermächtigung, S. 83; SIMOKAT, Verfügungsmacht, S. 164 ff. Vgl. auch Staudinger-KLUMPP, 2019, N 158 zu § 185 BGB, der von einer analogen Anwendung des § 185 BGB spricht.

1298 HAHN, Einziehungsermächtigung, S. 61. Vgl. LUDEWIG, Ermächtigung, S. 83; Staudinger-SCHILKEN, 2019, Vorbem. zu §§ 164 ff., N 66; VON TUHR / PETER, OR AT, § 25 Fn. 6.

1299 Vgl. Staudinger-KLUMPP, 2019, N 158 zu § 185 BGB; ferner STATHOPOULOS, Einziehungsermächtigung, S. 99. Mit teils abweichender Begründung, jedoch gleichem Ergebnis DORIS, Ermächtigung, S. 72.

1300 Siehe die Nachweise in Fn. 1292.

1301 BGE 78 II 265 E. 3a S. 274; BGE 130 III 417 E. 3.4 S. 427; BGE 137 III 293 E. 3.2 S. 298. Siehe WIEGAND, Einziehungsermächtigung, S. 130 *in fine*. Zur Einziehungsermächtigung aus prozessualer Sicht HENCKEL, Einziehungsermächtigung, S. 653 ff.

1302 So hält das Bundesgericht ausdrücklich fest: «[...] *la créance ne peut pas être scindée en une prétention de fond et un droit d'action (Klagerecht). Le droit suisse ne connaît pas une cession portant sur la seule faculté de déduire une créance en justice; il connaît seulement la cession de la créance comme telle, qui fait passer au concessionnaire la qualité pour intenter action*». (BGE 78 II 265 E. 3a S. 274). Siehe auch VON TUHR / ESCHER, OR AT, S. 338 *in fine*, S. 339 *in initio*.

die Forderung weiterhin selber geltend machen.¹³⁰³ Die Einziehungsermächtigung verleiht dem Ermächtigten vielmehr eine Machtbefugnis,¹³⁰⁴ sodass deren Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt der *Dogmatik der Machtbefugnisse* zu beurteilen ist. Da die Einziehungsermächtigung den Ermächtigten zur direkten Einwirkung auf einen fremden Vermögensgegenstand befähigt, ist sie gegenstandsbezogener Natur.¹³⁰⁵ Wie bereits an anderer Stelle erörtert, ist die Verfügung nicht die einzige Art rechtlicher Einwirkungen auf einen Vermögensgegenstand,¹³⁰⁶ sodass der Ermächtigungsbegriff nicht auf die Erteilung abgeleiteter Verfügungsmacht beschränkt ist. Die Einziehungsermächtigung ist somit als weitere Ermächtigungsart neben der Verfügungsermächtigung anzuerkennen.¹³⁰⁷ Da der Ermächtigende aber zuvor selber ein Verpflichtungsgeschäft mit dem Dritten (Schuldner) abgeschlossen hat, aus welchem die einzuziehende Forderung hervorgegangen ist, überschneidet sich der Anwendungsbereich der Einziehungsermächtigung nicht mit jenem der indirekten Stellvertretung.¹³⁰⁸ Daher wird im Folgenden auf die Einziehungsermächtigung auch nicht näher eingegangen.

6. Abstraktheit der Verfügungsermächtigung?

- 402 Wie bereits erörtert, ist die Verfügungsermächtigung ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches von einem allfälligen Vertragsverhältnis getrennt ist.¹³⁰⁹ In der Literatur wird die Verfügungsermächtigung daher – gleich wie die artverwandte Vollmacht – als «*abstrakt*» qualifiziert.¹³¹⁰

1303 Vgl. ADAM, Einziehungsermächtigung, S. 45; BERGER/GÜNGERICH, Prozessführungsbefugnis, S. 138.

1304 Vgl. ferner BERGER/GÜNGERICH, Prozessführungsbefugnis, S. 138.

1305 Vgl. ADAM, Einziehungsermächtigung, S. 32f.

1306 Siehe vorne Rn. 48.

1307 Von der Frage, ob jemand zur Einziehung einer fremden Forderung ermächtigt werden kann, ist die Frage zu unterscheiden, ob der Schuldner auch verpflichtet ist, an den Ermächtigten zu leisten (HAHN, Einziehungsermächtigung, S. 62). Zur Stellung des Schuldners bei der Einziehungsermächtigung aus deutscher Perspektive siehe STATHOPOULOS, Einziehungsermächtigung, S. 108 ff.

1308 BGE 119 II 452 E. 1c S. 455. Gleiches gilt auch für den Fall, in welchem nicht eine Einziehungsermächtigung erteilt wird, sondern die Forderung zur Einziehung auf eine andere Person übertragen wird (Inkassozeession). Auch der Inkassozeessionar kann nicht als indirekter Stellvertreter qualifiziert werden, wurde der Leistungsanspruch doch vom Zedenten begründet. Ausführlich dazu vorne Rn. 296.

1309 Siehe vorne Rn. 385f.

1310 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 48 zu Art. 714 ZGB; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 248. Vgl. LAUKO, Abtretung, Fn. 231; SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 627.

Ziel der folgenden Ausführungen ist es, das Dogma von der Abstraktheit kritisch zu beleuchten.¹³¹¹ Vorab sei jedoch auf Folgendes hingewiesen: Keineswegs darf aus den nachstehenden Gedankengängen abgeleitet werden, die seit der Überwindung der naturrechtlichen Mandatsvollmacht anerkannte Trennung zwischen der Vollmacht und dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis werde für die Verfügungsermächtigung in Frage gestellt.¹³¹² Vielmehr geht es an dieser Stelle darum, die aus der «*Abstraktheit*» abgeleiteten Folgen für das Bestehen und Erlöschen sowie den Umfang der erteilten Machtbefugnis kritisch zu untersuchen. Denn im Rahmen der indirekten Stellvertretung kommt eine Verfügungsermächtigung nicht «*isoliert*» vor. Es ist daher für den Fortgang der Untersuchung relevant, zunächst grundlegend auf die Wechselwirkungen zwischen einer einseitig begründeten Machtbefugnis und der ihr zugrunde liegenden vertraglichen Beziehung einzugehen. Insofern gelten die nachstehenden Ausführungen gleichermaßen für die Verfügungsermächtigung wie für die Vollmacht.

a. Das Dogma der Abstraktheit

Das Dogma von der Abstraktheit erscheint nach herkömmlicher Auffassung in zwei Ausprägungen:

- Zum einen als «*Abstraktheit im Bestand und Erlöschen*». Das bedeutet, dass die einseitig erteilte Machtbefugnis (Verfügungsermächtigung bzw. Vollmacht) und der Grundvertrag in ihrem Bestand voneinander unabhängig sind.¹³¹³ So tangiere z.B. der Widerruf der eingeräumten Machtbefugnis nicht automatisch den Bestand des Vertragsverhältnisses.¹³¹⁴ Umgekehrt führe die Ungültigkeit der vertraglichen Abrede im Allgemeinen nicht zur Ungültigkeit der einseitig erteilten Rechtsmacht.¹³¹⁵

1311 Krit. vornehmlich auch DE SAUSSURE, *acte juridique*, S. 31 ff., 60 ff.

1312 Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung bis hin zur naturrechtlichen Mandatsvollmacht siehe vornehmlich ISENRING, *Strafbarkeit*, S. 35 ff. Grundlegend zur Überwindung der Mandatsvollmacht beigetragen hat der Aufsatz von LABAND (siehe LABAND, *Stellvertretung*, S. 203 ff.). Allerdings war LABAND nicht der Erste, der das Grundverhältnis von der Vollmacht trennte. So hat bereits BLUNTSCHLI im zürcherischen PGB die Trennung zwischen der Vollmacht und dem ihr zugrunde liegenden Vertrag bis zu einem gewissen Grad vollzogen (siehe die Darstellung bei STÖRI, *Stellvertretung*, S. 221 ff., insbesondere S. 224).

1313 Vgl. z.B. BSK-WATTER, N 12 zu Art. 33 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1351; ISENRING, *Strafbarkeit*, S. 52 f.; KELLER/SCHÖBI, *Schuldrecht I*, S. 80; KOLLER, OR AT, N 18.05; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 42.07; TERCIER/PICHONNAZ, *droit*, N 444. Vgl. BGE 78 II 369 E. 2a S. 372. Siehe auch AVNI, *extinction*, S. 97 ff., insbesondere S. 101 ff.

1314 BSK-WATTER, N 12 zu Art. 33 OR; ISENRING, *Strafbarkeit*, S. 52.

1315 Vgl. etwa BSK-WATTER, N 12 zu Art. 33 OR; KOLLER, OR AT, N 18.05; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 42.07; TERCIER/PICHONNAZ, *droit*, N 444.

- 406 — Zum anderen als «*inhaltliche Abstraktheit*»,¹³¹⁶ Nach dieser – aus dem deutschen Recht stammenden –¹³¹⁷ Sichtweise ist die Vollmacht auch umfangmässig gegenüber dem Grundvertrag verselbstständigt, sodass vertragliche Weisungen keine Auswirkungen auf den Umfang der Vertretungsmacht zeitigen.¹³¹⁸ Somit wäre im Prinzip auch ein weisungswidriges Handeln des direkten Stellvertreters für den Vertretenen verbindlich.¹³¹⁹ Zwar lehnen Literatur und Rechtsprechung zur direkten Stellvertretung diese Auffassung mehrheitlich für das schweizerische Recht ab,¹³²⁰ doch wird in der Literatur zur Verfügungsermächtigung der Gedanke der inhaltlichen Abstraktheit teils wieder aufgegriffen.¹³²¹
- 407 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Dogma von der Abstraktheit zu einer isolierten Betrachtung der Verfügungsermächtigung bzw. der Vollmacht führt. Dabei wird den Wechselwirkungen zwischen der einseitig begründeten Machtbefugnis und dem vertraglichen Grundverhältnis nur im Sinne einer Ausnahme Rechnung getragen.

b. Stellungnahme

- 408 Das Prinzip der Abstraktheit mit den soeben erörterten Ausprägungen ist aus folgenden Gründen abzulehnen:

1316 Vgl. ISENRING, Strafbarkeit, S. 53.

1317 Siehe vornehmlich FLUME, Rechtsgeschäft, S. 787 ff., 843 ff.; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 398 ff. Zu beachten ist allerdings, dass diese Autoren eine inhaltliche Abstraktheit nur für die externe Vollmacht annehmen. Siehe auch HUPKA, Vollmacht, S. 199 ff.

1318 AFFOLTER, Vollmacht, S. 124 *in fine*, S. 125 *in initio*; ENGEL, traité, S. 388; VIOLAND, Stellvertretung, S. 77. Als Konsequenz daraus wird begrifflich unterschieden zwischen der Vertretungsmacht, d.h. dem durch die Vollmacht eingeräumten «*rechtlichen Können*», und der Vertretungsbefugnis, mithin dem durch Weisungen begrenzten «*rechtlichen Dürfen*» (vgl. ISENRING, Strafbarkeit, S. 53 f.; VIOLAND, Stellvertretung, S. 77). Allerdings werden die Begriffe in der Literatur noch in anderem Zusammenhang verwendet, nämlich bezogen auf die «*interne*» und die «*externe*» Vollmacht (siehe vorne Rn. 388, Fn. 1261).

1319 Vgl. ENGEL, traité, S. 388. Ausgenommen davon wäre einzig der Fall des sogenannten «*Vollmachtsmissbrauchs*». Weiterführend dazu BUTSCHER-SCHWARZ, Innenverhältnis, S. 46 ff.

1320 BGE 99 II 39 E. 3 S. 44. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 106 zu Art. 33 OR; BSK-WATTER, N 13 zu Art. 33 OR; BUCHER, OR AT, S. 618; CHAPPUIS, *procuration*, S. 695; CHAPPUIS/DATWYLER, *titre*, S. 250 ff.; CHK-KUT, N 31 zu Art. 33 OR; DANUSER, *Anscheinsvollmacht*, S. 9 f.; KOLLER, OR AT, N 18.12 f.; ZK-KLEIN, N 37 zu Art. 33 OR.

1321 Vgl. SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 627, der dafürhält, die Problematik des Missbrauchs der Ermächtigung gleich zu lösen wie beim Missbrauch der Vollmacht. Die Frage des Vollmachtsmissbrauchs stellt sich aber nur bei Annahme einer inhaltlichen Abstraktheit (siehe CHAPPUIS, *procuration*, S. 691 *in fine* ff.).

- Dogmatisch betrachtet bildet das abstrakte Rechtsgeschäft eine besondere Form eines Zuwendungsgeschäfts.¹³²² Ein Zuwendungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, bei welchem die eine Partei der anderen oder einem Dritten (Vertrag zu Gunsten Dritter) oder beide Parteien sich gegenseitig kraft privatautonomes Handelns einen Vermögensvorteil (Zuwendung) verschaffen.¹³²³ Alle rechtsgeschäftlichen Zuwendungen bedürfen zu ihrer Rechtfertigung eines Rechtsgrundes (*causa*).¹³²⁴ Bei einem abstrakten Zuwendungsgeschäft gehört der die Zuwendung rechtfertigende Rechtsgrund nicht zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts, sodass die Zuwendung auch bei fehlender *causa* wirksam erfolgt ist.¹³²⁵ So wird z.B. der Zessionar auch bei Ungültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts Gläubiger der übertragenen Forderung.¹³²⁶

Die Verfügungsermächtigung hingegen ist kein Zuwendungsgeschäft,¹³²⁷ da die abgeleitete Verfügungsmacht dem Ermächtigten keinen Vermögensvorteil verschafft. Weder wird eine Forderung auf eine Leistung begründet noch kommt es zu einer Rechtsübertragung.¹³²⁸ Obgleich die Verfügungsermächtigung von einer allfälligen vertraglichen Beziehung zu trennen ist, kann dieses Verhältnis nicht mit jenem des Grundgeschäfts zum – abstrakten oder kausalen – Zuwendungsgeschäft verglichen werden.¹³²⁹ Es ist daher dogmatisch verfehlt, das Verhältnis der Verfügungsermächtigung zur vertraglichen Abrede als «*abstrakt*» zu qualifizieren.¹³³⁰

- Des Weiteren stehen die vorgängig dargelegten Ausprägungen der Abstraktheit im Widerspruch zum Vertrauensprinzip.¹³³¹ Nach dem Vertrau-

1322 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 152.

1323 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 152. Siehe VON TUHR, AT BGB II/2, S. 49 ff.

1324 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 152. Siehe VON TUHR, AT BGB II/2, S. 62 ff. Vgl. BSK-SCHULIN/VOGT, N 10 f. zu Art. 62 OR.

1325 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 153; ferner VON TUHR, AT BGB II/1, S. 256.

1326 Siehe BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 22 ff. zu Art. 164 OR. Gleichwohl ist die Zuwendung ungerechtfertigt und damit nach Art. 62 ff. OR zurückzuerstatten (vgl. BSK-SCHULIN/VOGT, N 35 zu Art. 62 OR). Im Unterschied zum kausalen Zuwendungsgeschäft, bei welchem der Rechtsgrund zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts gehört, konnte das Recht hier aber wirksam übertragen werden.

1327 Vgl. VON TUHR, AT BGB II/2, S. 229. Gleiches gilt für die Vollmacht (BUTSCHER-SCHWARZ, Innenverhältnis, S. 26).

1328 Vgl. ferner FLUME, Rechtsgeschäft, S. 152.

1329 Vgl. ferner FLUME, Rechtsgeschäft, S. 841 *in fine*.

1330 Vgl. ferner BUTSCHER-SCHWARZ, Innenverhältnis, S. 26.

1331 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 122 *in fine* zu Art. 33 OR; BUCHER, OR AT, S. 616; CHAPPUIS, procuration, S. 694; DE SAUSSURE, acte juridique, S. 59 ff.; KOLLER, OR AT, N 18.09 ff.; ZIKOS, Vollmacht, S. 57.

ensprinzip bestimmen sich Bestand und Umfang einer Willenserklärung danach, wie der Empfänger sie in guten Treuen unter Berücksichtigung aller Umstände verstehen durfte und musste.¹³³² Wird eine Verfügungsermächtigung im Rahmen eines Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung erteilt, so gebietet das Vertrauensprinzip, das Grundverhältnis bei der Bestimmung von Bestand und Umfang der Verfügungsermächtigung miteinzubeziehen.¹³³³

- 412 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Prinzip der «*Abstraktheit*» zur Beschreibung des Verhältnisses zwischen der einseitig erteilten Machtbefugnis und dem vertraglichen Grundverhältnis ungeeignet ist. Dies, weil der Begriff der «*Abstraktheit*» terminologisch und dogmatisch in Konflikt mit anderen Prinzipien gerät, wie dem Prinzip der Abstraktheit/Kausalität von Zuwendungen. Mangelt es an einem tatsächlichen Konsens, so bestimmen sich Bestand und Umfang einer im Rahmen einer vertraglichen Beziehung erteilten Verfügungsermächtigung immer anhand des Vertrauensprinzips.¹³³⁴ Der Begriff «*Abstraktheit*» ist zu vermeiden. Stattdessen ist vorzugsweise von der «*Trennung*» der Verfügungsermächtigung vom Grundvertrag (*Trennungsprinzip*) zu sprechen.¹³³⁵

7. Modalitäten der Verfügungsermächtigung im Einzelnen

a. Umfang

aa. Im Allgemeinen

- 413 Der Umfang einer erteilten Verfügungsermächtigung ist im Einzelfall anhand der allgemeinen Regeln zur Auslegung von Willenserklärungen zu ermitteln. Soweit sich Ermächtigender und Ermächtigter tatsächlich nicht richtig

1332 BGE 135 III 295 E. 5.2 S. 302; BGE 135 III 410 E. 3.2 S. 413; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; GUHL/KOLLER, OR, § 12 N 31; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 207; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 181 zu Art. 1 OR.

1333 Vgl. ferner FRIEDRICH, Auftragsrecht, S. 455 ff. Da die Verfügungsermächtigung im Rahmen der indirekten Stellvertretung deckungshalber erteilt wird (vorne Rn. 386), ist regelmässig anzunehmen, dass sie vom indirekt Vertretenen (stillschweigend) auflösend bedingt auf die Beendigung des Grundvertrags gewährt wurde. Vgl. ferner auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 15 zu Art. 34 OR. Gleiches gilt auch bei dessen Ungültigkeit. Ist die vertragliche Abrede zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter ungültig, so ist es i.d.R. auch die Verfügungsermächtigung. Zur Auswirkung von Weisungen auf den Umfang der Verfügungsermächtigung siehe hinten Rn. 416.

1334 Vgl. ferner CR-CHAPPUIS, N 7 i.V.m. N 15 zu Art. 33 OR; DE SAUSSURE, acte juridique, S. 61.

1335 Vgl. CHAPPUIS, procuration, S. 695; CR-CHAPPUIS, N 7 zu Art. 33 OR; LABAND, Stellvertretung, S. 203 ff., spricht in seinem grundlegenden Aufsatz zur Stellvertretung stets von der «*Trennung*» der Vollmacht vom Auftrag.

verstanden haben, ist eine Verfügungsermächtigung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.¹³³⁶ Wie soeben ausgeführt, gebietet das Vertrauensprinzip, eine allfällige vertragliche Abrede in die Auslegung miteinzubeziehen.¹³³⁷ Inwieweit eine der Verfügungsermächtigung zugrunde liegende vertragliche Abrede den Umfang selbiger beeinflusst, hängt aber nach meinem Dafürhalten davon ab, ob der Ermächtigte das wirtschaftliche Risiko aus dem Geschäft mit dem Erwerber selber trägt oder auf den Ermächtigenden überwälzt.¹³³⁸

bb. Beim Handeln auf eigene Rechnung

Verfügt der Ermächtigte auf eigene Rechnung über den fremden Vermögensgegenstand, so kann er von der ihm eingeräumten abgeleiteten Verfügungsmacht grundsätzlich frei in den Schranken des Rechtsmissbrauchs Gebrauch machen.¹³³⁹ Zur Veranschaulichung kann beispielhaft eine im Rahmen eines Trödelvertrags erteilte Verfügungsermächtigung dienen.¹³⁴⁰ Beim Trödelvertrag übergibt der Vertrödler dem Trödler eine Sache zwecks eigengeschäftlicher Veräusserung an einen Dritten.¹³⁴¹ Dabei verpflichtet sich der Trödler dem Vertrödler gegenüber, entweder den vereinbarten Schätzungspreis zu bezahlen oder ihm im Fall des Nichtverkaufs die Sache zurückzugeben.¹³⁴² Verkauft der Trödler die Sache, so geschieht dies ohne Abrechnungspflicht über einen allfälligen Mehr- oder Mindererlös.¹³⁴³ Da der Trödler die Vor- und Nachteile des von ihm abgeschlossenen Veräusserungsgeschäfts selber trägt, ist die Verfügungsermächtigung auch nicht auf den im Trödelvertrag bestimmten Preis beschränkt.¹³⁴⁴ Folglich wird der Umfang der Verfügungsermächtigung nicht von der vertraglichen Abrede flankiert.

1336 Das Vertrauensprinzip ist stets zweitrangig. Primär kommt es auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien an. Z.B. BGE 123 III 16 E. 4b S. 22; BGE 137 III 145 E. 3.2.1 S. 148. Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N215.

1337 Siehe vorne Rn. 411, 412.

1338 Dazu sogleich Rn. 414 ff.

1339 Vgl. BGE 69 II 110 E. 2 S. 116.

1340 Siehe BGE 69 II 110 E. 2 S. 115 ff.

1341 GUHL/KOLLER, OR, § 40 N 8; HUGUENIN, AT/BT, N 4009; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 7212 ff.

1342 BSK-LENZ/ VON PLANTA, Vorbem. zu Art. 425-438 OR, N 7; GUHL/KOLLER, OR, § 40 N 8; HUGUENIN, AT/BT, N 4024; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 7233. Da es beim Trödelvertrag nicht darum geht, dem Vertrödler die Leistung des Käufers zukommen zu lassen, kommt der Trödelvertrag nicht als Grundvertrag indirekter Stellvertretung in Betracht. Siehe auch vorne Rn. 213.

1343 BSK-LENZ/ VON PLANTA, Vorbem. zu Art. 425-438 OR, N 7; HUGUENIN, AT/BT, N 4018. Vgl. OFK-MOSKRIC, N 5 zu Art. 425 OR.

1344 Vgl. BGE 69 II 110 E. 2 S. 115 f.

cc. Bei der indirekten Stellvertretung

415 Der indirekten Stellvertretung ist wesensimmanent, dass dem indirekt Vertretenen die Vor- und Nachteile des Drittvertrags zukommen.¹³⁴⁵ Diese Disparität zum Handeln auf eigene Rechnung äussert sich darin, dass die dem indirekten Stellvertreter erteilte Verfügungsmacht durch den Grundvertrag beschränkt wird.¹³⁴⁶ Da der indirekte Stellvertreter die Risiken des Geschäfts mit dem Dritten nicht selber trägt, kann er auch nach Treu und Glauben nicht annehmen, die ihm eingeräumte Verfügungsmacht frei ausüben zu können.¹³⁴⁷ Dazu im Einzelnen Folgendes:

416 Ob und inwieweit eine konkrete Weisung des indirekt Vertretenen den Umfang der Verfügungsermächtigung beschränkt, hängt von der inhaltlichen Bestimmtheit der Weisung ab.¹³⁴⁸ Grundsätzlich gilt, dass eine «[...] *inhaltlich genau umschriebene (d.h. in der Anwendung keine wertenden Überlegungen erfordernde) und verbindlich gegebene (nicht bloss als Wunsch oder Ratschlag präsentierte) Instruktion als inhaltliche Begrenzung der [Ermächtigung] zu verstehen ist*».¹³⁴⁹ So ist z.B. die Verfügungsmacht des Verkaufskommissionärs auf den vom Kommittenten zuvor bestimmten Preis beschränkt.¹³⁵⁰ Eine die Verfügungsmacht nicht konkret beschränkende Weisung liegt hingegen dann vor, wenn der Verkauf lediglich «*bestmöglich*» erfolgen soll.¹³⁵¹

417 Doch auch bei Fehlen konkreter Weisungen gebietet das Vertrauensprinzip, die für den indirekten Stellvertreter erkennbaren Interessen des indirekt Vertretenen zu berücksichtigen.¹³⁵² Die Grenze einer jeden Verfügungsermächtigung bildet nämlich das wohlverstandene Interesse des indirekt

1345 Siehe vorne Rn. 11 ff.

1346 Vgl. ferner BGE 69 II 110 E. 2 S. 115 f.

1347 Vgl. ferner BGE 69 II 110 E. 2 S. 115 f.; LOHER, Kommissionsgut, S. 930.

1348 Vgl. ferner BUCHER, OR AT, S. 618; ZK-KLEIN, N 45 zu Art. 33 OR.

1349 BUCHER, OR AT, S. 618 *in initio*.

1350 Beispiel: Trägt der Kommittent dem Kommissionär auf, das Kommissionsgut (z.B. ein Bild) nicht unter 10'000 CHF zu verkaufen, so ist die Verfügungsmacht des Verkaufskommissionärs erst bei einem Erlös von 10'000 CHF oder mehr gegeben. Verkauft der Kommissionär unter Missachtung dieser Weisung das Bild für 8'000 CHF, so kann er – mangels Verfügungsmacht – dem Erwerber nicht wirksam das Eigentum am Bild verschaffen. Vgl. dazu auch LOHER, Kommissionsgut, S. 930. Zu prüfen wäre diesfalls, ob die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb durch den Dritten (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) erfüllt sind. Siehe dazu hinten Rn. 434 ff.

1351 Vgl. BUCHER, OR AT, S. 618; ZK-KLEIN, N 45 zu Art. 33 OR.

1352 Vgl. BGer 9F_5/2013 vom 19. Juni 2013, E. 4.1, bezogen auf die Vollmacht; BSK-WATTER, N 17 zu Art. 33 OR.

Vertretenen.¹³⁵³ Daher gilt: Handelt der indirekte Stellvertreter den ersichtlichen, jedoch nicht durch Weisungen oder lediglich durch unbestimmte Weisungen konkretisierten Interessen des indirekt Vertretenen zuwider, so ist der Verfügungsakt nicht von der Verfügungsermächtigung gedeckt.¹³⁵⁴

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Umfang der Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters durch Weisungen des indirekt Vertretenen sowie durch dessen wohlverstandene Interessen beschränkt wird. 418

b. Beschränkung und Widerruf

aa. Grundsatz – jederzeitige Widerruflichkeit

Wie die Vollmacht kann auch die Verfügungsermächtigung vom Ermächtigten 419 den «[...] jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der Rechte, die sich aus einem unter den Beteiligten bestehenden anderen Rechtsverhältnis [...] ergeben können» (vgl. Art. 34 Abs. 1 OR). Art. 34 Abs. 1 OR findet somit analog auf die Verfügungsermächtigung Anwendung.¹³⁵⁵ Der Widerruf ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die an den Ermächtigten zu richten ist.¹³⁵⁶ Durch den Widerruf wird die Verfügungsermächtigung *ex nunc* zum Erlöschen gebracht.¹³⁵⁷ Es handelt sich mithin um ein aufhebendes Gestaltungsrecht.¹³⁵⁸ Die Verfügungsermächtigung erlischt, sobald der Widerruf dem Ermächtigten zugeht; dessen Kenntnisnahme ist nicht erforderlich.¹³⁵⁹

1353 Vgl. in verwandtem Zusammenhang BSK-WATTER, N 17 zu Art. 33 OR.

1354 Beispiel: Verkauft der Kommissionär ein Bild, ohne vorher Preisvorgaben erhalten zu haben, deutlich unter dessen objektiven Marktwert, so verletzt er in einer für ihn erkennbaren Weise die Interessen des Kommittenten. Eine entsprechende Verfügung des Kommissionärs wäre diesfalls nicht von der Verfügungsermächtigung gedeckt. Vgl. ferner auch BSK-WATTER, N 17 zu Art. 33 OR. Zu prüfen wäre wiederum, ob ein gutgläubiger Erwerb (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) in Frage käme. Anders wäre der Fall zu beurteilen, in welchem der Kommissionär nur einen leichten Preisnachlass gewährt. Ein solches Verhalten wäre – mangels konkreter Preisvorgaben – i.d.R. von der Verfügungsermächtigung erfasst. Vgl. ferner auch BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 *in fine*, S. 618 *in initio*.

1355 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 627; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 251. Vgl. auch KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 165; LAUKO, Abtretung, Fn. 231; LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1204.

1356 Vgl. BGER 4A_457/2008 vom 8. Mai 2009 E. 2.1; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 1 zu Art. 34 OR; BSK-WATTER, N 3 zu Art. 34 OR; ZK-KLEIN, N 4 zu Art. 34 OR.

1357 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 9 zu Art. 34 OR; ZK-KLEIN, N 16 zu Art. 34 OR.

1358 Vgl. etwa BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 1 zu Art. 34 OR; BSK-WATTER, N 3 zu Art. 34 OR; ZK-KLEIN, N 4 zu Art. 34 OR.

1359 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 1 zu Art. 34 OR; BSK-WATTER, N 3 zu Art. 34 OR; ZK-KLEIN, N 5f. zu Art. 34 OR, m.w.H.

420 Da die Verfügungsermächtigung vom Grundvertrag zu trennen ist,¹³⁶⁰ wirkt sich ihr Widerruf nicht automatisch auf den Bestand des Grundvertrags aus (vgl. Art. 34 Abs. 1 OR). Vielmehr ist der Einfluss des Widerrufs auf den Grundvertrag im Einzelfall zu ermitteln.¹³⁶¹ So kann die Widerrufserklärung nach Treu und Glauben auch als Widerruf der vertraglichen Abrede (vgl. Art. 404 OR) verstanden werden.¹³⁶² Der Widerruf der Verfügungsermächtigung kann aber der Abrede zur indirekten Stellvertretung auch ihre «Daseinsberechtigung» entziehen und damit deren Gegenstandslosigkeit zur Folge haben.¹³⁶³ Dies ist meines Erachtens allerdings dann nicht der Fall, wenn der indirekte Stellvertreter im Widerrufszeitpunkt bereits eine Verbindlichkeit mit dem Dritten eingegangen ist.

421 Da die Verfügungsermächtigung dem indirekten Stellvertreter *deckungshalber* erteilt wird,¹³⁶⁴ kann der indirekt Vertretene mit dem Widerruf unter Umständen seine Pflicht verletzen, dem indirekten Stellvertreter die Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit zu ermöglichen.¹³⁶⁵ Insofern kann der Widerruf der Verfügungsermächtigung entsprechende Schadenersatzansprüche des indirekten Stellvertreters nach sich ziehen.¹³⁶⁶ Diese Auffassung gerät nicht in ein Spannungsverhältnis zu Art. 34 Abs. 2 OR. Denn anders

1360 Siehe vorne Rn. 385f., 402.

1361 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 12 zu Art. 34 OR; ferner ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 zu Art. 34 OR. A.A. z.B. CHK-KUT, N 11 zu Art. 34 OR, der davon ausgeht, dass der Widerruf infolge der Abstraktheit keinen Einfluss auf das Grundverhältnis hat.

1362 Vgl. ZIKOS, Vollmacht, S. 100 *e contrario*.

1363 Beispiel: Der Verkaufskommissionär soll eine bestimmte Sache des Kommittenten (z.B. ein Bild) veräußern. Widerrufs der Kommittent die Verfügungsermächtigung, noch bevor der Kommissionär eine Verpflichtung mit einem Dritten eingegangen ist, so erlischt das Kommissionsverhältnis infolge Gegenstandslosigkeit. Denn der Zweck der Kommissionsabrede bestand gerade im Verkauf dieses Bildes. Freilich wird vielfach bereits die Widerrufserklärung des Kommittenten nach Treu und Glauben auch als Widerruf des Kommissionsverhältnisses aufzufassen sein (Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 404 OR), sodass auf die Gegenstandslosigkeit des Vertrags nicht weiter eingegangen werden muss. Vgl. ferner auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 12, 14 f. zu Art. 34 OR.

1364 Siehe vorne Rn. 386.

1365 Vgl. vorne Rn. 206.

1366 Beispiel: Hatte sich der indirekte Stellvertreter im Widerrufszeitpunkt bereits dazu verpflichtet, eine bestimmte Sache des indirekt Vertretenen zu verkaufen, so vermag er infolge des Widerrufs diese Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten nicht mehr richtig zu erfüllen. Der indirekte Stellvertreter wird diesfalls dem Dritten gegenüber schadenersatzpflichtig werden und könnte sich i.d.F. aufgrund des Grundvertrags beim indirekt Vertretenen schadlos halten. Vgl. ferner VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 53, der aber unzutreffend von der «Vollmacht», eine fremde Sache im eigenen Namen zu verkaufen, spricht.

als bei der Vollmacht ist das Widerrufsrecht bei der Verfügungsermächtigung nicht zwingender Natur.¹³⁶⁷

bb. Ausnahme – unwiderrufliche Verfügungsermächtigung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine analoge Anwendung von Art. 34 Abs. 2 OR auf die Verfügungsermächtigung abzulehnen.¹³⁶⁸ Nach Art. 34 Abs. 2 OR kann der Vollmachtgeber nicht durch Verzicht auf sein Widerrufsrecht eine unwiderrufliche Vollmacht erteilen. Dieser Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass eine unwiderrufliche Vollmacht eine zu grosse Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Vollmachtgebers bedeuten würde.¹³⁶⁹ Denn die Vollmacht erweitert die Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten, sodass die Rechtsfolgen des von ihm mit dem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts direkt beim Vollmachtgeber eintreten. Im Unterschied zur Vollmacht verleiht die Verfügungsermächtigung aber eine rein gegenstandsbezogene Machtbefugnis.¹³⁷⁰ Weder das Verfügungsgeschäft noch das der Verfügung zugrunde liegende Kausalgeschäft wird dem Ermächtigenden zugerechnet. Beides sind Eigengeschäfte des Ermächtigten. Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht gerät daher nicht in Konflikt mit der Handlungsfreiheit des Rechtsinhabers.¹³⁷¹ Zumal der Rechtsinhaber selbst eine unwiderrufliche Verfügungsermächtigung jederzeit durch eigene Verfügung zu Fall bringen könnte.¹³⁷² Daher trifft Art. 34 Abs. 2 OR wertungsmässig nicht auf die Verfügungsermächtigung zu, sodass *e contrario* eine analoge Anwendung abzulehnen ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein gültiger Verzicht auf das Widerrufsrecht möglich ist und somit eine *unwiderrufliche Verfügungsermächtigung* wirksam erteilt werden kann. Gerade für den indirekten Stellvertreter wäre dies von Vorteil. Denn in dem Moment, in dem er die Verbindlichkeit mit dem Dritten eingeht, entsteht für ihn ein eigenes Interesse (*Haftungsinteresse*) an

1367 Dazu sogleich Rn. 422f. In der Literatur zu Art. 34 Abs. 2 OR wird vertreten, dass im Fall des Widerrufs der Vollmacht keine vertragliche Schadenersatzpflicht des Vollmachtgebers begründet werden kann, da damit das Widerrufsrecht eingeschränkt würde (exemplarisch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 26 zu Art. 34 OR; KOLLER, OR AT, N 18.21).

1368 Ebenso KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 165; LAUKO, Abtretung, Fn. 231; LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1204. A.A. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 251. Unklar SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 627.

1369 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 7 zu Art. 34 OR. Vgl. HODLER, Widerruf, S. 79f.; NEUNER, AT BGB, § 50 N 52.

1370 Zur Unterscheidung von Vollmacht und Ermächtigung siehe vorne Rn. 73 ff.

1371 Vgl. LOSER, Grundpfandverwertung, S. 1204.

1372 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909 *in initio*; LAUKO, Abtretung, S. 37; MüKo-BAYREUTHER, N 23 zu § 185 BGB. Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 22 zu Art. 34 OR; ferner VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 62. Siehe auch vorne Rn. 399.

der Übertragung des fremden Vermögensgegenstands.¹³⁷³ Jedoch kann aus dieser Interessenlage allein nicht abgeleitet werden, die Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters sei ab diesem Moment automatisch unwiderruflich.¹³⁷⁴ Vielmehr muss auch im Rahmen der indirekten Stellvertretung ein Verzicht auf das Widerrufsrecht vom indirekt Vertretenen ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden.

c. Weitere Erlöschensgründe

424 Eine Verfügungsermächtigung erlischt prinzipiell mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung eines der Beteiligten. Insofern erscheint es sachgerecht, eine Parallele zu Art. 35 OR zu ziehen.¹³⁷⁵ Allerdings ergeben sich für die Verfügungsermächtigung zwei Besonderheiten:

425 — *Erstens* führt der Verlust der Handlungsfähigkeit des Ermächtigten zwingend zum Erlöschen der Verfügungsermächtigung.¹³⁷⁶ Denn im Unterschied zur Vollmacht erweitert die Verfügungsermächtigung nicht die Geschäftsfähigkeit des Ermächtigten. Dieser handelt vielmehr eigengeschäftlich, sodass seine Verfügungsfähigkeit gegeben sein muss.¹³⁷⁷ Verliert hingegen der Ermächtigende nachträglich seine Handlungsfähigkeit, so kann ein Fortbestehen der Verfügungsermächtigung zuvor gültig bestimmt worden sein.¹³⁷⁸

426 — *Zweitens* erlischt eine Verfügungsermächtigung, wenn der Ermächtigende sein Recht am Verfügungsobjekt verliert.¹³⁷⁹ Dies, weil sich die Verfügungsmacht des Ermächtigten von der Berechtigung des Ermächtigenden ableitet.¹³⁸⁰ Darüber hinaus führt auch eine gesetzliche Beschränkung der originären Verfügungsmacht des Rechtsinhabers zwingend zum Erlöschen der Verfügungsermächtigung.¹³⁸¹ Denn Beschränkungen der Verfügungsmacht dienen i.d.R. dem Schutz von Drittinteressen und

1373 Vgl. ferner VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 53.

1374 Vgl. ferner a.A. wohl VON TUHR, unwiderrufliche Vollmacht, S. 53.

1375 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 252.

1376 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 252.

1377 Vgl. vorne Rn. 57.

1378 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 252.

1379 Staudinger-GURSKY, 2014, N 26 zu § 185 BGB. Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 908; LAUKO, Abtretung, S. 37.

1380 LAUKO, Abtretung, S. 37; Staudinger-GURSKY, 2014, N 26 zu § 185 BGB. Siehe vorne Rn. 396 ff.

1381 Vgl. MüKo-BAYREUTHER, N 19 zu § 185 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 43 zu § 185 BGB.

können daher nicht autonom abgeändert werden.¹³⁸² So führt beispielsweise der Konkurs des Ermächtigenden zwingend zum Erlöschen der Verfügungsermächtigung, soweit sich diese auf einen vom Konkursbeschluss erfassten Vermögensgegenstand bezieht.¹³⁸³

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Verfügungsermächtigung grundsätzlich die Erlöschensgründe gemäss Art. 35 OR Anwendung finden, wobei eine Verfügungsermächtigung zwingend mit dem Verlust der Verfügungsfähigkeit des Ermächtigten erlischt. Darüber hinaus fällt eine Verfügungsermächtigung mit dem Verlust oder der Beschränkung der originären Verfügungsmacht des Rechtsinhabers *ex nunc* dahin.¹³⁸⁴

d. Fortbestehen der Verfügungsermächtigung trotz Eintritt eines Erlöschensgrundes?

Aus dem Problemkreis des Erlöschens der Verfügungsermächtigung ist abschliessend die Frage zu beantworten, ob Art. 37 OR analog auf die Verfügungsermächtigung Anwendung finden sollte. Art. 37 OR fingiert von Gesetzes wegen das Fortbestehen der Vollmacht, wenn der direkte Stellvertreter vom Eintritt eines Erlöschensgrundes berechtigterweise keine Kenntnis erlangt hat.¹³⁸⁵ Der Zweck dieser Norm besteht darin, den unwissenden direkten Stellvertreter vor den Konsequenzen eines vollmachtlosen Handelns, insbesondere vor einer Haftung nach Art. 39 OR, zu schützen.¹³⁸⁶

Entgegen der Ansicht von SCHÖNLE¹³⁸⁷ ist eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Verfügungsermächtigung abzulehnen.¹³⁸⁸ Denn die Interessenlage ist vorliegend eine andere: Der Ermächtigte schliesst das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft im eigenen Namen ab. Damit verpflichtet er sich zur Übertragung eines Wertes im Bewusstsein, dass ihm dieser Wert nicht gehört. Eine Schutzbedürftigkeit – wie sie beim direkten Stellvertreter besteht – ist vorliegend nicht auszumachen.

1382 Vgl. SAUSER-HALL, Verfügungsmacht, 572; VON TUHR / PETER, OR AT, S. 219 *in fine*.

1383 Vgl. MüKo-BAYREUTHER, N 19 zu § 185 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 43 zu § 185 BGB.

1384 Fällt ein Erlöschensgrund nachträglich dahin, so lebt die erloschene Verfügungsermächtigung nicht wieder auf. Vgl. BGE 46 II 411 E. 1 S. 411 f.

1385 BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 13 zu Art. 37 OR; BSK-WÄTTER, N 1 zu Art. 37 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1414; ZK-KLEIN, N 18 f. zu Art. 37 OR.

1386 Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1415; HUGUENIN, AT/BT, N 1103; KOLLER, OR AT, N 19.22.

1387 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 628 *in initio*.

1388 Mit anderer Begründung, jedoch gleichem Ergebnis ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 256.

8. Rechtslage bei fehlender oder umfangmässig überschrittener Verfügungsermächtigung

430 Im Folgenden ist die Rechtslage bei fehlender oder vom Ermächtigten umfangmässig überschrittener Verfügungsermächtigung zu untersuchen. Denkbar sind verschiedene Konstellationen: Entweder hat die Verfügungsermächtigung überhaupt nie oder nicht im erforderlichen Umfang bestanden¹³⁸⁹ oder sie ist nachträglich erloschen¹³⁹⁰ oder sie wurde in ihrem Umfang nachträglich vom Ermächtigenden beschränkt. In allen diesen Fällen besteht die Problematik darin, dass jemand eigengeschäftlich über einen fremden Vermögensgegenstand verfügt, ihm aber die dazu erforderliche Verfügungsmacht fehlt. Hier stellt sich vor allem die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Güterbewegung dennoch wirksam ist. Zu untersuchen sind zwei Konstellationen: *erstens* der Fall des *Gutgläubensschutzes* des Erwerbers, in dem die Verfügung trotz fehlender Verfügungsermächtigung und unabhängig von einer Genehmigung durch den Rechtsinhaber wirksam ist (Rn. 431 ff.), und *zweitens* der Fall, in dem der Rechtsinhaber die Verfügung nachträglich *genehmigt* (Rn. 454 ff.).

a. Gutgläubensschutz des Erwerbers

431 Überträgt der indirekte Stellvertreter einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen, ohne die dazu erforderliche abgeleitete Verfügungsmacht innezuhaben, so stellt sich die Frage, ob das Vertrauen des Erwerbers in die Verfügungsberechtigung seines Geschäftspartners – mithin des indirekten Stellvertreters – den Mangel der Verfügungsmacht heilt. Ziel der nachstehenden Ausführungen ist es, zu klären, inwieweit ein gutgläubiger Erwerb bei der Übertragung eines Vermögensgegenstands durch einen indirekten Stellvertreter möglich ist. Einschlägig in diesem Zusammenhang sind zunächst Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB, welche aber nur für bewegliche Sachen gelten (sogleich Rn. 432 ff.). Darüber hinaus ist zu prüfen, ob die Kundgabe der Verfügungsermächtigung durch den Ermächtigenden – ähnlich wie die Kundgabe der Vollmacht durch den Vollmachtgeber – einen generellen Gutgläubensschutz des Erwerbers zu begründen vermag (Rn. 450 ff.).

aa. Gutgläubensschutz nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB

aaa. Im Allgemeinen

432 Art. 933 ZGB hat folgenden Wortlaut: «*Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben zu Eigentum oder zu einem beschränkten dinglichen Recht übertragen erhält,*

1389 Vgl. vorne Rn. 415 ff.

1390 Vgl. vorne Rn. 419 ff.

ist in seinem Erwerbe auch dann zu schützen, wenn sie dem Veräusserer ohne jede Ermächtigung zur Übertragung anvertraut worden war». Diese Bestimmung schützt den guten Glauben an die Legitimationsfunktion des Besitzes¹³⁹¹ und ermöglicht den Erwerb anvertrauter Sachen von einem Nichtberechtigten.¹³⁹² Um die Tragweite dieser Bestimmung verstehen zu können, muss man sie im Zusammenhang mit Art. 714 Abs. 2 ZGB lesen.¹³⁹³ Art. 714 Abs. 2 ZGB bestimmt: «Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräusserer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzesregeln im Besitze der Sache geschützt ist». Der gutgläubige Erwerber wird somit nicht nur in seinem Besitz geschützt, sondern vielmehr auch neuer Eigentümer der Sache.¹³⁹⁴ Gleichzeitig geht der ehemalige Eigentümer zwangsläufig seines Rechtes verlustig.¹³⁹⁵

Der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten setzt gemäss Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB voraus, dass der Eigentümer einer beweglichen Sache einem Vertrauensmann freiwillig und bewusst die Sache anvertraut, ohne ihm jedoch Verfügungsmacht einzuräumen, dass der Vertrauensmann daraufhin die Sache einem Dritten zu Eigentum überträgt und dass der Dritte in Bezug auf die Verfügungsmacht des Übertragenden im Erwerbszeitpunkt gutgläubig ist.¹³⁹⁶ Der gute Glaube heilt folglich die fehlende Verfügungsmacht des Übertragenden.¹³⁹⁷

1391 BK-STARK/LINDENMANN, N 6 zu Art. 933 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 472; OFK-SCHMID / VON GRAFFENRIED, N 11 zu Art. 933 ZGB; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Zivilgesetzbuch, § 92 N 39.

1392 Siehe z.B. BK-STARK/LINDENMANN, N 1 ff. zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 1 ff. zu Art. 933 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 1 f. zu Art. 933 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 471 ff.; SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 1403.

1393 Vgl. BGE 105 IV 303 E. 3a S. 304 f.; BK-STARK/LINDENMANN, N 4 zu Art. 933 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 2 zu Art. 933 ZGB; LIVER, SPR V/1, S. 327; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Zivilgesetzbuch, § 103 N 9.

1394 So z.B. BK-STARK/LINDENMANN, N 4 zu Art. 933 ZGB; BK-ZOBL/THURNHERR, N 772 zu Art. 884 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 2 zu Art. 933 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 39 zu Art. 933 ZGB. In der Literatur ist umstritten, ob der gutgläubige Erwerber das Eigentum originär oder derivativ erwirbt (siehe die Übersicht bei BK-STARK/LINDENMANN, N 88 zu Art. 933 ZGB). Für die vorliegende Untersuchung kann diese Frage aber offen gelassen werden.

1395 BK-STARK/LINDENMANN, N 22 zu Art. 933 ZGB; CR-PICHONNAZ, N 3 zu Art. 933 ZGB; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 60 zu Art. 714 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 39 zu Art. 933 ZGB.

1396 Weiterführend BK-STARK/LINDENMANN, N 8 ff. zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 5 ff. zu Art. 933 ZGB; CR-PICHONNAZ, N 8 ff. zu Art. 933 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 474 ff.; HURST-WECHSLER, Eigentumserwerb, S. 67 ff.; STEINAUER, droits réels I, N 538 ff.; ZK-HOMBERGER, N 5 ff. zu Art. 933 ZGB.

1397 BGE 103 II 186 E. 2a S. 188; BK-STARK/LINDENMANN, N 55 zu Art. 933 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 478; OFK-SCHMID / VON GRAFFENRIED, N 6 zu Art. 933 ZGB; SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 1403; ZK-HOMBERGER, N 25 zu Art. 933 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 330 zu Art. 884 ZGB. Vgl. auch BK-ZOBL/THURNHERR, N 792 zu Art. 884 ZGB.

Infolge der kausalen Natur der Übertragung dinglicher Rechte bedarf es zusätzlich noch eines gültigen Kausalgeschäfts.¹³⁹⁸

*bbb. Besonderheiten bei der Übertragung durch einen indirekten Stellvertreter
aaaa. Anwendungsbereich*

- 434 Da der gutgläubige Erwerb gemäss Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB auf bewegliche Sachen beschränkt ist, gelten die folgenden Ausführungen allein in Fällen, in welchen der indirekte Stellvertreter eine fremde bewegliche Sache überträgt.¹³⁹⁹ Diese Sache muss ihm zuvor anvertraut worden sein.¹⁴⁰⁰ Dies ist dann der Fall, wenn der indirekt Vertretene dem indirekten Stellvertreter freiwillig den Besitz an der Sache einräumt.¹⁴⁰¹ Als anvertraut gilt die Sache auch im – praktisch wohl eher selten vorkommenden – Fall, in welchem der indirekt Vertretene zwar nicht Eigentümer der Sache ist, diese ihm aber vom tatsächlichen Eigentümer anvertraut worden war und er sie jetzt seinem indirekten Stellvertreter übergibt.¹⁴⁰²

bbbb. Anforderungen an den guten Glauben des Dritten

- 435 Gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB wird der gute Glaube des Erwerbers vermutet. Zur Widerlegung dieser Vermutung genügt es, wenn der frühere Berechtigte Umstände beweist, die Zweifel an der Gutgläubigkeit des Erwerbers rechtfertigen.¹⁴⁰³ Die Widerlegung der Gutgläubensvermutung kann auf zwei Wegen erfolgen, einerseits durch den Nachweis der Bösgläubigkeit des Erwerbers und andererseits durch den Nachweis, dass der Erwerber nicht gutgläubig hätte sein dürfen, mithin nicht die den Umständen zufolge gebotene Aufmerksamkeit hat walten lassen (Art. 3 Abs. 2 ZGB).¹⁴⁰⁴ Praktisch wird diese zweite

1398 BGE 93 II 373 E. 1b S. 375 *in fine*, S. 376 *in initio*. Siehe auch BK-STARK/LINDENMANN, N 7 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 24 zu Art. 933 ZGB; OFK-SCHMID / VON GRAFFENRIED, N 20 zu Art. 933 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 330 zu Art. 884 ZGB.

1399 Vgl. z.B. BK-STARK/LINDENMANN, N 8 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 5 zu Art. 933 ZGB; CR-PICHONNAZ, N 9 zu Art. 933 ZGB.

1400 Zur Unterscheidung zwischen anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen siehe vornehmlich HINDERLING, SPR V/1, S. 474 ff. Auch BK-STARK/LINDENMANN, N 22 ff. zu Art. 933 ZGB; STEINAUER, *droits réels I*, N 546 ff.

1401 Vgl. BGE 100 II 8 E. 3 S. 13. Auch BK-STARK/LINDENMANN, N 23b zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 15 zu Art. 933 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 12 ff. zu Art. 933 ZGB. Zur Anerkennung des Kommissionärs als Vertrauensmann siehe BK-STARK/LINDENMANN, N 24 zu Art. 933 ZGB; BK-ZOBL/THURNHERR, N 786 zu Art. 884 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 16 zu Art. 933 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 335 zu Art. 884 ZGB.

1402 Vgl. ferner ZK-HOMBERGER, N 17 zu Art. 933 ZGB.

1403 BGE 131 III 418 E. 2.3.1 S. 421. BK-STARK/LINDENMANN, N 80 zu Art. 933 ZGB, m.w.H.

1404 Z.B. CHK-MIDDENDORF/GROB, N 5 zu Art. 3 ZGB; SHK-HAUSHEER/JAUN, N 38 ff. zu Art. 3 ZGB. Weiterführend BK-HOFER, N 105 zu Art. 3 ZGB.

Widerlegungsmöglichkeit im Vordergrund stehen.¹⁴⁰⁵ Daher ist es essentiell, zu ermitteln, welche Anforderungen an den guten Glauben des Dritten beim Erwerb vom indirekten Stellvertreter zu stellen sind. Denn nur so kann im konkreten Fall bestimmt werden, ob der Erwerber auch gutgläubig hätte sein dürfen. Die Rechtsprechung und auch die Lehre haben sich bisher kaum mit dieser Problematik befasst.¹⁴⁰⁶ Dies soll im Folgenden nachgeholt werden.

Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht einzig in einem Entscheid aus dem Jahr 1917 zu den Anforderungen an den guten Glauben beim Erwerb von einem indirekten Stellvertreter geäußert.¹⁴⁰⁷ Dem Entscheid lag ein Kommissionsverhältnis zugrunde, welches den Kommissionär zum Verkauf mehrerer im Eigentum des Kommittenten stehender Uhren verpflichtete. In der Folge verkaufte und übertrug der Kommissionär die Uhren zu erheblich unter ihrem objektiven Marktwert liegenden Verkaufspreisen, sodass nicht mehr davon auszugehen war, dass der Kommissionär innerhalb der ihm eingeräumten Verfügungsmacht agiert hatte. Darüber hinaus veruntreute der Kommissionär den Verkaufspreis, woraufhin der Kommittent vom Erwerber die Herausgabe der Uhren verlangte. Der Erwerber hingegen berief sich auf seinen guten Glauben.¹⁴⁰⁸

In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht fest, dass bei der Beurteilung der Gutgläubigkeit des Erwerbers danach zu differenzieren sei, ob der Erwerber den Verfügenden für den Eigentümer hielt und halten durfte oder ob er vom Kommissionsverhältnis wusste bzw. hätte wissen müssen.¹⁴⁰⁹ Trifft Ersteres zu, so vermöge der niedrige Verkaufspreis nicht den guten Glauben des Erwerbers zu zerstören.¹⁴¹⁰ Denn: «*Le propriétaire peut disposer à son gré de ses biens [...]*».¹⁴¹¹ Ist hingegen – wie *in casu* – vom Zweitgenannten auszugehen, so könne der Erwerber in Anbetracht des äusserst niedrigen Verkaufspreises nicht von einer entsprechenden Verfügungsermächtigung des Kommissionärs ausgehen.¹⁴¹² Schliesslich verletze ein Kommissionär, der ein derart niedriges Verkaufsangebot tätigt, in schwerwiegender Weise die Interessen des Kommittenten.¹⁴¹³ Ein gutgläubiger Erwerb sei folglich zu verneinen.¹⁴¹⁴

1405 Vgl. BK-HOFER, N 105, 111 f. zu Art. 3 ZGB.

1406 Vgl. aber BGE 43 II 613; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 227.

1407 Siehe BGE 43 II 613.

1408 Siehe BGE 43 II 613 A-D S. 613 ff.

1409 BGE 43 II 613 E. 1 S. 616.

1410 BGE 43 II 613 E. 1 S. 616.

1411 BGE 43 II 613 E. 1 S. 616.

1412 BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 f.

1413 BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 *in fine*.

1414 BGE 43 II 613 E. 2, 3 S. 618 f.

- 438 Diese Rechtsprechung verdient Zustimmung.¹⁴¹⁵ Für den gutgläubigen Erwerb vom indirekten Stellvertreter ergibt sich somit folgendes Bild:
- 439 — Sofern der Erwerber den indirekten Stellvertreter berechtigterweise für den Eigentümer der Sache hält, vertraut er auf dessen vermeintliche *originäre Verfügungsmacht*.¹⁴¹⁶ Für den Eigentümer hält der Erwerber den indirekten Stellvertreter etwa dann, wenn er von der indirekten Stellvertretung keine Kenntnis hat oder berechtigterweise davon ausgeht, dass der indirekte Stellvertreter zuvor das Eigentum fiduziarisch erworben hat. In beiden Fällen vermag selbst ein unvorteilhaftes Geschäft den guten Glauben des Erwerbers nicht zu erschüttern.¹⁴¹⁷ Denn der Eigentümer ist frei, in den Schranken der Rechtsordnung über sein Recht zu verfügen (vgl. Art. 641 Abs. 1 ZGB). An den guten Glauben des Erwerbers sind folglich keine weiteren Anforderungen zu stellen.¹⁴¹⁸
- 440 — Hätte der Erwerber hingegen erkennen können und mit der den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit auch erkennen müssen, dass der Verfügende als indirekter Stellvertreter auftritt und dabei nicht Eigentümer der Sache ist, sieht er ihn aber dennoch als zur Verfügung berechtigt an, so ist sein guter Glaube auf die vermeintliche *abgeleitete Verfügungsmacht* des indirekten Stellvertreters gerichtet.¹⁴¹⁹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴²⁰ und der herrschenden Lehre¹⁴²¹ finden

1415 So bereits ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 55 zu Art. 714 ZGB.

1416 Vgl. BSK-ERNST/ZOGG, N 30 zu Art. 933 ZGB. Zur «originären» Verfügungsmacht siehe vorne Rn. 396.

1417 Vgl. BGE 43 II 613 E. 1 S. 616.

1418 Vgl. ferner BK-ZOBL/THURNHERR, N 794 zu Art. 884 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 344 zu Art. 884 ZGB.

1419 Vgl. CR-PICHONNAZ, N 52 zu Art. 933 ZGB. Zur «abgeleiteten» Verfügungsmacht siehe vorne Rn. 396 ff.

1420 BGE 85 II 580 E. 4c S. 591; BGE 43 II 613 E. 2 S. 616 *in fine*, S. 617 *in initio*.

1421 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 64 zu Art. 933 ZGB; BK-ZOBL/THURNHERR, N 796 zu Art. 884 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 30 zu Art. 933 ZGB; CR-PICHONNAZ, N 52 zu Art. 933 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 478; LIVER, SPR V/1, § 51 Fn. 12; OFK-WOLF/EGGEL, N 10 zu Art. 884 ZGB; STEINAUER, droits réels I, N 559; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 217; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 55 zu Art. 714 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 25 zu Art. 933 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 350 zu Art. 884 ZGB. A.A. offenbar SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 628, Fn. 44. Zu beachten ist, dass die soeben erwähnten Literaturstellen den gutgläubigen Erwerb vom vermeintlich verfügungsberechtigten Nichteigentümer teils fälschlicherweise auf Fälle der direkten Stellvertretung, mithin auf Fälle fehlender Vertretungsmacht, beziehen (vgl. auch hinten Rn. 446 ff.). Dies, weil sich die Autoren offenbar des Unterschiedes zwischen der Vertretungsmacht und der abgeleiteten Verfügungsmacht nicht bewusst sind.

die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb auch auf diesen Fall Anwendung. Denn das schweizerische Recht beschränkt den gutgläubigen Erwerb nicht auf Fälle, in welchen der Erwerber den Übertragenden für den Eigentümer hält, mithin auf dessen originäre Verfügungsmacht vertraut.¹⁴²² Diese Auffassung verdient Zustimmung. Der gute Glaube des Erwerbers bezieht sich allgemein auf die Macht, über die Sache zu verfügen.¹⁴²³ Somit ist der Erwerber auch dann in seinem guten Glauben zu schützen, wenn er den Übertragenden zwar nicht für den Rechtsinhaber hält, ihn jedoch aus besonderem Grund als zur Verfügung berechtigt ansehen durfte.¹⁴²⁴ An den guten Glauben hinsichtlich der *abgeleiteten Verfügungsmacht* sind zwei Anforderungen zu stellen:

- *Erstens* muss der Erwerber im Erwerbszeitpunkt von einem Verhältnis des veräussernden Besitzers zum Eigentümer ausgehen, mit welchem normalerweise eine Verfügungsermächtigung einhergeht.¹⁴²⁵ Ein solches Rechtsverhältnis ist nach Ansicht des Bundesgerichts in der Kommission zu erblicken.¹⁴²⁶ Dieser Gedanke sollte meines Erachtens aber nicht darauf beschränkt bleiben. Vielmehr sollte der Erwerber bei jedem Grundvertrag indirekter Stellvertretung, welcher den indirekten Stellvertreter zur Übertragung einer Sache des indirekt Vertretenen verpflichtet, eine Verfügungsermächtigung annehmen dürfen. Schliesslich kann eine rechtliche Qualifikation des Grundvertrags (Kommission, Auftrag, Gesellschaftsvertrag etc.) vom Erwerber nicht verlangt werden. Zudem kann vom Erwerber auch nicht gefordert werden, dass er Erkundigungen über die Art der vereinbarten Vertretung einholt. Gemeint ist damit der Fall, in welchem ein Vertragsverhältnis besteht, dass sowohl in direkter als auch in indirekter Stellvertretung erfüllt werden kann (einfacher Auftrag, Gesellschaftsvertrag), und der Erwerber darum weiss.¹⁴²⁷ Anders als beim Kommissionsvertrag muss hier nicht zwingend ein Grundvertrag indirekter Stellvertretung

1422 Vgl. LIVER, SPR V/1, § 51 Fn. 12. Anders ist die Rechtslage in Deutschland, siehe § 932 Abs. 2 BGB.

1423 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 55 i.V.m. N 64 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 29 zu Art. 933 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 25 zu Art. 933 ZGB.

1424 Siehe ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 55 zu Art. 714 ZGB.

1425 Vgl. ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 55 zu Art. 714 ZGB.

1426 *«Or le commissionnaire a en principe le droit de disposer des choses qui lui sont confiées et la personne qui traite avec lui acquiert la propriété de l'objet transféré, alors même qu'elle sait que l'aliénateur n'est pas propriétaire»* (BGE 43 II 613 E. 2 S. 617).

1427 Vgl. BK-FELLMANN, N 11 zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 4 zu Art. 396 OR; CR-WERRO, N 7 zu Art. 396 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 47; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4400.

vorliegen. Gleichzeitig kann vom Erwerber aber auch nicht verlangt werden, dass er Nachforschungen über die vereinbarte Art der Auftragsausführung betreibt. Ausreichend ist, wenn der Erwerber bei der den Umständen entsprechend gebotenen Aufmerksamkeit davon ausgehen durfte, dass der ihm gegenüber eigengeschäftlich Auftretende dazu vertraglich auch berechtigt war.

- 442 • *Zweitens* darf es keine Tatsachen geben, die der Erwerber bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, hätte kennen sollen und die im besonderen Fall eine Ermächtigung zur Verfügung ausschliessen.¹⁴²⁸ Zu denken ist beispielsweise an einen Widerruf der Verfügungsermächtigung, den Verlust der originären Verfügungsmacht des Ermächtigenden (insofern muss sich der gute Glaube auch auf die originäre Verfügungsmacht des indirekt Vertretenen beziehen),¹⁴²⁹ an Beschränkungen der abgeleiteten Verfügungsmacht durch Weisungen des Ermächtigenden oder an eine für den Erwerber erkennbare Verletzung der berechtigten Interessen des indirekt Vertretenen durch den indirekten Stellvertreter.¹⁴³⁰ Insbesondere der letztgenannte Punkt wird praktisch im Vordergrund stehen. Denn: Schliesst der indirekte Stellvertreter ein für ihn ungünstiges Geschäft mit dem Erwerber ab, so ist für diesen erkennbar, dass der indirekte Stellvertreter damit höchstwahrscheinlich die Interessen des indirekt Vertretenen verletzt, der wirtschaftlich die Vor- und Nachteile des abgeschlossenen Geschäfts trägt.¹⁴³¹ Diesfalls kann der Erwerber nicht gutgläubig von einer entsprechenden abgeleiteten Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters ausgehen.¹⁴³²

- 443 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich der gute Glaube beim Erwerb von einem indirekten Stellvertreter entweder auf die Eigentümerstellung des indirekten Stellvertreters beziehen kann oder auf dessen Ermächtigung, eigengeschäftlich über die Sache zu verfügen. Erachtet der Erwerber den indirekten Stellvertreter aufgrund des besonderen Rechtsverhältnisses zum indirekt Vertretenen als zur Verfügung ermächtigt, so darf es im konkreten Fall keine Tatsachen geben, die er hätte kennen sollen und die eine Verfügungsermächtigung

1428 Vgl. BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 f.; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 55 zu Art. 714 ZGB.

1429 Vgl. LIVER, SPR V/1, S. 326, der dies allerdings auf Fälle direkter Stellvertretung bezieht.

1430 Vgl. BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 f.

1431 Vgl. BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 f.

1432 Vgl. BGE 43 II 613 E. 2 S. 617 f. Zur Berücksichtigung der Interessen des Vertretenen bei der Bestimmung des Umfangs der Verfügungsermächtigung siehe vorne Rn. 417.

ausschliessen. Bei beweglichen Sachen kann folglich eine Verfügung des indirekten Stellvertreters trotz fehlender oder überschrittener Verfügungsermächtigung und unabhängig von einer Genehmigung wirksam erfolgen.

cccc. Rechtswirkungen

Sind die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb vom indirekten Stellvertreter erfüllt, so wird der Dritte gemäss Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB neuer Eigentümer der Sache.¹⁴³³ Gleichzeitig verliert der frühere Berechtigte sein Eigentum.¹⁴³⁴

In schuldrechtlicher Hinsicht verletzt der indirekte Stellvertreter seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem indirekt Vertretenen, wenn er ohne eine entsprechende Ermächtigung die Sache auf den Dritten überträgt.¹⁴³⁵ Trifft den indirekten Stellvertreter ein Verschulden,¹⁴³⁶ so hat er dem indirekt Vertretenen den aus der Vertragsverletzung resultierenden Schaden nach den allgemeinen Regeln (Art. 97 ff. OR) zu ersetzen.¹⁴³⁷ Eine diesbezüglich abweichende Regel statuiert Art. 428 Abs. 1 OR.¹⁴³⁸ Demnach hat der Verkaufskommissionär, der das Kommissionsgut unter dem festgesetzten Mindestpreis verkauft, dem Kommittenten den Preisunterschied zu vergüten, sofern er nicht beweist, dass durch den Verkauf Schaden vom Kommittenten abgewendet worden ist und eine Anfrage bei ihm nicht tunlich gewesen wäre.¹⁴³⁹ Trifft den Kommissionär hingegen ein Verschulden, so hat er den weiteren Schaden zu ersetzen (Art. 428 Abs. 2 OR). Da erst Art. 428 Abs. 2 OR das Verschulden als Anspruchsvoraussetzung erwähnt, setzt der Anspruch des

1433 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 4 zu Art. 933 ZGB; BK-ZOBL/THURNHERR, N 772 zu Art. 884 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 2 zu Art. 933 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 39 zu Art. 933 ZGB.

1434 BK-STARK/LINDENMANN, N 22 zu Art. 933 ZGB; CR-PICHONNAZ, N 3 zu Art. 933 ZGB; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 60 zu Art. 714 ZGB; ZK-HOMBERGER, N 39 zu Art. 933 ZGB.

1435 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 930; ferner BERGER, Kommissionsgeschäft, S. 26 *in initio*.

1436 Kein Verschulden ist anzunehmen, wenn der indirekte Stellvertreter in berechtigter Unkenntnis vom Erlöschen der Verfügungsermächtigung dem Dritten infolge gutgläubigen Erwerbs das Recht an der Sache verschafft. A.A. ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 254, dem zufolge diesfalls in analoger Anwendung von Art. 37 Abs. 1 OR bereits eine Vertragsverletzung zu verneinen ist.

1437 Weiterführend zu den allgemeinen Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung BK-WEBER/EMMENEGGER, N 23 ff. zu Art. 97 OR.

1438 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 930.

1439 Die Verfügung des Kommissionärs ist in diesem Fall nicht von der Verfügungsermächtigung gedeckt. Gleichwohl kann die Verfügung entweder durch den guten Glauben des Erwerbers oder durch eine Genehmigung des Kommittenten wirksam werden.

Kommittenten auf die Preisdifferenz (Art. 428 Abs. 1 OR) – im Unterschied zu den allgemeinen Regeln – kein Verschulden des Kommissionärs voraus.¹⁴⁴⁰

ccc. Exkurs: Gutgläubensschutz nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB beim Erwerb vom direkten Stellvertreter

446 Im Schrifttum wird zuweilen angenommen, dass die fehlende Vertretungsmacht des direkten Stellvertreters zur Verfügung über bewegliche Sachen des direkt Vertretenen nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB geheilt werden könne, vorausgesetzt, der Dritte glaubte in entschuldbarem Irrtum an die Vertretungsmacht des direkten Stellvertreters.¹⁴⁴¹ Nach dieser Auffassung vermag der gute Glaube nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB die fehlende Vertretungsmacht zum Abschluss eines auf die Übertragung von Fahrniseigentum gerichteten Verfügungsgeschäfts zu heilen.¹⁴⁴² Es geht hier um Fälle, in denen der direkte Stellvertreter zwar im fremden Namen verfügt, ihm aber die dazu erforderliche Vollmacht fehlt, sei es, weil eine bestehende Vollmacht nachträglich erloschen ist oder weil ihr Umfang begrenzt wurde.

447 Die Frage, ob eine bewegliche Sache gutgläubig erworben werden kann, wenn dem direkten Stellvertreter die zum Abschluss des dinglichen Vertrags erforderliche Vertretungsmacht fehlt, stellt sich nur in denjenigen Fällen, in denen der gute Glaube des Dritten nicht bereits aufgrund einer vorgängigen Vollmachtkundgabe geschützt wird.¹⁴⁴³ Denn in diesen Fällen käme das Verfügungsgeschäft aufgrund von Art. 33 Abs. 3 oder Art. 34 Abs. 3 OR gültig zwischen dem direkt Vertretenen und dem Dritten zustande, sodass das Eigentum wirksam vom direkt Vertretenen auf den Dritten übergehen kann.¹⁴⁴⁴ Darüber hinaus stellt sich die vorliegende Frage nur dann, wenn der direkte Stellvertreter das Kausalgeschäft noch gültig für den direkt Vertretenen

1440 In der Literatur ist umstritten, ob der Anspruch nach Art. 428 Abs. 1 OR als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren ist. Während die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 112 II 337 E. 4c S. 345; BGER 4C.343/2001 vom 13. Februar 2002, E. 2b) und ein Teil der Literatur (BK-GAUTSCHI, N 3b zu Art. 428 OR; OFK-MOSKRIC, N 1 zu Art. 428 OR) annehmen, der Kommissionär erfülle mit Entrichtung der Preisdifferenz den Vertrag richtig, geht ein anderer Teil der Lehre von einer Vertragsverletzung aus und qualifiziert Art. 428 Abs. 1 OR damit als Schadenersatzanspruch (BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 428 OR; LOHER, Kommissionsgut, S. 930; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5219). Die letztgenannte Auffassung verdient Zustimmung. Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang zu Art. 428 Abs. 2 OR, der vom «[...] weitem aus der Vertragsverletzung entstehenden Schaden [...]» spricht.

1441 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 68 zu Art. 933 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 7 zu Art. 933 ZGB; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 399. Wohl auch ZK-OFTINGER/BÄR, N 350 *in initio* zu Art. 884 ZGB.

1442 Vgl. die Literaturnachweise zuvor in Fn. 1441.

1443 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 67 zu Art. 933 ZGB.

1444 Vgl. auch vorne Rn. 92.

abschliessen konnte, weil die Vollmacht etwa erst nach Abschluss des Kausalgeschäfts vom Vollmachtgeber widerrufen wurde. Andernfalls würde der Erwerb des Dritten nämlich bereits am fehlenden Kausalgeschäft scheitern (*Kausalitätsprinzip*).¹⁴⁴⁵

Liegt ein gültiges Kausalgeschäft zwischen dem direkt Vertretenen und dem Dritten vor und kann die fehlende Vertretungsmacht des direkten Stellvertreters zum Abschluss des dinglichen Vertrags nicht aufgrund einer Vollmachtkundgabe geheilt werden (Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 OR), so ist nach Ansicht einiger Autoren «[...] *der gute Glaube des Erwerbers in Bezug auf die Verfügungsmacht des Veräusserers zu schützen; denn die Überlegungen, die den Schutz des guten Glaubens im Sinne von Art. 933 ff. bei anvertrauten Sachen als gerechtfertigt erscheinen lassen, gelten auch hier*». ¹⁴⁴⁶ Diese Auffassung ist abzulehnen. Denn sie basiert auf einer Vermischung von Vertretungs- und Verfügungsmacht, was dogmatisch falsch ist. Bei der Vertretungsmacht handelt es sich um eine «*erweiterte Geschäftsfähigkeit*» bzw. auf Verfügungsebene gesprochen um eine «*erweiterte Verfügungsfähigkeit*», die möglich macht, dass trotz Abgabe einer eigenen Willenserklärung seitens des Vertreters das abgeschlossene Geschäft ein solches des direkt Vertretenen ist (Vertretungswirkung).¹⁴⁴⁷ Die Verfügungsmacht hingegen ist gegenstandsbezogen und richtet sich auf die eigenen Vermögensgegenstände oder als abgeleitete Verfügungsmacht (Verfügungsermächtigung) auf fremde Vermögenswerte.¹⁴⁴⁸ Der gute Glaube beim Erwerb beweglicher Sachen (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) heilt die fehlende *eigene* oder *abgeleitete*¹⁴⁴⁹ Verfügungsmacht des Veräusserers, nicht geschützt wird hingegen der gute Glaube an die Verfügungsfähigkeit des Übertragenden.¹⁴⁵⁰ Daher kann die fehlende Vertretungsmacht bei Abschluss des Verfügungsgeschäfts nicht nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB durch den guten Glauben des Erwerbers kompensiert werden.

Bei der direkten Stellvertretung kommt ein gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen somit nur dann in Frage, wenn die Verfügungsmacht beim direkt Vertretenen fehlt. Da das Verfügungsgeschäft infolge der Vertretungswirkung

1445 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 67 f. zu Art. 933 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 7 zu Art. 933 ZGB. Zur kausalen Natur der Verfügungen über Mobilien siehe grundlegend BGE 55 II 302.

1446 BK-STARK/LINDENMANN, N 68 zu Art. 933 ZGB.

1447 Siehe vorne Rn. 74.

1448 Siehe vorne Rn. 56 sowie Rn. 77 f.

1449 Siehe vorne Rn. 439 f.

1450 Explizit VON TUHR/PETER, OR AT, S. 212. Vgl. BGE 89 II 387 E. 2 S. 389 *in fine*, S. 390 *in initio*; BK-LEEMANN, N 43 zu Art. 714 ZGB; BK-STARK/LINDENMANN, N 55 ff. zu Art. 933 ZGB; ferner auch BK-ZOBL/THURNHERR, N 809 f. zu Art. 884 ZGB.

dem direkt Vertretenen zugerechnet wird, kommt es nämlich allein auf dessen Verfügungsmacht an.¹⁴⁵¹ Im Unterschied zum indirekten Stellvertreter, der über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügt, wird dem direkten Stellvertreter daher auch keine Verfügungsmacht an den Werten des direkt Vertretenen eingeräumt.¹⁴⁵² Befindet sich der Erwerber also in einem entschuldbaren Irrtum hinsichtlich der Verfügungsmacht des direkt Vertretenen, so ist dieser Fall gleich zu behandeln, wie wenn der Erwerber die Sache nicht vom direkten Stellvertreter, sondern unmittelbar vom Eigentümer (d.h. ohne einen Vertretungstatbestand) erhalten hätte; sein guter Glaube ist zu schützen.¹⁴⁵³

bb. Gutgläubensschutz bei Kundgabe der Verfügungsermächtigung?

450 Der zweite Aspekt des Problemkreises fehlende Verfügungsermächtigung und Gutgläubensschutz des Erwerbers betrifft die Frage, ob der Erwerber in seinem Vertrauen auf eine vom Rechtsinhaber kundgegebene Verfügungsermächtigung zu schützen ist. Es geht also um die Frage, ob die Regeln zum Gutgläubensschutz bei fehlender Vollmacht (Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 OR) auf die Verfügungsermächtigung analog anzuwenden sind.¹⁴⁵⁴

451 Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR verbindet die Gemeinsamkeit, dass sie dem Dritten bei kundgegebener Vollmacht einen Anspruch auf Vertrauensentsprechung gewähren, mithin einen positiven Vertrauensschutz vorsehen.¹⁴⁵⁵ Der vertrauensbegründende Tatbestand besteht in der Berechtigung des Dritten zur Annahme, die Vollmacht bestehe im mitgeteilten Umfang.¹⁴⁵⁶ Während also der gute Glaube des Erwerbers im Rahmen von Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB die fehlende Verfügungsmacht des Übertragenden heilt,¹⁴⁵⁷ kompensiert der gute Glaube des Dritten in den Fällen von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR die fehlende Vertretungsmacht des direkten

1451 Siehe vorne Rn. 92.

1452 Siehe vorne Rn. 92.

1453 BK-STARK/LINDENMANN, N 65 zu Art. 933 ZGB.

1454 Eine analoge Anwendung von Art. 36 Abs. 2 OR scheidet von vornherein aus, da das der Verfügung zugrunde liegende Kausalgeschäft ein Eigengeschäft des Ermächtigten ist. Der Erwerber hat folglich auch bei fehlender Verfügungsermächtigung einen Anspruch auf Erfüllung, sodass ihm kein ersatzfähiger Vertrauensschaden entsteht. Vgl. auch ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 256.

1455 Vgl. BERGER, *Rechtsscheinhaftung*, S. 210 f., m.w.H.; BERGER, *Schuldrecht*, N 854; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1407; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 42.04; ZK-KLEIN, N 168 f. zu Art. 33 OR. Vgl. auch ISENRING, *Vertretungswirkung*, S. 94.

1456 BERGER, *Rechtsscheinhaftung*, S. 210. Vgl. auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 126 zu Art. 33 OR; KOLLER, OR AT, N 19.14; ZK-KLEIN, N 197 zu Art. 33 OR.

1457 Vgl. die Nachweise in Fn. 1397.

Stellvertreters,¹⁴⁵⁸ d.h. einen Mangel an erweiterter Geschäftsfähigkeit.¹⁴⁵⁹ Folglich haben die beiden Formen des Gutgläubensschutzes ein unterschiedliches Schutzobjekt. Dies spricht gegen eine analoge Anwendung von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR auf die Verfügungsermächtigung.¹⁴⁶⁰

Darüber hinaus ist eine analoge Anwendung auch aus dem Gedanken 452 heraus abzulehnen, dass damit letztlich ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen möglich wäre. Wie bereits dargelegt, ist der Anwendungsbereich der Verfügungsermächtigung nicht auf bewegliche Sachen beschränkt.¹⁴⁶¹ Vielmehr kann jemand zur Übertragung einer fremden Forderung ermächtigt werden. Da der Inhaber der Forderung in der Zessionsurkunde zu nennen ist (vgl. Art. 165 Abs. 1 OR), kann über eine fremde Forderung nur unter Offenlegung der tatsächlichen Rechtsverhältnisse verfügt werden.¹⁴⁶² Es ist somit naheliegend, dass sich der Erwerber zuvor beim Rechtsinhaber über die Verfügungsberechtigung des Übertragenden rückversichert. Bestätigt beispielsweise der indirekt Vertretene dem Dritten, dass der indirekte Stellvertreter zur Verfügung über die Forderung ermächtigt ist, nennt er dabei jedoch nicht den intern vorgegebenen Mindestverkaufspreis, so gibt er eine Verfügungsermächtigung in einem weiteren Umfang kund als dem tatsächlich eingeräumten. Verkauft und überträgt der indirekte Stellvertreter die Forderung nun unter Missachtung des vorgegebenen Mindestpreises, so ist seine Verfügung nicht von der Verfügungsermächtigung gedeckt und damit grundsätzlich – mangels abgeleiteter Verfügungsmacht – ungültig.¹⁴⁶³ Eine analoge Anwendung von Art. 33 Abs. 3 OR würde diesfalls die fehlende Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters heilen und in diesem Bereich einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen ermöglichen. Ein solcher wurde vom schweizerischen Gesetzgeber aber bewusst nicht vorgesehen,¹⁴⁶⁴ sodass eine analoge Anwendung von Art. 33 Abs. 3 OR in Konflikt mit gesetzlichen Grundprinzipien geraten würde.

1458 Vgl. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 157 zu Art. 33 OR; BSK-WATTER, N 29 zu Art. 33 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1407; KOLLER, OR AT, N 19.01f.

1459 Siehe vorne Rn. 74. Vgl. auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 16 zu Art. 35 OR.

1460 Vgl. ZUFFEREY, représentation indirecte, N 256.

1461 Siehe vorne Rn. 390 ff.

1462 Siehe vorne Rn. 392.

1463 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 930; ferner VONTUHR/PETER, OR AT, S. 217f. Möglich bleibt noch, dass der Inhaber der Forderung die schwebend unwirksame Verfügung genehmigt. Siehe hinten Rn. 454 ff.

1464 BGer 4A_314/2016 und 4A_320/2016 vom 17. November 2016, E. 4.2.3. Z.B. BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 17 zu Art. 164 OR; CR-PROBST, N 53 zu Art. 164 OR; LANG/SCHNYDER, Eigentum, S. 105; VONTUHR/PETER, OR AT, S. 180, 217; ZK-SPIRIG, N 195 zu Art. 164 OR. Ausgenommen sind die Fälle des Art. 18 Abs. 2 und des Art. 164 Abs. 2 OR.

453 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass eine analoge Anwendung von Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR auf die Verfügungsermächtigung der Wertung des Gesetzes widerspricht und damit *e contrario* abzulehnen ist.¹⁴⁶⁵ Die Kundgabe der Verfügungsermächtigung vermag folglich keinen Gutgläubensschutz des Erwerbers zu begründen.

b. Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten

aa. Grundsätzliches

454 Verfügt ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über ein fremdes Recht, ohne zuvor dazu ermächtigt worden zu sein, so hat der Rechtsinhaber die Möglichkeit, die vom Nichtberechtigten getroffene Verfügung im Nachhinein zu genehmigen und ihr damit rückwirkend Gültigkeit zu verleihen.¹⁴⁶⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Genehmigung einer schwebend unwirksamen Verfügung – gleich wie die Ermächtigung zur Verfügung – aus Art. 887 ZGB hergeleitet werden.¹⁴⁶⁷ Zwar spricht die Norm von der «*Zustimmung*» des Verpfänders zur Weiterverpfändung, doch ist in der Literatur unbestritten, dass diese «*Zustimmung*» auch als «[...] *Genehmigung im Nachhinein erteilt werden [kann]*».¹⁴⁶⁸ Insofern umfasst der Begriff «*Zustimmung*» in Art. 887 ZGB sowohl die vorgängige Verfügungsermächtigung als auch die nachträgliche Genehmigung der Verfügung.

455 Der Anwendungsbereich der Genehmigung wird durch den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) beschränkt.¹⁴⁶⁹ Sofern nämlich die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb erfüllt sind, erlangt der Erwerber im Zeitpunkt des Besitzübergangs das Eigentum an der Sache, während der frühere Rechtsinhaber sein dingliches Recht verliert und damit auch nicht mehr zur Genehmigung befugt ist.¹⁴⁷⁰ «*Genehmigt*» also der indirekt Vertretene eine Verfügung des indirekten Stellvertreters, obgleich bereits ein gutgläubiger Erwerb des Dritten stattgefunden hat, so

1465 Mit anderer Begründung, jedoch gleichem Ergebnis ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 256.

1466 FLUME, *Rechtsgeschäft*, S. 909 ff.; LAUKO, *Abtretung*, S. 44; LOHER, *Kommissionsgut*, S. 930 *in fine*; MÜKO-BAYREUTHER, N 42 zu § 185 BGB; STAUDINGER-KLUMPP, 2019, N 86 zu § 185 BGB.

1467 Abzulehnen ist somit die im Schrifttum bisweilen vertretene Ansicht, wonach die Genehmigung einer vom Nichtberechtigten im eigenen Namen getroffenen Verfügung analog auf Art. 38 Abs. 1 OR zurückzuführen ist (so aber LOHER, *Kommissionsgut*, S. 930 *in fine*; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 255). Mangels einer Lücke bedarf es hier keiner Analogie.

1468 OFK-WOLF/EGGEL, N 3 zu Art. 887 ZGB. Siehe auch BSK-BAUER/BAUER, N 7 zu Art. 887 ZGB; ZK-OFTINGER/BÄR, N 2 zu Art. 887 ZGB.

1469 Siehe vorne Rn. 434 ff. Vgl. MÜKO-BAYREUTHER, N 25 zu § 184 BGB; STAUDINGER-GURSKY, 2014, N 3 zu § 185 BGB.

1470 Siehe vorne Rn. 432.

entfaltet die Genehmigungserklärung keine materiellen Wirkungen.¹⁴⁷¹ Verfügt der indirekte Stellvertreter hingegen ohne entsprechende Ermächtigung etwa über eine fremde Forderung, so vermag – mangels eines Tatbestandes gutgläubigen Erwerbs – allein eine Genehmigung des Rechtsinhabers der Verfügung nachträglich Gültigkeit zu verleihen.¹⁴⁷²

bb. Dogmatisches Verständnis der Genehmigung

Im Unterschied zur Verfügungsermächtigung verleiht die Genehmigung keine abgeleitete Verfügungsmacht.¹⁴⁷³ Die Genehmigung ist nicht als eine «nachgeholtte Ermächtigung» aufzufassen, sondern als eine funktionell und strukturell eigenständige Rechtsfigur.¹⁴⁷⁴ Sie vervollständigt den Tatbestand eines bereits vorgenommenen, aber noch unvollendeten und damit noch nicht voll wirksamen Rechtsgeschäfts.¹⁴⁷⁵ Wie bereits bei der Erörterung des Verfügungsbegriffs dargelegt, ist die Verfügungsmacht – neben der Verfügungsfähigkeit sowie allfälligen weiteren Elementen – Voraussetzung einer gültigen Verfügung und gehört als solche zum Verfügungstatbestand.¹⁴⁷⁶ Bei der Verfügungsmacht handelt es sich somit um eine Rechtsbedingung.¹⁴⁷⁷ Genehmigt der Rechtsinhaber eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter eigengeschäftlich getätigt hat, so wird damit der Verfügungstatbestand um die bisher fehlende Verfügungsmacht vervollständigt.¹⁴⁷⁸ Entgegen der Ansicht VON TUHRS¹⁴⁷⁹ ist die Genehmigung einer schwebend unwirksamen Verfügung daher nicht als eine eigenständige Verfügung aufzufassen, sondern als ein zur Verfügung des Nichtberechtigten hinzutretendes Element.¹⁴⁸⁰

cc. Die Genehmigungszuständigkeit

Zur Genehmigung berechtigt ist derjenige, dem die Verfügungsmacht am Verfügungsobjekt zusteht.¹⁴⁸¹ Dabei handelt es sich i.d.R. um den materiellen

1471 Vgl. ferner Staudinger-KLUMPP, 2019, N110 zu §184 BGB.

1472 Vgl. vorne Rn. 452.

1473 Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 59; LAUKO, Abtretung, S. 44; THIELE, Zustimmung, S. 157f.; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 239; ferner MÜLLER-FREIENFELS, Vertretung, S. 200f.

1474 MüKo-BAYREUTHER, N1 zu §184 BGB. Vgl. THIELE, Zustimmung, S. 158.

1475 Vgl. VON TUHR, AT BGB II/2, S. 239; ferner LANDTWING, falsus procurator, S. 28f.; NEUNER, AT BGB, §52 N8; WINDSCHEID, Pandektenrecht I, §74 Fn. 4.

1476 Siehe vorne Rn. 55ff. Vgl. CHK-ROTH PELLANDA, N8 zu Art. 151 OR.

1477 CHK-ROTH PELLANDA, N8 zu Art. 151 OR; VON TUHR / ESCHER, OR AT, S. 259 *in fine*.

1478 Vgl. ferner LANDTWING, falsus procurator, S. 29; LAUKO, Abtretung, S. 102.

1479 VON TUHR, AT BGB II/1, S. 246.

1480 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, §57 Fn. 15; LAUKO, Abtretung, S. 102.

1481 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; LAUKO, Abtretung, S. 45; Staudinger-KLUMPP, 2019, N27 zu §184 BGB. Vgl. auch MüKo-BAYREUTHER, N20 zu §184 BGB.

Rechtsinhaber.¹⁴⁸² In zeitlicher Hinsicht kommt es darauf an, dass der Genehmigende im Zeitpunkt des Zugangs der Genehmigungserklärung beim Empfänger (Wirksamwerden der Genehmigung) Verfügungsmacht innehat.¹⁴⁸³ Dies, weil die Genehmigung den noch unwirksamen Verfügungstatbestand um das fehlende Element der Verfügungsmacht ergänzt.¹⁴⁸⁴ Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Rechtsinhaberschaft des Genehmigenden bereits im Zeitpunkt der Verfügungserklärung des Nichtberechtigten vorlag.¹⁴⁸⁵ Daran ändert auch die rückwirkende Kraft der Genehmigung nichts.¹⁴⁸⁶ Denn die Rückwirkung führt lediglich dazu, dass die Rechtsfolgen des Verfügungsgeschäfts *retrospektiv* betrachtet werden.¹⁴⁸⁷ Durch die Rückwirkung wird jedoch nicht fingiert, die Genehmigung habe im Zeitpunkt der vom Nichtberechtigten getätigten Verfügung vorgelegen.¹⁴⁸⁸

458 Da es auf die Verfügungsmacht des Genehmigenden im Zeitpunkt der Genehmigungserklärung ankommt, gilt weiterhin Folgendes: Verliert der im Zeitpunkt der schwebend unwirksamen Verfügung materiell Berechtigte nachträglich die zur Genehmigung erforderliche Verfügungsmacht, so ist er nicht länger zur Genehmigung befugt.¹⁴⁸⁹ Der nachträgliche Verlust der Verfügungsmacht wird i. d. R. auf Zwischenverfügungen des Rechtsinhabers zurückzuführen sein, die er zeitlich nach der Verfügung des Nichtberechtigten, aber vor der Genehmigungserklärung tätigt.¹⁴⁹⁰ Derartige Verfügungen sind wirksam, zumal erst die Genehmigung den Verfügungstatbestand vervollständigt und damit die Verfügungsmacht des Rechtsinhabers einschränkt bzw. aufhebt.¹⁴⁹¹ Nach erfolgter Zwischenverfügung kann der Genehmigende die

1482 Staudinger-GURSKY, 2014, N 23 zu § 184 BGB.

1483 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; MüKo-BAYREUTHER, N 20 zu § 184 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 28 zu § 184 BGB. Für eine andere Betrachtungsweise siehe LAUKO, Abtretung, S. 45 f.

1484 Siehe vorne Rn. 456.

1485 MüKo-BAYREUTHER, N 22 zu § 184 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 28 zu § 184 BGB.

1486 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 911; MüKo-BAYREUTHER, N 21 zu § 184 BGB.

1487 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 899, 911; WINDSCHEID, Pandektenrecht I, § 74 Fn. 6.

1488 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 911.

1489 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; MüKo-BAYREUTHER, N 22 zu § 184 BGB.

1490 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; MüKo-BAYREUTHER, N 34 zu § 184 BGB. Vgl. Staudinger-KLUMPP, 2019, N 116 zu § 184 BGB.

1491 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; MüKo-BAYREUTHER, N 34 zu § 184 BGB; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 244. Zutreffend weist Staudinger-KLUMPP, 2019, N 117 zu § 184 BGB darauf hin, dass sich dies aus allgemeinen Überlegungen heraus ergibt und es somit keiner spezifischen gesetzlichen Anordnung bedürfe. Zur Klarstellung sei Folgendes bemerkt: Auf den ersten Blick könnte im schweizerischen Recht eine analoge Anwendung von Art. 152 Abs. 3 OR zur Lösung dieser Frage in Betracht gezogen werden. Dies wäre

Verfügung also nur noch im Umfang der verbleibenden Verfügungsmacht genehmigen.¹⁴⁹² Hat beispielsweise der indirekt Vertretene nach der unberechtigten und damit schwebend unwirksamen Verfügung des indirekten Stellvertreters das Verfügungsobjekt belastet, so vermag er die Verfügung zwar noch zu genehmigen, indes aber nur mit der zwischenzeitlich erfolgten Belastung.¹⁴⁹³

dd. Der Schwebezustand bis zur Genehmigung

Bis zur Vollendung des Verfügungstatbestandes durch die Genehmigung ist das Verfügungsgeschäft *schwebend unwirksam*.¹⁴⁹⁴ Während dieses Schwebezustandes erfolgt kein Rechtsübergang, wobei ein solcher – anders als bei einer nichtigen Verfügung – weiterhin möglich ist und durch Genehmigung jederzeit herbeigeführt werden kann.¹⁴⁹⁵ Da die Entscheidung des Genehmigungsberechtigten über die Genehmigung keiner Frist unterliegt, kann dieser Schwebezustand grundsätzlich unbegrenzt fortbestehen.¹⁴⁹⁶ Dies kann für den Erwerber nachteilig sein und beeinträchtigt die Verkehrssicherheit.¹⁴⁹⁷ Daher erscheint es sachgerecht, in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 2 OR bzw. Art. 19a Abs. 2 ZGB dem Erwerber die Möglichkeit zu gewähren, dem Rechtsinhaber eine angemessene Frist zur Genehmigung anzusetzen.¹⁴⁹⁸ Bleibt die Genehmigung aus, so fällt das Verfügungsgeschäft dahin und der Rechtserwerb des Dritten ist endgültig gescheitert.¹⁴⁹⁹

jedoch aus zwei Gründen verfehlt: *Erstens* handelt es sich bei der Genehmigungserklärung um eine Rechtsbedingung, die den unvollständigen Verfügungstatbestand vervollständigt (siehe vorne Rn. 456). Auf Rechtsbedingungen sind die Art. 151 ff. OR nicht anwendbar (siehe vorne Fn. 240). *Zweitens* scheidet eine Analogie auch mangels Ähnlichkeit der Sachverhalte aus. Denn: Bei einer bedingten Verfügung hat der Rechtsinhaber bereits seine rechtsgeschäftliche Willenserklärung zur Verfügung abgegeben. Insofern ist es sachgerecht, bei Eintritt der vereinbarten Suspensivbedingung die Wirkungen einer entgegen dieser Bedingung erfolgten Zwischenverfügung entfallen zu lassen. Im Gegensatz dazu gibt der Rechtsinhaber bei der Verfügung eines Nichtberechtigten erst mit der Genehmigungserklärung seine Zustimmung zur Verfügung ab. Vgl. auch STAEHELIN, Verfügung, S. 30 f.

1492 FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909; MÜKO-BAYREUTHER, N 33 zu § 184 BGB.

1493 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 909 f.

1494 Vgl. Staudinger-KLUMPP, 2019, N 21, 43 zu § 184 BGB; ferner VON TUHR, AT BGB II/2, S. 237, 441.

1495 Vgl. ferner VON TUHR, AT BGB II/2, S. 441.

1496 Vgl. Staudinger-GURSKY, 2014, N 18 zu § 184 BGB; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 237.

1497 Vgl. ferner DORIS, Ermächtigung, S. 185 *in initio*.

1498 Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 185; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 901; Staudinger-GURSKY, 2014, N 18 zu § 184 BGB.

1499 Vgl. BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 3.3; ZK-KLEIN, N 97 zu Art. 38 OR.

9. Zwischenergebnis

460 Die Verfügungsermächtigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das den Ermächtigten dazu befähigt, eigengeschäftlich über einen fremden Vermögensgegenstand zu verfügen. Dabei wird dem Ermächtigten eine *abgeleitete Verfügungsmacht* am fremden Verfügungsobjekt eingeräumt. Eine Verfügungsermächtigung ist immer an diejenige Person zu richten, von der die spätere Verfügung ausgeht, d.h. an den Ermächtigten. Eine externe Verfügungsermächtigung, welche durch Erklärung gegenüber dem Erwerber entstehen würde, ist für das schweizerische Recht abzulehnen. Nach dem hier vertretenen Verständnis können alle einer Verfügung zugänglichen subjektiven Rechte den Gegenstand einer Verfügungsermächtigung bilden. Der Anwendungsbereich der Verfügungsermächtigung ist damit nicht auf Verfügungen über Fahrnis beschränkt.

461 Herzuleiten ist die Verfügungsermächtigung aus Art. 887 ZGB und implizit auch aus Art. 933 ZGB. Da die Verfügungsermächtigung im schweizerischen Recht keine weitergehende gesetzliche Regelung erfahren hat, sind die Bestimmungen (Art. 33 ff. OR) und Grundprinzipien zur Vollmacht in einigen Punkten *analog* auf die Verfügungsermächtigung anzuwenden. Der Grund hierfür liegt in der Ähnlichkeit der beiden Rechtsfiguren. Gleich wie die Vollmacht verleiht auch die Verfügungsermächtigung dem Adressaten eine Machtbefugnis zur Einwirkung in eine fremde Rechtssphäre. Daraus ergibt sich, dass auch eine Verfügungsermächtigung grundsätzlich jederzeit widerrufen oder beschränkt werden kann (vgl. Art. 34 Abs. 1 OR) und auch die Erlöschensgründe des Art. 35 OR analog anwendbar sind. Zusätzlich erlischt die Verfügungsermächtigung zwingend bei Verlust der Verfügungsfähigkeit des Ermächtigten. Die Ähnlichkeit der beiden Rechtsfiguren darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Verfügungsermächtigung von der Vollmacht in der *Art der eingeräumten Machtbefugnis* (gegenstandsbezogen versus personenbezogen) unterscheidet. Da die Verfügungsermächtigung nicht zur Erweiterung der Geschäftsfähigkeit des Ermächtigten führt, ist eine unwiderrufliche Verfügungsermächtigung für zulässig zu erachten. Art. 34 Abs. 2 OR findet folglich keine analoge Anwendung. Auch ein Gutgläubenschutz bei einer dem Erwerber kundgegebenen Verfügungsermächtigung kommt nicht in Betracht. Somit sind auch die Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 3 OR nicht analog anwendbar.

462 Die Verfügungsermächtigung ist ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft und damit von einem allfälligen vertraglichen Grundverhältnis zwischen dem Ermächtigenden und dem Ermächtigten zu trennen (*Trennungsprinzip*). Mangels eines tatsächlichen Konsenses bestimmen sich Bestand und Umfang einer Verfügungsermächtigung nach dem Vertrauensprinzip. Dabei

ist selbstverständlich auch die vertragliche Abrede bei der Auslegung der Verfügungsermächtigung miteinzubeziehen. Dies kommt insbesondere bei der indirekten Stellvertretung zum Tragen. Wird nämlich eine Verfügungsermächtigung im Zusammenhang mit einem Grundverhältnis indirekter Stellvertretung erteilt, so beschränken die Weisungen des indirekt Vertretenen zumeist auch den Umfang der Verfügungsermächtigung.

Fehlt eine Verfügungsermächtigung oder hat der Ermächtigte eine bestehende Verfügungsermächtigung umfangmässig überschritten, so ist das Verfügungsgeschäft des Ermächtigten – mangels Verfügungsmacht – grundsätzlich unwirksam. Von diesem Grundsatz gibt es zwei Ausnahmen: *Erstens* kann der Rechtsinhaber die schwebend unwirksame Verfügung nachträglich genehmigen und *zweitens* kann der Erwerber die Sache unter den Voraussetzungen von Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB gutgläubig erwerben. Ein Gutgläubensschutz ist hier aber nur möglich, wenn es sich beim Verfügungsobjekt um eine bewegliche Sache handelt. Bezieht sich die Verfügungsermächtigung hingegen etwa auf eine fremde Forderung, so kommt einzig eine Genehmigung in Betracht. 463

§3 Fiduziarische Übertragung

1. Ausgangslage und Problemstellung

Die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters kann auch dadurch hergestellt werden, dass der indirekt Vertretene den Vermögensgegenstand auf den indirekten Stellvertreter überträgt.¹⁵⁰⁰ Der indirekte Stellvertreter wird in diesem Fall Rechtsinhaber des erworbenen Wertes und ist durch den Grundvertrag in der Ausübung des eingeräumten Rechts lediglich obligatorisch beschränkt. 464

Ausgehend von der herrschenden Definition der Treuhand, wonach der Treuhänder entweder vom Treugeber oder von einem Dritten (Erwerbstreuhänder) das Treugut zu vollem Recht erwirbt, gleichzeitig aber durch die fiduziarische Vereinbarung mit dem Treugeber in der Ausübung des erworbenen Rechts obligatorisch beschränkt ist,¹⁵⁰¹ wurde in Kapitel 3 dieser Untersuchung dargelegt, dass sich die Verwaltungstreuhand mit der indirekten Stellvertretung 465

1500 Möglich, aber nicht ratsam, wäre eine fiduziarische Übertragung auch dann, wenn es gar nicht darum ginge, dem indirekten Stellvertreter Verfügungsmacht einzuräumen. Beispiel: Der indirekte Stellvertreter soll eine Uhr des indirekt Vertretenen durch einen Dritten reparieren lassen und der indirekt Vertretene überträgt dem indirekten Stellvertreter dazu nicht nur den Besitz an der Uhr, sondern auch noch das Eigentum daran.

1501 Siehe vorne Rn. 147f.

partiell überschneidet.¹⁵⁰² Der gemeinsame Anwendungsbereich besteht dort, wo die Definitionsmerkmale beider Rechtsfiguren erfüllt sind.¹⁵⁰³ Dies ist vorliegend der Fall: Der indirekte Stellvertreter erwirbt hier vom indirekt Vertretenen (*derivativ*) einen Vermögensgegenstand zu vollem Recht, um im Hinblick auf den erworbenen Wert einen Drittvertrag nach den Vorgaben und im Interesse des indirekt Vertretenen abzuschliessen. Der indirekte Stellvertreter agiert folglich als Verwaltungstreuhänder. Es kommt zu einer unmittelbaren Treugutsbegründung. Aus diesem Grund wird hier auch von einer «fiduziarischen Übertragung» gesprochen und es werden gewisse allgemeine Fragen des Treuhandrechts behandelt.¹⁵⁰⁴

466 Die Treugutsbegründung setzt eine auf die Rechtsübertragung gerichtete schuldrechtliche Vereinbarung zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter voraus.¹⁵⁰⁵ Wesentlich ist, dass der auf die Rechtsübertragung gerichtete Verpflichtungswille klar zum Ausdruck kommt.¹⁵⁰⁶ Die fiduziarische Vereinbarung bildet dabei einen Bestandteil des Grundvertrags.¹⁵⁰⁷ Darüber hinaus hat die Treugutsbegründung den für den jeweiligen Vermögensgegenstand geltenden Anforderungen zu genügen. So bedarf es z.B. zur fiduziarischen Forderungsübertragung einer schriftlichen Abtretungserklärung (Art. 165 Abs. 1 OR) oder zur dinglichen Übereignung von Fahrnis einer *traditio* (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Bei der fiduziarischen Übertragung einer Liegenschaft wiederum muss der Grundvertrag öffentlich beurkundet werden (vgl. Art. 657 Abs. 1 ZGB), andernfalls würde die Eigentumsübertragung am Erfordernis eines gültigen Kausalgeschäfts scheitern.¹⁵⁰⁸

467 Da es sich weder beim Grundvertrag noch bei einer ausserhalb der indirekten Stellvertretung vorkommenden fiduziarischen Vereinbarung um einen Veräusserungsvertrag handelt, sondern vielmehr bei beiden um einen Geschäftsbesorgungsvertrag, stellt sich die Frage nach der Eignung eines solchen Geschäfts zur dinglichen Übertragung. Diese Frage ist im schweizerischen Recht umstritten, weshalb sie nachstehend genauer zu untersuchen ist (Rn. 470 ff.). Infolge der diesbezüglich bestehenden Unsicherheit versuchen die Parteien bisweilen, die fiduziarische Vereinbarung hinter einem simulierten

1502 Siehe vorne Rn. 163 ff.

1503 Siehe vorne Rn. 175.

1504 Vgl. ferner SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 628 ff.

1505 Vgl. CHK-PFENNINGER, N 4 zu Art. 434 OR; ferner SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 621.

1506 Vgl. MÜLLER, Treuhandverhältnis, S. 271.

1507 Siehe vorne Rn. 217 ff.

1508 Vgl. ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N212 zu Art. 18 OR.

Veräusserungsvertrag zu verbergen.¹⁵⁰⁹ Dies geschieht etwa häufig bei der fiduziarischen Übertragung von Grundeigentum und hätte dort zur Folge, dass die fiduziarische Eigentumsübertragung am Formmangel des dissimulierten Geschäfts scheitern würde.¹⁵¹⁰ Die Klärung der Frage nach der *causa* einer fiduziarischen Übertragung ist also nicht nur dogmatisch interessant, sondern auch praktisch bedeutsam, und zwar bei allen Arten von Vermögensgegenständen. Zwar stellt sich die Frage nach der *causa* vor allem bei der Übertragung dinglicher Rechte (Fahrnis- und Grundeigentum) infolge des dort geltenden Kausalitätsprinzips,¹⁵¹¹ doch auch bei der fiduziarischen Zession käme es bei fehlender *causa* zumindest zu einem Bereicherungsanspruch des Treugebers.

Ein weiterer Problempunkt beim fiduziarischen Rechtserwerb vom indirekt Vertretenen betrifft die Frage, ob – und, wenn ja, gestützt worauf – der bloss obligatorisch berechnigte indirekt Vertretene vor dem Zugriff der Gläubiger des indirekten Stellvertreters auf das Treugut geschützt werden kann. Es geht um die Frage nach dem Aussonderungsrecht des Treugebers bei der unmittelbaren Treugutsbegründung. In diesem Kontext wird insbesondere die Anwendbarkeit von Art. 401 OR auf das vom Treugeber erworbene Treugut kontrovers diskutiert. Darauf werden sich auch die nachstehenden Ausführungen beschränken (Rn. 482 ff.).

Die beiden soeben angesprochenen Problempunkte der *causa* fiduziarischer Übertragungen einerseits und der Aussonderungsmöglichkeit des Treugebers andererseits gehören zu den Kernfragen und gleichzeitig auch zu den umstrittensten Fragen der Treuhand. Eine der Thematik und der Vielzahl dazu bestehender Meinungen angemessene Bearbeitung kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Vielmehr soll jeweils ein Überblick über den Stand der Diskussion im schweizerischen Recht gegeben werden und die aus Sicht der Autorin für die vorliegende Untersuchung geeigneten Lösungsvorschläge sollen aufgezeigt werden.

2. Die *causa* bei der fiduziarischen Übertragung

a. Stand der Diskussion

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass ein tauglicher Rechtsgrund für die fiduziarische Übertragung des Eigentums oder anderer Rechte vom

1509 Vgl. BGE 86 II 221 E. 4 S. 228; BGE 72 II 358 E. 2 S. 360; BK-MÜLLER, N 417 zu Art. 18 OR; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 211 zu Art. 18 OR.

1510 BGE 86 II 221 E. 5 S. 232; BGE 72 II 358 E. 2 S. 360; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 212 zu Art. 18 OR. A.A. BK-MÜLLER, N 417 zu Art. 18 OR.

1511 Vgl. NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 24 ff.

Treugeber auf den Treuhänder vorhanden ist.¹⁵¹² Dies steht auch im Einklang mit der für das schweizerische Recht nahezu einhellig vertretenen Theorie vom «*Vollrechtserwerb mit obligatorischer Beschränkung der eingeräumten Rechtsmacht*». ¹⁵¹³ Umstritten ist allerdings, worin genau die *causa* zu erblicken ist. Für die hier interessierende Verwaltungstreuhand lässt sich die herrschende Lehre in drei Untergruppen aufteilen.

- 471 — Der ersten Gruppe gehören jene Autoren an, die den Rechtsgrund der fiduziarischen Vermögensübertragung in der obligatorisch wirkenden fiduziarischen Vereinbarung verorten, ohne auf deren vertragsrechtliche Qualifikation näher einzugehen.¹⁵¹⁴
- 472 — Der zweiten Gruppe zufolge bildet das fiduziarische Auftragsverhältnis zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder die *causa* der fiduziarischen Übertragung. Denn die fiduziarische Vereinbarung sei stets als Auftrag und nicht etwa als Vertrag *sui generis* zu qualifizieren.¹⁵¹⁵
- 473 — Die dritte Gruppe von Autoren plädiert hingegen dafür, das starre Festhalten an der klassischen Trias der *causae* – als da wären: die *causa credendi*, *causa donandi* und *causa solvendi* – zu überwinden und einen zusätzlichen Zuwendungszweck «*causa fiduciae*» anzuerkennen.¹⁵¹⁶ Schliesslich sei die den Rechtsübergang vorsehende fiduziarische Vereinbarung kein Auftrag, sondern ein Vertrag *sui generis*.¹⁵¹⁷
- 474 Abweichend von diesen drei Varianten der herrschenden Lehre besagt eine Mindermeinung, welche vornehmlich in der älteren Literatur zur Treuhand zu finden ist, dass bei der unmittelbaren fiduziarischen Zuwendung eine gültige

1512 Z.B. BEILSTEIN, OR 401, S. 84 f.; BERGER, Treuhand, S. 148; BK-GAUTSCHI, N 42a zu Art. 396 OR; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 128 ff. zu Art. 18 OR; ERZER, Rechtsgeschäft, S. 52 ff.; GAUTSCHI, fiduziarisches Rechtsverhältnis, S. 302; GUBLER, Treuhand, S. 254a f.; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 31 ff.; MÜLLER, Treuhandverhältnis, S. 271; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 26; SEILER, Treuhand, N 134; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 28 f.; WIEGAND, Treuhandrecht, S. 579 f.; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 208 ff. zu Art. 18 OR. Wohl auch BK-MÜLLER, N 417 zu Art. 18 OR.

1513 Dazu bereits vorne Rn. 147 f.

1514 BERGER, Treuhand, S. 148; KELLER, Rechtsgeschäft, S. 31 ff.; SEILER, Treuhand, N 134; wohl auch MÜLLER, Treuhandverhältnis, S. 271; WIEGAND, Treuhandrecht, S. 579 f.

1515 BK-GAUTSCHI, N 42a zu Art. 396 OR; GAUTSCHI, fiduziarisches Rechtsverhältnis, S. 302.

1516 ERZER, Rechtsgeschäft, S. 52 ff. Vgl. GUBLER, Treuhand, S. 254a f.; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 28 f.

1517 GUBLER, Treuhand, S. 254a f. Vgl. WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 28 f.

causa überhaupt fehle.¹⁵¹⁸ Die fiduziarische Vereinbarung könne nämlich nicht als *causa* für die fiduziarische Übertragung fungieren, da sie die Begründetheit der Rechtsübertragung negiere.¹⁵¹⁹ Zwar beinhalte die fiduziarische Vereinbarung einen auf Rechtsübertragung gerichteten Willen der Parteien, doch werde der Übertragungswille gleichzeitig durch die vereinbarten Beschränkungen im Umgang mit dem Treugut zerstört.¹⁵²⁰ Folglich sei eine fiduziarische Zuwendung bei dinglichen Rechten infolge des Kausalitätsprinzips ausgeschlossen.¹⁵²¹

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat zu dieser Frage bisher nicht explizit Stellung genommen. Zwar anerkennt das Bundesgericht, dass eine fiduziarische Vereinbarung dem Eigentumsübergang nicht entgegensteht,¹⁵²² es vermeidet aber weitergehende Aussagen zum Rechtsgrund der Verfügung bei der Verwaltungstreuhand. Lediglich in BGE 71 II 167 hat das Bundesgericht für die Inkassozeession den Rechtsgrund im fiduziarischen Auftrag gesehen.¹⁵²³ Die Rechtsprechung scheint also die *causa* der fiduziarischen Zuwendung bei der Verwaltungstreuhand im fiduziarischen Auftrag zu erblicken. 475

b. Eigene Einschätzung

Nach der kurzen Übersicht wird klar, dass das Verpflichtungsgeschäft zwischen dem Treugeber und dem Treuhänder zwar weitgehend als Kausalgeschäft für die fiduziarische Übertragung anerkannt wird, Lehre und Rechtsprechung sich aber schwer damit tun, die fiduziarische Vereinbarung vertragsrechtlich zu qualifizieren. Nach meinem Dafürhalten geht der Streit um die Frage, worin die *causa* genau zu erblicken ist, aber am eigentlichen Problem vorbei. Bei der Verwaltungstreuhand besteht die fiduziarische Vereinbarung in einem Geschäftsbesorgungsvertrag.¹⁵²⁴ Da ein Rechtsübergang aber für gewöhnlich in Erfüllung eines Veräußerungsvertrags erfolgt, stellt sich hier die Frage, ob auch ein Geschäftsbesorgungsvertrag zur dinglichen Übertragung geeignet ist.¹⁵²⁵ Das scheinen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung zu bejahen, und zwar zu Recht. Schon vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit ist nicht einzusehen, weshalb ein Rechtsübergang einzig im Rahmen der 476

1518 OFTINGER, Eigentumsübertragung, S. 135; GUBLER, Vertretung, S. 158 ff. A.A. aber 14 Jahre später GUBLER, Treuhand, S. 254a ff.

1519 OFTINGER, Eigentumsübertragung, S. 135.

1520 GUBLER, Vertretung, S. 158.

1521 Vgl. GUBLER, Vertretung, S. 158.

1522 BGE 91 II 442 E. 4 S. 449 *in initio*. Vgl. auch BGE 123 III 60 E. 4c S. 63.

1523 BGE 71 II 167 E. 2 S. 169.

1524 Vgl. vorne Rn. 153.

1525 Vgl. ERZER, Rechtsgeschäft, S. 3; ferner YUNG, fiducie, S. 150.

typisierten Veräusserungsverträge vereinbart werden könnte.¹⁵²⁶ Vielmehr kann jede Vereinbarung, die ernsthaft auf die Rechtsübertragung gerichtet ist, zur Begründung und Rechtfertigung der späteren Verfügung dienen.¹⁵²⁷ Für die fiduziarische Vereinbarung gilt nichts anderes. Schliesslich ist der Rechtsübergang auf den Treuhänder hier von beiden Parteien ernsthaft gewollt.¹⁵²⁸ Daran ändert auch die obligatorische Beschränkung des Treuhänders im Umgang mit dem erworbenen Treugut nichts. Insofern kann dem Argument der Mindermeinung, dass die fiduziarische Vereinbarung die Begründetheit der Übertragung negiere,¹⁵²⁹ nicht gefolgt werden. Ausserdem darf nicht vergessen werden, dass der Herausgabeanspruch des Auftraggebers in Art. 400 Abs. 1 OR als Eigentumserwerbsgrund anerkannt wird und somit vom Gesetz selber ein Geschäftsbesorgungsvertrag für zur dinglichen Übertragung tauglich erachtet wird.¹⁵³⁰

477 Wenn aber davon ausgegangen wird, dass die fiduziarische Vereinbarung ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist, der als solcher zur Rechtsübertragung geeignet ist, dann scheint der innerhalb der herrschenden Lehre entbrannte Streit um die Qualifikation der *causa* der fiduziarischen Übertragung aus den folgenden zwei Gründen verfehlt zu sein:

478 — *Erstens* basiert die Streitfrage auf der falschen Annahme, die vertragsrechtliche Qualifikation der fiduziarischen Vereinbarung könne abstrakt, d.h. für alle Fälle geltend, erfolgen und so von einer *causa fiduciae* oder einer *causa mandati* gesprochen werden. Dies ist aber gar nicht möglich. Zwar kann die Typendefinition der fiduziarischen Vereinbarung ohne Weiteres die Qualifikationsmerkmale eines einfachen Auftrags erfüllen, doch heisst das nicht, dass die fiduziarische Vereinbarung stets ein einfacher Auftrag ist.¹⁵³¹ Wie in Kapitel 4 dargelegt, kann die fiduziarische Vereinbarung bei der Verwaltungstreuhand auch ein Kommissionsvertrag oder ein Vertrag *sui generis* sein.¹⁵³² Schliesslich ist die «fiduziarische Vereinbarung» nichts anderes als ein Abstraktionsbegriff.

1526 Vgl. ERZER, Rechtsgeschäft, S. 53.

1527 Vgl. MÜLLER, Treuhandverhältnis, S. 271; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 25.

1528 Zur mittlerweile überwundenen «Simulationstheorie» vorne Rn. 151.

1529 Siehe vorne Rn. 474.

1530 Vgl. BK-GAUTSCHI, N 42b zu Art. 396 OR; ferner GAUTSCHI, *causa*, S. 252; NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 29.

1531 Vgl. vorne Rn. 170.

1532 Siehe vorne Rn. 218 f.

— *Zweitens* verschleiert die Diskussion um die *causa* der fiduziarischen Übertragung, dass es hier gar nicht um den *causa*-Begriff im Sinne der klassischen Trias von *causa credendi*, *causa donandi* und *causa solvendi* geht.¹⁵³³ Denn der *causa*-Begriff ist vieldeutig oder, um sich hier der Worte KUMMERS zu bedienen: «*Es gibt kaum einen Ausdruck, der sich mit ähnlicher Geschmeidigkeit und Hartnäckigkeit im Zivilrecht herumzutreiben versteht, an jedem Ort, ob gelegen oder ungelegen, auftaucht, beachtet sein will und bestimmend mitzuwirken versucht, wie die causa*».¹⁵³⁴ Die klassische Trias der *causae* dient dazu, abstrakt den Zweck einer Zuwendung zu beschreiben.¹⁵³⁵ Eine Zuwendung *causa credendi* erfolgt beispielsweise, damit der Zuwendende selber eine Zuwendung erhält.¹⁵³⁶ So wird etwa beim Kaufvertrag, wo die eine Leistung das Entgelt der anderen ist, die *causa* der Verpflichtung des Verkäufers in der Verpflichtung des Käufers (*causa credendi*) erblickt.¹⁵³⁷ Bei der *causa solvendi* hingegen erfolgt die Zuwendung erfüllungshalber.¹⁵³⁸ So verfügt der Verkäufer in Erfüllung seiner kaufvertraglichen Verpflichtung über die Kaufsache.

Die Frage nach der *causa* bei der fiduziarischen Übertragung zielt aber gar nicht auf die soeben beschriebene «*bewirkende causa*» ab. Vielmehr wird der *causa*-Begriff hier *inhaltsbezogen* verwendet, da es um die Frage geht, welches Kausalgeschäft, d.h. welcher Schuldvertrag der Verfügung des Treugebers zugrunde liegt. Dies wird von den Autoren, die dafür plädieren, die klassische Trias der *causae* aufzubrechen und eine eigene *causa fiduciae* anzuerkennen,¹⁵³⁹ übersehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die fiduziarische Vereinbarung das Kausalgeschäft für die spätere fiduziarische Übertragung darstellt. Sie schafft die Verpflichtungslage für den Rechtsübergang, in Erfüllung derer (*causa solvendi*) der Treugeber dann über das Treugut zu Gunsten des Treuhänders verfügt. Bei der Verwaltungstreuhand ist die fiduziarische Vereinbarung ein Geschäftsbesorgungsvertrag (Auftrag, Kommission, Vertrag *sui generis*), welcher im Fall einer Überschneidung von Verwaltungstreuhand und indirekter Stellvertretung zugleich den Grundvertrag von Letzterer bildet.

1533 VON TUHR, AT BGB II/2, S. 67 ff., m.w.H.

1534 KUMMER, *causa*, S. 1.

1535 Siehe VON TUHR, AT BGB II/2, S. 62 ff.

1536 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 154; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 69 ff.

1537 Vgl. FLUME, Rechtsgeschäft, S. 154. Die Begründung einer Forderung ist nämlich als eine Zuwendung zu interpretieren (siehe vorne Rn. 35).

1538 Weiterführend VON TUHR, AT BGB II/2, S. 67.

1539 Siehe vorne Rn. 473.

3. Aussonderung des Treuguts nach Art. 401 OR?

482 Im rechtswissenschaftlichen Diskurs ist ein Bestreben erkennbar, fiduziarisch erworbene Vermögenswerte zur Aussonderung zuzulassen, um so einen Verlust am Treugut im Fall des Konkurses des Treuhänders zu verhindern.¹⁵⁴⁰ Dies gilt insbesondere für das vom Treugeber erworbene Treugut (unmittelbare Treugutsbegründung) und war letztlich auch einer der Gründe dafür, dass durch verschiedene Treuhandtheorien immer wieder versucht wurde, einen Vollrechtserwerb des Treuhänders zu verhindern,¹⁵⁴¹ was sich jedoch zu Recht nie durchgesetzt hat.¹⁵⁴² Auch der schweizerische Gesetzgeber scheint die Notwendigkeit einer Aussonderung fiduziarisch erworbener Werte in speziellen Bereichen erkannt zu haben. Zu denken wäre etwa an die Absonderung fiduziarisch gehaltener Kundengelder gemäss Art. 37d BankG.¹⁵⁴³

483 Ein allgemeines Aussonderungsrecht an fiduziarisch erworbenen Werten ist gesetzlich hingegen nicht vorgesehen. Lediglich bei von Dritten erworbenem Treugut (Erwerbstreuhand) ist in beschränktem Rahmen eine Aussonderung nach Art. 401 Abs. 2 OR (bezüglich Forderungen gegen Vierte)¹⁵⁴⁴ sowie nach Art. 401 Abs. 3 OR (bezüglich beweglicher Sachen) möglich. Dies ist das Ergebnis einer Reflexwirkung von Art. 401 OR auf die Erwerbstreuhand, die sich aus dem Umstand ergibt, dass sich Erwerbstreuhand und indirekte Stellvertretung häufig überschneiden.¹⁵⁴⁵ Im schweizerischen Recht wird darüber hinaus kontrovers diskutiert, ob Art. 401 OR auch als Grundlage für die Aussonderung des vom Treugeber erworbenen Treuguts herangezogen werden kann. Diese Frage soll im Folgenden geklärt werden.

a. Stand der Diskussion

484 Ein beachtlicher Teil der Autoren plädiert für eine analoge Anwendung von Art. 401 OR bei der unmittelbaren Treugutsbegründung.¹⁵⁴⁶ In der fehlenden gesetzlichen Aussonderungsmöglichkeit wird eine echte Gesetzeslücke erblickt und vorgeschlagen, diese durch eine ergänzende Auslegung zu schliessen.¹⁵⁴⁷ Die analoge Geltung von Art. 401 OR ergebe sich dabei aus dem *argumentum*

1540 Vgl. statt vieler HONSELL, Treuhand, S. 73 f.

1541 Vgl. WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 94.

1542 Siehe vorne Fn. 510.

1543 Vgl. EICHNER, Treugeber, N261 ff., insbesondere N266 ff.

1544 Vgl. vorne Rn. 269 ff.

1545 Siehe vorne Rn. 279 f.

1546 Z.B. BERGER, Treuhand, S. 156; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 137 *in fine*, S. 138 *in initio*; HONSELL, Treuhand, S. 74 f.; WATTER, Treuhand, S. 222 ff.; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N216 zu Art. 18 OR.

1547 So explizit BERGER, Treuhand, S. 156.

a maiore ad minus.¹⁵⁴⁸ Es sei nämlich nicht nachvollziehbar, weshalb gewisse von Dritten stammende Werte gemäss Art. 401 OR aussonderbar sind, die vom Treugeber erworbenen Werte hingegen nicht.¹⁵⁴⁹

Wiederum andere Autoren gehen noch weiter und sprechen sich – entgegen dem Wortlaut – für eine direkte Anwendbarkeit von Art. 401 OR auf das unmittelbare Treugut aus.¹⁵⁵⁰ Schliesslich entspreche es dem Zweck der Norm, sicherzustellen, dass der Treugeber das wirtschaftliche Resultat erhält, wozu auch von ihm übertragene Werte zu zählen seien.¹⁵⁵¹ 485

Die entgegengesetzte Meinung lehnt es hingegen ab, ein Aussonderungsrecht des Treugebers am unmittelbar begründeten Treugut aus Art. 401 OR herzuleiten.¹⁵⁵² Denn dies wäre nichts anderes als eine unzulässige Rechtschöpfung *contra verbis legis*.¹⁵⁵³ 486

b. Hier vertretene Ansicht

Die Ansicht, wonach Art. 401 OR auch auf solche Vermögenswerte zur Anwendung gelangt, die der Treuhänder unmittelbar vom Treugeber erworben hat, ist abzulehnen. Wie bereits gezeigt wurde, ist Art. 401 OR eine Spezialbestimmung des Grundverhältnisses, die dazu dient, die Erfüllung der Ablieferungspflicht des indirekten Stellvertreters sicherzustellen.¹⁵⁵⁴ Die Bestimmung ist somit nicht primär auf die Treuhand zugeschnitten. Die Tatsache, dass Art. 401 Abs. 2 und Abs. 3 OR bei der Erwerbstreuhand eine Aussonderung bestimmter Vermögenswerte ermöglichen, ist eine Reflexwirkung dieser Bestimmung, überschneidet sich die Erwerbstreuhand doch häufig mit der indirekten Stellvertretung.¹⁵⁵⁵ Folglich kann dem Argument, Art. 401 OR sei *a maiore ad minus* auf das unmittelbare Treugut anzuwenden, da die Norm eine Aussonderung des mittelbaren Treuguts explizit statuiere,¹⁵⁵⁶ nicht gefolgt werden. 487

Auch das Argument, Art. 401 OR inkludiere von seinem Normzweck her eine Aussonderung des unmittelbar erworbenen Treuguts,¹⁵⁵⁷ überzeugt 488

1548 BERGER, Treuhand, S. 156; HONSELL, Treuhand, S. 74; WATTER, Treuhand, S. 223.

1549 BERGER, Treuhand, S. 156; HONSELL, Treuhand, S. 74; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 216 zu Art. 18 OR.

1550 BEILSTEIN, OR 401, S. 94; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4512; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 890, 892.

1551 ZUFFEREY, représentation indirecte, N 890.

1552 BGE 117 II 429 E. 3.b S. 431; ENGEL, traité, S. 232; SEILER, Treuhand, N 336 *in fine*; WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 100.

1553 WÄLLI, Rechtsgeschäft, S. 100. Wohl auch SEILER, Treuhand, N 336 *in fine*.

1554 Siehe vorne Rn. 245 ff., Rn. 249 ff.

1555 Siehe vorne Rn. 279 f.

1556 Siehe vorne Rn. 484.

1557 Siehe vorne Rn. 485.

nicht. Vielmehr zielt Art. 401 OR darauf ab, das Interesse des indirekt Vertretenen daran, das wirtschaftliche Resultat des Drittvertrags zu erhalten, zu schützen, sei es durch eine Legalzession des auf Primärleistung des Dritten gerichteten Forderungsrechts oder durch die Aussonderung bestimmter vom Dritten erworbener Vermögenswerte.¹⁵⁵⁸ Die vom indirekt Vertretenen auf den indirekten Stellvertreter übertragenen Werte sind hiervon gerade nicht erfasst. Ausserdem darf an dieser Stelle nicht vergessen werden, dass nicht jede unmittelbare Treugutsbegründung zu einer indirekten Stellvertretung führt.¹⁵⁵⁹ Insofern erscheint es von vornherein verfehlt, Art. 401 OR zur Lösung eines Problems des Treuhandrechts heranzuziehen.

489 Dem Gesagten zufolge vermag Art. 401 OR kein allgemeines Aussonderungsrecht des Treugebers zu begründen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die vorliegende Arbeit das *de lege lata* fehlende gesetzliche Aussonderungsrecht des Treugebers nicht kritisiert. Charakteristisch für die Treuhand ist schliesslich, dass das Treugut wirtschaftlich dem Treugeber zusteht.¹⁵⁶⁰ Die rein rechtliche Betrachtungsweise des Art. 197 SchKG erscheint daher nicht sachgerecht.¹⁵⁶¹ Gleichzeitig muss aber klar hervorgehoben werden, dass Art. 401 OR nicht das richtige Instrument ist, um in dieser unbefriedigenden Situation Abhilfe zu schaffen.

4. Zwischenergebnis

490 Die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters kann auch durch Übertragung des Vermögensgegenstands vom indirekt Vertretenen auf den indirekten Stellvertreter begründet werden. In diesem Fall kommt es zu einer unmittelbaren Treugutsbegründung und damit zu einer Überschneidung von indirekter Stellvertretung und Verwaltungstreuhand. Der Grundvertrag der indirekten Stellvertretung beinhaltet zugleich die fiduziarische Vereinbarung, welche das Kausalgeschäft für die spätere fiduziarische Übertragung darstellt. Sie schafft die Verpflichtungslage für den Rechtsübergang, in Erfüllung derer der Treugeber (indirekt Vertretene) dann *causa solvendi* über den Vermögensgegenstand zu Gunsten des Treuhänders (indirekter Stellvertreter) verfügt. Überträgt der indirekt Vertretene den Vermögensgegenstand zu vollem Recht auf den indirekten Stellvertreter, so verbleibt ihm nur eine obligatorische Berechtigung daran. Im Konkurs des indirekten Stellvertreters fällt das erworbene

1558 Siehe vorne Rn. 245 ff.

1559 Siehe vorne Rn. 163 ff., Rn. 174.

1560 Vgl. vorne Rn. 147 f.

1561 Vgl. NICKEL-SCHWEIZER, fiduziarisches Eigentum, S. 111 f.

Treugut in die Konkursmasse (Art. 197 SchKG). Ein Aussonderungsrecht des Treugebers kann dabei nicht mit Art. 401 OR begründet werden. Auch sonst besteht *de lege lata* kein allgemeines Aussonderungsrecht des Treugebers am unmittelbar begründeten Treugut.

§4 Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters

1. Fragestellung

Vorstehend wurde gezeigt, dass die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters an den Vermögensgegenständen des indirekt Vertretenen entweder durch eine vorgängige Verfügungsermächtigung oder durch eine vorgängige fiduziarische Übertragung begründet werden kann. Fraglich ist jedoch, wie die Beweislast zu verteilen ist, wenn es zu Streitigkeiten über die Frage kommt, ob der indirekte Stellvertreter fiduziarischer Rechtsinhaber oder bloss Verfügungsermächtigter geworden ist. Davon sind vornehmlich die Fälle betroffen, in denen der indirekte Stellvertreter über eine bewegliche Sache des indirekt Vertretenen verfügen soll, da die vorgängige Besitzübertragung auf den indirekten Stellvertreter ein reiner Realakt ist, der keine Rückschlüsse auf die Art der vom indirekt Vertretenen eingeräumten Rechtsbeziehung zur übertragenen Sache zulässt.¹⁵⁶² Nachstehend geht es also um die Frage, ob eine Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters existiert, die dann zum Tragen kommt, wenn dem Grundverhältnis diesbezüglich keine Antwort entnommen werden kann. Beim Verkaufskommissionär wird eine solche Vermutung wohl bejaht. Denn vorbehaltlich einer anderslautenden Parteiabrede wird der Verkaufskommissionär nach herrschender Ansicht nicht Eigentümer des Kommissionsguts.¹⁵⁶³ Unklar bleibt allerdings, wie genau diese Vermutung rechtlich zu begründen ist. Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es daher, zu klären, ob dem Gesetz eine Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters entnommen werden kann und – wenn ja – welche Tragweite einer solchen Vermutung zukäme. Dafür ist es unerlässlich, den Bedeutungsgehalt von Art. 396 Abs. 2 OR allgemein und insbesondere für die indirekte Stellvertretung zu entschlüsseln.

Zuvor sei jedoch in terminologischer Hinsicht noch Folgendes klargestellt: Bisweilen wird der zur Verfügung ermächtigte Verkaufskommissionär

¹⁵⁶² Vgl. vorne Rn. 60.

¹⁵⁶³ Siehe die Literaturnachweise in Fn. 1199.

in der Literatur als «*Ermächtigungstreuhand*» bezeichnet.¹⁵⁶⁴ Dieser Wortwahl kann hier aber nicht gefolgt werden. Vielmehr ist von einem «*Treuhand*» nur dann zu sprechen, wenn die Person auch fiduziarischer Rechtsinhaber wird und in der Ausübung des erworbenen Rechts lediglich obligatorisch beschränkt ist. Der fiduziarische Erwerb und die Verfügungsermächtigung sind zwei grundlegend verschiedene rechtliche Konstruktionen; der Begriff «*Ermächtigungstreuhand*» vermischt diese terminologisch miteinander und schafft damit mehr Verwirrung als Klarheit. Somit ist der Begriff «*Ermächtigungstreuhand*» für das schweizerische Recht strikt abzulehnen.

2. Bedeutungsgehalt von Art. 396 Abs. 2 OR

- 493 Unter der Marginalie «*Wirkungen Umfang des Auftrags*» sieht Art. 396 Abs. 2 OR vor, dass «*[...] in dem Auftrage auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten [ist], die zu dessen Ausführung gehören*». Die Geschäftsbesorgung durch den Beauftragten kann dabei entweder in direkter Stellvertretung oder in indirekter Stellvertretung erfolgen.¹⁵⁶⁵ Einigkeit besteht zumindest darüber, dass Art. 396 Abs. 2 OR auf die Auftragserfüllung in direkter Stellvertretung Anwendung findet, wenngleich gewisse Einzelheiten umstritten sind.¹⁵⁶⁶ Bezüglich der Frage, ob Art. 396 Abs. 2 OR auch die indirekte Stellvertretung erfasst und, wenn ja, mit welchem Bedeutungsgehalt, scheiden sich in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung die Ansichten. Die folgenden Ausführungen sind daher der Erörterung von Art. 396 Abs. 2 OR gewidmet.

a. Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre

- 494 Wie soeben erwähnt, ist der Bedeutungsgehalt von Art. 396 Abs. 2 OR insbesondere für die indirekte Stellvertretung umstritten, wobei eine herrschende Meinung nicht herauszukristallisieren ist.¹⁵⁶⁷ Dazu im Einzelnen Folgendes:

1564 SCHÖNLE, Verfügungsermächtigung, S. 628 ff.

1565 BK-FELLMANN, N 11 zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 4 zu Art. 396 OR; CR-WERRO, N 7 zu Art. 396 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 47; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4400.

1566 Exemplarisch BSK-OSER/WEBER, N 5 zu Art. 396 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 6 zu Art. 396 OR; CR-WERRO, N 8 zu Art. 396 OR; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N 155f.

1567 Dieses Ergebnis basiert auf einer Untersuchung jener Literaturstellen, die der Frage gewidmet sind, ob Art. 396 Abs. 2 OR auch die indirekte Stellvertretung erfasst. Darüber hinaus finden sich in der Literatur viele Stellen, wo Art. 396 Abs. 2 OR auf die direkte Stellvertretung angewandt wird, ohne jedoch auf die Frage einzugehen, inwieweit die Norm auch für die indirekte Stellvertretung relevant sein kann. Dies, weil die Autoren einzig Konstellationen der direkten Stellvertretung vor Augen haben (exemplarisch HRUBESCH-MILLAUER/JAUSSI, Vermögenssorge, S. 1284; SCHWAGER/MONN, Planerverträge, N 6.19 ff.).

- Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass Art. 396 Abs. 2 OR einzig die Geschäftsbesorgung in *direkter Stellvertretung* betrifft.¹⁵⁶⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass der indirekte Stellvertreter schliesslich im eigenen Namen handle und er daher keiner gesonderten «*Ermächtigung*» bedürfe bzw. eine solche mit dem Auftragsverhältnis verschmolzen sei.¹⁵⁶⁹ Diese Autoren betrachten den in Art. 396 Abs. 2 OR verwendeten Begriff «*Ermächtigung*» wohl als Synonym zur Vollmacht.¹⁵⁷⁰ Alsdann messen sie der Norm überwiegend eine zweifache Bedeutung bei: *Erstens* beinhalte Art. 396 Abs. 2 OR eine (widerlegbare) Vermutung zu Gunsten der direkten Stellvertretung, sodass aus der Erteilung eines Rechtshandlungsauftrags auf eine Bevollmächtigung zur direkten Stellvertretung zu schliessen sei.¹⁵⁷¹ *Zweitens* wirke sich Art. 396 Abs. 2 OR auf den Umfang der Vollmacht aus. Dieser bemesse sich in Abweichung vom Prinzip der Abstraktheit anhand des Auftragsumfangs.¹⁵⁷² Gewisse andere Autoren beschränken die Wirkungen von Art. 396 Abs. 2 OR hingegen auf den letztgenannten Punkt und entnehmen der Norm somit keine Vermutung der Auftragsausführung in direkter Stellvertretung.¹⁵⁷³
- Die gegenteilige Meinung geht davon aus, dass Art. 396 Abs. 2 OR gleichermaßen die Geschäftsbesorgung in *direkter* wie auch in *indirekter* Stellvertretung betrifft. Diese Auffassung basiert auf der Annahme, dass der Beauftragte sowohl zur direkten wie auch zur indirekten Stellvertretung

1568 BK-FELLMANN, N 48 f. zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 9 zu Art. 396 OR; CR-WERRO, N 8 f. zu Art. 396 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 6 f. zu Art. 396 OR; FRIEDRICH, Auftragsrecht, S. 456; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 47 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 3241; ISENRING, Strafbarkeit, S. 42; KuKo-SCHALLER, N 3 zu Art. 396 OR; DE SAUSSURE, *acte juridique*, S. 34 f.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 1901; STIERLI, Architektenvollmacht, N 167 f.; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N 4401 f.; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N 155 f.

1569 CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 7 zu Art. 396 OR; ISENRING, Strafbarkeit, S. 42 *in fine*, S. 43 *in initio*; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 262. Vgl. BSK-OSER/WEBER, N 5, 12 zu Art. 396 OR.

1570 Vgl. z.B. BSK-OSER/WEBER, N 9 zu Art. 396 OR; HUGUENIN, AT/BT, N 3241; ISENRING, Strafbarkeit, S. 42; KuKo-SCHALLER, N 3 f. zu Art. 396 OR; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 1901.

1571 BK-FELLMANN, N 48, 51 zu Art. 396 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 47 f.; HUGUENIN, AT/BT, N 3241; ISENRING, Strafbarkeit, S. 42 f.; KuKo-SCHALLER, N 3 zu Art. 396 OR; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N 156. Vgl. BK-GAUTSCHI, N 27b zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 9 zu Art. 396 OR.

1572 CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 8 zu Art. 396 OR; KuKo-SCHALLER, N 4 zu Art. 396 OR; OFK-BÜHLER, N 3 zu Art. 396 OR.

1573 DE SAUSSURE, *acte juridique*, S. 36; STIERLI, Architektenvollmacht, N 167, 169. Unklar SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 1901.

einer Machtbefugnis bedürfe und der Begriff «*Ermächtigung*» somit beide Konstellationen erfasse.¹⁵⁷⁴ Folglich enthalte Art. 396 Abs. 2 OR auch keine Vermutung der Auftragsausführung in direkter Stellvertretung.¹⁵⁷⁵ Vielmehr lege Art. 396 Abs. 2 OR fest, dass sich der Umfang der Machtbefugnis des Beauftragten am Auftragsinhalt orientiere.¹⁵⁷⁶ In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht entschieden.¹⁵⁷⁷ So führt es in einem Entscheid aus dem Jahr 1915 aus: «[...] unter *Ermächtigung* [im Sinne von Art. 396 Abs. 2 OR] [ist] nicht notwendig *Ermächtigung zur Handlung im Namen des Ermächtigenden, also Vollmacht zu direkter Vertretung zu verstehen* [...]; *Ermächtigung kann auch Erteilung der Machtvollkommenheit zur indirekten Vertretung* [...] *bedeuten*». ¹⁵⁷⁸ Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht im Jahr 1992 bestätigt.¹⁵⁷⁹

- 497 — Eine Sonderstellung nimmt die Position von ZUFFEREY ein. ZUFFEREY zufolge betrifft Art. 396 Abs. 2 OR nur die direkte Stellvertretung, wobei der Norm keine Vermutung zur Auftragsausführung in selbiger entnommen werden könne.¹⁵⁸⁰ Ergebe sich aber aus dem Auftrag, dass der Beauftragte zur Auftragsausführung in direkter Stellvertretung verpflichtet ist,

1574 Vgl. BK-BECKER, N 6 zu Art. 396 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 176 zu Art. 32 OR; DROIN, *représentation indirecte*, S. 66 ff.; ENGEL, *traité*, S. 387; HONSELL, OR BT, S. 400; KUKOLCEK, N 4 zu Art. 425 OR; KÜNZLE, *Stellvertretungsrecht*, S. 235 f.; LEIBENSON, *disposition*, S. 170; LOHER, *Kommissionsgut*, S. 922; THALMESSINGER, *Vollmacht*, S. 24; VON TUHR / PETER, OR AT, § 42 Fn. 14; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 15 zu Art. 32 OR i.V.m. N 6 zu Art. 33 OR, N 4 zu Art. 396 OR.

1575 Vgl. DROIN, *représentation indirecte*, S. 68 f.; ENGEL, *traité*, S. 387; KÜNZLE, *Stellvertretungsrecht*, S. 235 f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 *in fine* zu Art. 33 OR.

1576 DROIN, *représentation indirecte*, S. 68 f.; ENGEL, *traité*, S. 387.

1577 In der Literatur wird vielfach behauptet, das Bundesgericht erblicke in Art. 396 Abs. 2 OR eine Vermutung zu Gunsten der direkten Stellvertretung, was eine Anwendbarkeit der Norm auf die indirekte Stellvertretung ausschliesse. Dies beruht nach der hier vertretenen Auffassung auf einer Fehlinterpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Denn im von den Autoren ins Feld geführten BGE 90 II 285 (vgl. BK-FELLMANN, N 48 zu Art. 396 OR; ENGEL, *traité*, S. 387) ging es um die Frage, ob der Beauftragte gegenüber dem Dritten eigengeschäftlich oder als direkter Stellvertreter gehandelt hatte. Unbestritten war hingegen seine interne Verpflichtung zur Auftragsausführung in direkter Stellvertretung. Somit kann aus dem Umstand, dass das Bundesgericht in diesem Entscheid Art. 396 Abs. 2 OR anrief, nicht abgeleitet werden, die Rechtsprechung erblicke in dieser Norm eine Vermutung zu Gunsten der direkten Stellvertretung. Denn intern zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten war die Art der Auftragsausführung nicht streitig. Vielmehr hat das Bundesgericht Art. 396 Abs. 2 OR in diesem Entscheid nur im Zusammenhang mit dem Vollmachtumfang erwähnt. Im Übrigen hat das Bundesgericht BGE 90 II 285 in einem späteren Entscheid selber im soeben dargelegten Sinne interpretiert (BGE 118 II 313 E. 2a S. 316).

1578 BGE 41 II 268 E. 3 S. 271.

1579 BGE 118 II 313 E. 2a S. 316.

1580 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 262.

so enthalte Art. 396 Abs. 2 OR eine gesetzliche Vermutung hinsichtlich des Vorliegens einer Vollmacht.¹⁵⁸¹ Darüber hinaus plädiert ZUFFEREY für eine analoge Anwendung von Art. 396 Abs. 2 OR auf die Auftragsausführung in indirekter Stellvertretung.¹⁵⁸² Damit bestehe in diesem Fall eine gesetzliche Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters.¹⁵⁸³

b. Hier vertretene Auffassung

aa. Vermutung einer entsprechenden Machtbefugnis des Beauftragten bei der Auftragsausführung in direkter wie auch in indirekter Stellvertretung

Die Auffassung, wonach Art. 396 Abs. 2 OR sowohl bei der Auftragsausführung in direkter als auch bei jener in indirekter Stellvertretung anwendbar ist, verdient Zustimmung. Allerdings vermag keine der zuvor beschriebenen Ansichten (Rn. 496 und 497) im Detail zu überzeugen. So verkennt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Art. 396 Abs. 2 OR auf die Auftragsausführung in indirekter Stellvertretung *gleichermassen* wie auf die Auftragsausführung in direkter Stellvertretung anwendet, zusammen mit einem Teil der Literatur, dass der indirekte Stellvertreter grundsätzlich keiner Machtbefugnis bedarf. Die Untersuchung des Grundverhältnisses in Kapitel 4 hat nämlich zum Schluss geführt, dass der indirekten Stellvertretung die Erteilung einer Machtvollkommenheit nicht inhärent ist, es mithin keine Ermächtigung zum Handeln auf fremde Rechnung gibt.¹⁵⁸⁴ Direkte und indirekte Stellvertretung unterscheiden sich somit u.a. durch das Erfordernis einer Machtbefugnis.¹⁵⁸⁵ Da aber Art. 396 Abs. 2 OR an eine vom Auftragsvertrag getrennte Machtbefugnis anknüpft, kann die indirekte Stellvertretung von dieser Bestimmung nicht gleichermassen wie die direkte Stellvertretung erfasst sein. Nur wenn der indirekte Stellvertreter über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügen soll, ohne zuvor fiduziarischer Rechtsinhaber geworden zu sein, benötigt er eine vom Grundverhältnis getrennte Ermächtigung in Form einer Verfügungsermächtigung. Einzig auf ebendiesem Fall ist Art. 396 Abs. 2 OR anwendbar.¹⁵⁸⁶ Entgegen der Auffassung von ZUFFEREY findet Art. 396 Abs. 2 OR hier aber *direkt* Anwendung, da insbesondere grammatikalische, historische

1581 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N263.

1582 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N264 f.

1583 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N265.

1584 Siehe vorne Rn. 199 ff.

1585 Siehe vorne Rn. 91 ff.

1586 Vgl. auch HONSELL, OR BT, S. 400; LEIBENSON, *disposition*, S. 170; LOHER, *Kommissionsgut*, S. 922.

und teleologische Argumente dafür sprechen, dass von Art. 396 Abs. 2 OR auch die Fälle indirekter Stellvertretung erfasst sind, in denen der indirekte Stellvertreter einer Machtbefugnis bedarf. Dazu im Einzelnen Folgendes:

- 499 — Wie bereits zu Beginn dieser Arbeit erörtert, verwendet der Gesetzgeber den Begriff «*Ermächtigung*» uneinheitlich.¹⁵⁸⁷ Die Frage, ob es bei Art. 396 Abs. 2 OR rein um ein fremdgeschäftliches Handeln des Beauftragten geht oder ob auch ein eigengeschäftliches Auftreten erfasst ist, kann einzig unter Einbezug des gesamten Normtextes geklärt werden. Vorliegend spricht Art. 396 Abs. 2 OR von der «[...] *Ermächtigung zu den Rechtshandlungen* [...], die zu dessen Ausführung gehören». Mit dem allgemeinen Ausdruck «*Rechtshandlungen*» können alle rechtmässigen Handlungen bezeichnet werden, die zivilrechtliche Wirkungen nach sich ziehen.¹⁵⁸⁸ Eine der wichtigsten Kategorien von Rechtshandlungen stellen die rechtsgeschäftlichen Erklärungen dar.¹⁵⁸⁹ Diese können mit Wirkung für den Erklärenden selber (eigengeschäftlich) oder mit Wirkung für den Vertretenen (fremdgeschäftlich) abgegeben werden. Vom Wortlaut von Art. 396 Abs. 2 OR wäre also sowohl die direkte als auch die indirekte Stellvertretung gedeckt.¹⁵⁹⁰ Die grammatikalische Auslegung führt daher zum Ergebnis, dass von Art. 396 Abs. 2 OR alle Fälle erfasst sind, in denen der Beauftragte zur Auftrags Erfüllung einer Machtbefugnis bedarf.
- 500 — In systematischer Hinsicht ist Art. 396 Abs. 1 OR in die Auslegung miteinzubeziehen. Dieser besagt: «*Ist der Umfang des Auftrages nicht ausdrücklich bezeichnet worden, so bestimmt er sich nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes.*» Diese Bestimmung fungiert als Regel zur ergänzenden Vertragsauslegung, falls zwischen den Parteien Uneinigkeit darüber herrscht, welche Handlungen der Beauftragte vorzunehmen hat.¹⁵⁹¹ Während also Art. 396 Abs. 1 OR die Ausführungsobligation des Beauftragten betrifft, beziehen sich die Abs. 2 und 3 auf die vom Auftrag getrennte, einseitig begründete Machtbefugnis des Beauftragten (*Trennungsprin-*

1587 Siehe vorne Rn. 66.

1588 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 174.

1589 Vgl. VON TUHR/PETER, OR AT, S. 174.

1590 Vgl. VON TUHR/PETER, OR AT, § 42 Fn. 14. A. A. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 47 f., § 5 Fn. 1, der zwar erkennt, dass unter dem Begriff «*Ermächtigung*» entweder die Vollmacht oder die Ermächtigung zur Verfügung verstanden werden kann, jedoch Art. 396 Abs. 2 OR letztlich auf die Vollmacht zur direkten Stellvertretung reduziert.

1591 BGer 4C.80/2005 vom 11. August 2005 E. 2.1.1. BK-FELLMANN, N 22 ff. zu Art. 396 OR, m.w.H.; OFK-BÜHLER, N 1 zu Art. 396 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4396 ff.

zip).¹⁵⁹² Art. 396 Abs. 2 OR eine Vermutung zur direkten Stellvertretung zu entnehmen, wäre meines Erachtens mit der Systematik dieser Bestimmung nicht vereinbar. Denn die Frage, ob der Beauftragte den Rechtshandlungsauftrag als direkter oder indirekter Stellvertreter zu erfüllen hat, gehört zur vertraglichen Ausführungsobligation des Beauftragten und ist folglich bei Unklarheit durch eine ergänzende Vertragsauslegung nach Art. 396 Abs. 1 OR zu klären.¹⁵⁹³ Enthält Art. 396 Abs. 2 OR aber keine Vermutung der Auftragserfüllung in direkter Stellvertretung, so stehen der Annahme, Art. 396 Abs. 2 OR beziehe sich auf alle Fälle, in denen der Beauftragte einer einseitigen Machtbefugnis bedarf, keine Einwände entgegen.

- Art. 396 Abs. 2 OR wurde anlässlich der Revision des aOR neu hinzugefügt. Die Bestimmung ist im Entwurf von 1909 erstmals anzutreffen.¹⁵⁹⁴ Den Protokollen der Expertenkommission (1908-1909) können keine weiteren Hinweise zur Entstehungsgeschichte der Bestimmung entnommen werden.¹⁵⁹⁵ Dennoch scheint der Gesetzgeber davon ausgegangen zu sein, dass Art. 396 Abs. 2 OR auch die indirekte Stellvertretung betrifft und dabei die Vermutung aufstellt, dass mit Abschluss eines Auftrags dem Beauftragten auch die zu dessen Erfüllung notwendige Machtbefugnis erteilt wird. So führt OSER in der 1915 erschienenen 1. Auflage des Zürcher Kommentars aus: «[...] mit ihr [der Ermächtigung] braucht nicht notwendig die direkte Vertretungswirkung verbunden zu sein. [...] Ob die Folgen der Rechtshandlungen unmittelbar für den Auftraggeber eintreten sollen (ob daher der Beauftragte Dritten gegenüber in dessen Namen aufzutreten habe), oder ob es einer besonderen Übertragung der Geschäftswirkungen vom Beauftragten auf den Auftraggeber bedürfe (ob der Beauftragte nur zur Handlung im eigenen Namen befugt sei), hängt von der Auslegung des Auftragsvertrages ab». ¹⁵⁹⁶ Auch MARTIN geht in seinem 1922 erschienenen

1592 Vgl. BK-FELLMANN, N 34 ff., 42 ff. zu Art. 396 OR; KuKo-SCHALLER, N 1, 3 zu Art. 396 OR; OFK-BÜHLER, N 1 ff. zu Art. 396 OR.

1593 Vgl. ferner BK-FELLMANN, N 11 zu Art. 396 OR; ferner DE SAUSSURE, *acte juridique*, S. 36.

1594 BK-FELLMANN, N 5 ff. zu Art. 396 OR, m.w.H.

1595 BK-FELLMANN, N 5 zu Art. 396 OR.

1596 ZK-OSER, N 3 zu Art. 396 OR. Nicht geteilt wurde diese Auffassung von FICK/MORLOT, welche Art. 396 Abs. 2 OR einzig auf die Auftragsausführung in direkter Stellvertretung anwenden (siehe FICK/MORLOT, N 8 ff., insbesondere N 23 zu Art. 396 OR). Zwar handelt es sich beim 1915 erschienenen Kommentar von FICK/MORLOT zweifelsohne um ein «Werk der ersten Stunde», doch kommt ihm bei der historischen Auslegung nicht die gleiche Bedeutung zu wie den Werken von OSER und MARTIN. Dies, weil die Herren FICK und MORLOT nicht Mitglieder der Expertenkommission von 1908-1909 waren (vgl. Bericht 1909, S. 726f.).

Lehrbuch davon aus, dass mit einem Auftrag auch die zu dessen Erfüllung erforderliche Machtbefugnis erteilt wird und in Art. 396 Abs. 2 OR sowohl die direkte als auch die indirekte Stellvertretung gemeint sein kann.¹⁵⁹⁷ HUGO OSER und ALFRED MARTIN gehörten beide der in den Jahren 1908/09 tagenden Expertenkommission an, auf deren Beratungen der Entwurf von 1909 basierte.¹⁵⁹⁸ Insofern scheint die Annahme naheliegend, der Gesetzgeber habe auch die indirekte Stellvertretung unter Art. 396 Abs. 2 OR subsumiert. Diese These wird zusätzlich durch die Tatsache untermauert, dass seinerzeit namhafte Autoren die Auffassung vertraten, der indirekte Stellvertreter bedürfe stets einer Machtbefugnis in Form einer Ermächtigung zum Handeln auf fremde Rechnung.¹⁵⁹⁹ Folglich legt die historische Betrachtung den Schluss nahe, dass Art. 396 Abs. 2 OR auch die indirekte Stellvertretung erfasst.

- 502 — Schliesslich sprechen auch *teleologische* Überlegungen für eine direkte Anwendbarkeit von Art. 396 Abs. 2 OR auf die Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters. Denn der Zweck von Art. 396 Abs. 2 OR besteht meines Erachtens darin, die Wechselwirkungen zwischen dem Auftrag und der einseitig begründeten Machtbefugnis des Beauftragten zu koordinieren.¹⁶⁰⁰ Dies verwirklicht die Bestimmung dadurch, dass mit Abschluss eines Rechtshandlungsauftrags dem Beauftragten vermungsweise auch die zu dessen Erfüllung erforderliche Machtbefugnis erteilt wird, die sich umfangmässig mit dem Auftrag deckt.¹⁶⁰¹ Der Auftrag und die rechtsgeschäftlich erteilte Machtbefugnis laufen also inhaltlich parallel zueinander, bleiben aber voneinander getrennte Rechtsgeschäfte (*Trennungsprinzip*). Diese Gedanken treffen bei der direkten Stellvertretung durchwegs zu und bei der indirekten Stellvertretung nur dann, wenn der indirekte Stellvertreter über einen Wert des Auftraggebers verfügt.

- 503 Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so ergibt sich folgendes Bild: Art. 396 Abs. 2 OR ist auf alle Rechtshandlungsaufträge anwendbar, zu deren Erfüllung der Beauftragte einer besonderen Machtbefugnis bedarf. Dabei kommt es nicht auf die Art der Auftragsausführung (direkte/indirekte Stellvertretung) an. In all diesen Fällen beinhaltet Art. 396 Abs. 2 OR die Rechtsvermutung,¹⁶⁰²

1597 MARTIN, *contrats*, S. 264 f.

1598 Bericht 1909, S. 726.

1599 Siehe vornehmlich BEKKER, *Pandekten II*, S. 212; VON TUHR, *AT BGB I*, S. 166.

1600 Vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 396 OR.

1601 Vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 396 OR.

1602 BK-FELLMANN, N 50 zu Art. 396 OR; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, *OR BT*, N 1901.

dass mit Abschluss eines Rechtshandlungsauftrags dem Beauftragten die zu dessen Erfüllung erforderliche Machtbefugnis erteilt wird. Da Art. 396 Abs. 2 OR aber keine weitergehende Bedeutung zu entnehmen ist – insbesondere auch keine Vermutung hinsichtlich einer Auftragsausführung in direkter Stellvertretung –, ergibt sich im Hinblick auf die Vermutungsbasis, dass neben dem Abschluss eines Rechtshandlungsauftrags auch bewiesen werden muss, wie der Auftrag ausgeführt werden soll.¹⁶⁰³ Zu beweisen ist also, dass der Auftrag im konkreten Fall die Qualifikationsmerkmale für ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung erfüllt. Ist dieser Beweis gelungen, so enthält Art. 396 Abs. 2 OR die Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters, deren Umfang sich am Auftrag bemisst. Im negativen Sinne führt Art. 396 Abs. 2 OR dazu, dass eine fiduziarische Übertragung nur bei einer entsprechenden Abrede im Grundverhältnis anzunehmen ist.

bb. Ableitung einer allgemeinen Vermutung für
eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass Art. 396 Abs. 2 OR bei der Auftragsausführung in indirekter Stellvertretung eine Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters zu entnehmen ist.¹⁶⁰⁴ 504
Damit ist aber zunächst nur für den Fall, in welchem der Grundvertrag ein einfacher Auftrag ist, eine Antwort auf die Frage gefunden, ob der indirekte Stellvertreter vermungsweise zur Verfügung ermächtigt ist. Im Folgenden ist daher zu klären, ob Art. 396 Abs. 2 OR auch bei anderen Grundverträgen gilt. Dies ist zu bejahen. So findet Art. 396 Abs. 2 OR etwa infolge des Verweises in Art. 425 Abs. 2 OR auch bei der Kommission Anwendung.¹⁶⁰⁵ Die Vermutung für eine Verfügungsermächtigung des Verkaufskommissionärs ist also rechtlich durch das Zusammenspiel von Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 396 Abs. 2 OR zu erklären.¹⁶⁰⁶ In der Literatur wird hingegen häufig angenommen, Art. 396 Abs. 2 OR gelte nicht bei der Kommission,¹⁶⁰⁷ was angesichts der weit verbreiteten – und vorstehend bereits widerlegten – Auffassung, wonach Art. 396 Abs. 2 OR nur die Auftragsausführung in direkter Stellvertretung betrifft, wenig verwunderlich ist.¹⁶⁰⁸

1603 A.A. offenbar BK-FELLMANN, N 52 ff. zu Art. 396 OR; HUGUENIN, AT/BT, N 3241.

1604 Siehe vorne Rn. 498 ff.

1605 So wohl auch HONSELL, OR BT, S. 400; LOHER, Kommissionsgut, S. 922.

1606 Vgl. auch HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 204; HONSELL, OR BT, S. 400; KuKo-VLECK, N 4 zu Art. 425 OR; LOHER, Kommissionsgut, S. 922.

1607 Implizit z.B. BSK-OSER/WEBER, N 4 f. zu Art. 396 OR; CHK-PFENNINGER, N 6 zu Art. 425 OR; OFK-MOSKRIC, N 3 zu Art. 425 OR.

1608 Siehe vorne Rn. 495.

- 505 Nach meinem Dafürhalten beansprucht der in Art. 396 Abs. 2 OR enthaltene Gedanke aber auch dort Gültigkeit, wo keine gesetzliche Verweisnorm auf die Bestimmungen des einfachen Auftrags existiert, gleichwohl aber ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung vorliegt.¹⁶⁰⁹ Dies, weil der Zweck der Norm über den einfachen Auftrag hinausgeht.¹⁶¹⁰ Wie bereits dargelegt, bezweckt Art. 396 Abs. 2 OR, die Wechselwirkungen zwischen dem Auftrag als zweiseitigem Rechtsgeschäft und der davon getrennten Machtbefugnis des Beauftragten zu koordinieren. Dies verwirklicht die Bestimmung dadurch, dass die einseitig begründete Machtbefugnis im Entstehen und Umfang parallel zum Auftrag verläuft.¹⁶¹¹ Dieser Gedanke sollte meines Erachtens auf alle Verträge erstreckt werden, die eine Partei zu weiteren Rechtshandlungen mit Dritten verpflichten. Erfasst wären z.B. die Verträge *sui generis* oder seltener auch ein Arbeitsverhältnis.¹⁶¹² Für die indirekte Stellvertretung bedeutet das, dass immer vermutungsweise von einer Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters auszugehen ist. Wird also eine fiduziarische Übertragung behauptet, so muss eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem indirekt Vertretenen und dem indirekten Stellvertreter bewiesen werden.

c. Bedeutung im Verhältnis zu Dritten

- 506 In der Doktrin bestehen divergierende Ansichten darüber, ob der Dritte, der vom Auftragsverhältnis Kenntnis hatte und auf die Machtbefugnis des Beauftragten vertraute, sich seinerseits auf Art. 396 Abs. 2 OR berufen kann. Während die wohl herrschende Meinung Art. 396 Abs. 2 OR jede Aussenwirkung abspricht,¹⁶¹³ nimmt eine Minderheit in der Lehre an, Art. 396 Abs. 2 OR

1609 Die Vermutung für eine Verfügungsermächtigung gilt aber nicht in den Fällen, in denen der indirekte Stellvertreter auf eigene Initiative hin handelt. Hier bedarf seine Verfügung einer Genehmigung. Vgl. vorne Rn. 221 ff.

1610 Vgl. ferner auch CR-WERRO, N 8 zu Art. 396 OR; ISENRING, Strafbarkeit, S. 43; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 396 OR.

1611 Siehe vorne Rn. 502.

1612 Explizit für den Arbeitsvertrag CR-WERRO, N 8 zu Art. 396 OR; ISENRING, Strafbarkeit, S. 43; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 zu Art. 396 OR. A.A. ENGEL, traité, S. 389 *in fine*, S. 390 *in initio*. Darüber hinaus plädiert WERRO auch für eine analoge Anwendung bei der einfachen Gesellschaft (CR-WERRO, N 8 zu Art. 396 OR). Meines Erachtens bedarf es hierfür keiner Analogie. Vielmehr findet Art. 396 Abs. 2 OR infolge des Verweises in Art. 540 Abs. 1 OR unmittelbar Anwendung. Ein geschäftsführender Gesellschafter, der als indirekter Stellvertreter der übrigen Gesellschafter über Vermögensgegenstände im Gesamteigentum verfügen soll, ist somit vermutungsweise im Umfang seiner Geschäftsführungsbefugnis auch zur Verfügung ermächtigt.

1613 BK-FELLMANN, N 57 f. zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 9 zu Art. 396 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 10 zu Art. 396 OR; GUHL/KOLLER, OR, § 19 N 5; KuKo-SCHALLER, N 5 zu Art. 396 OR; ISENRING, Vertretungswirkung, S. 98; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, OR BT, N 1901; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR, N 156. Vgl. BK-GAUTSCHI, N 11c zu Art. 396 OR.

begründe im Verhältnis zu Dritten einen Anspruch auf positiven Vertrauensschutz.¹⁶¹⁴ So haben etwa TERCIER/BIERI/CARRON festgestellt: «*Dès l'instant où le tiers a connaissance du mandat, il a le droit de conclure que le mandataire a les pouvoirs prévus par l'art. 396 II (CO 33 III: procuration externe); [...]*».¹⁶¹⁵ Noch weiter geht ZUFFEREY, wenn er diese Aussenwirkung auch auf die Verfügungsermächtigung erstreckt und behauptet, dass der Dritte, der vom Kommissionsverhältnis wusste, in seinem Vertrauen auf den Bestand der Verfügungsermächtigung zu schützen sei und somit gutgläubig das Eigentum an der Kommissionsware erwerben könne.¹⁶¹⁶ ZUFFEREY geht folglich davon aus, dass aufgrund von Art. 396 Abs. 2 OR die bloße Kenntnis des Dritten vom Kommissionsverhältnis für die Bejahung seines guten Glaubens ausreiche.¹⁶¹⁷

Nach der hier vertretenen Auffassung begründet Art. 396 Abs. 2 OR keinen Gutglaubensschutz des Dritten. Dies entspricht weder dem Wortlaut der Bestimmung noch dem Willen des Gesetzgebers und ist auch vom Normzweck nicht gedeckt.¹⁶¹⁸ Art. 396 Abs. 2 OR strebt die Koordination zwischen dem Auftragsverhältnis und der getrennt davon zu begründenden Machtbefugnis des Beauftragten an.¹⁶¹⁹ Dies verwirklicht die Bestimmung dadurch, dass mit der Auftragserteilung vermutungsweise auch die zur Auftragsausführung notwendige Machtbefugnis (z.B. Vertretungs- oder abgeleitete Verfügungsmacht) erteilt wird. Damit entfaltet Art. 396 Abs. 2 OR zunächst aber nur im internen Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten Wirkungen. Für einen Vertrauensschutz des Dritten bleibt hier kein Raum.¹⁶²⁰ Gleichwohl ist Art. 396 Abs. 2 OR für den Dritten nicht ohne Belang. Vielmehr kann der Dritte nach der hier vertretenen Auffassung von der Beweiserleichterung in Art. 396 Abs. 2 OR profitieren. Dieser Gedankengang sei mit folgendem Beispiel verdeutlicht: Macht der Dritte geltend, er habe gültig vom Verkaufskommissionär das Eigentum am Kommissionsgut erworben, so hat er u.a. die Verfügungsmacht des Kommissionärs zu beweisen.¹⁶²¹ Dabei könnte er von Art. 396 Abs. 2 OR profitieren, indem er die Vermutungsbasis, nämlich das Bestehen eines Grundverhältnisses indirekter Stellvertretung (hier: den

1614 CR-WERRO, N9 zu Art. 396 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N4405; ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N266f.

1615 TERCIER/BIERI/CARRON, *contrats*, N4405.

1616 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N267.

1617 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N267.

1618 Vgl. vorne Rn. 499 ff.

1619 Siehe vorne Rn. 502.

1620 Vgl. BK-FELLMANN, N58 zu Art. 396 OR; ZK-KLEIN, *Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR*, N156.

1621 Vgl. STEINAUER, *droits réels I*, N485 ff.

Kommissionsvertrag), beweist.¹⁶²² Eine entsprechende Verfügungsermächtigung würde diesfalls vermutet. Darin erschöpft sich die Bedeutung von Art. 396 Abs. 2 OR. Gelingt dem Kommittenten der Beweis des Gegenteils,¹⁶²³ indem er etwa einen gültigen Widerruf der Verfügungsermächtigung nachweist, so wäre ein Erwerb des Dritten nicht erwiesen. Der Dritte könnte für diesen Fall eventualiter geltend machen, er habe die bewegliche Sache gutgläubig erworben (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB), wobei sein guter Glaube gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB zu vermuten wäre. Der indirekt Vertretene könnte die Gutgläubensvermutung entkräften, indem er nachweist, dass im konkreten Fall nicht alle an den guten Glauben des Dritten zu stellenden Anforderungen erfüllt sind. Entgegen ZUFFEREY beschränken sich die Anforderungen an den guten Glauben – wie bereits ausführlich dargelegt¹⁶²⁴ – nicht auf die Kenntnis des Kommissionsverhältnisses, sondern gehen darüber hinaus.¹⁶²⁵

3. Ausnahmen nach Art. 396 Abs. 3 OR

508 Art. 396 Abs. 3 OR sieht bei bestimmten besonders risikoreichen Geschäften vor, dass der Beauftragte einer besonderen Ermächtigung bedarf, *«[...]wenn es sich darum handelt, einen Vergleich abzuschliessen, ein Schiedsgericht anzunehmen, wechselrechtliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten oder Schenkungen zu machen»*. Da die in Art. 396 Abs. 3 OR aufgezählten Geschäfte für den Auftraggeber von besonderer ökonomischer Tragweite sind, schränkt der Gesetzgeber in diesen Fällen zum Schutz des Auftraggebers Art. 396 Abs. 2 OR ein.¹⁶²⁶ Unbestritten ist, dass Art. 396 Abs. 3 OR bei der Auftragsausführung in direkter Stellvertretung vollumfänglich anwendbar ist, sodass für die in Art. 396 Abs. 3 OR aufgezählten Geschäfte eine besondere Vollmacht des Beauftragten nötig ist. Ein spezifisches Formerfordernis für die Vollmacht sieht Art. 396 Abs. 3 OR aber nicht vor.¹⁶²⁷

509 Demgegenüber wird die Anwendbarkeit von Art. 396 Abs. 3 OR auf die indirekte Stellvertretung verneint.¹⁶²⁸ Schliesslich werde der indirekte Stell-

1622 Vgl. vorne Rn. 503.

1623 Allgemein dazu STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, § 18 N 20.

1624 Siehe vorne Rn. 434 ff.

1625 Siehe vorne Rn. 435 ff.

1626 Z.B. BK-FELLMANN, N 121 zu Art. 396 OR; BSK-OSER/WEBER, N 14 zu Art. 396 OR; CR-WERRO, N 12 zu Art. 396 OR; KuKo-SCHALLER, N 6 zu Art. 396 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4407.

1627 Statt vieler BSK-OSER/WEBER, N 13 f. zu Art. 396 OR; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 4407.

1628 So explizit BSK-OSER/WEBER, N 13 zu Art. 396 OR. Vgl. auch BK-FELLMANN, N 122 zu Art. 396 OR; CHK-GEHRER CORDEY/GIGER, N 13 zu Art. 396 OR.

vertreter voller Rechts- und Pflichtenträger und könne daher ohne Weiteres mit Wirkung für sich die in Art. 396 Abs. 3 OR genannten Geschäfte eingehen.¹⁶²⁹ Diese Auffassung verdient im Grundsatz Zustimmung. Denn die in Art. 396 Abs. 3 OR aufgezählten Geschäfte sind mehrheitlich rein obligatorischer Natur, und Verpflichtungen geht der indirekte Stellvertreter mit Wirkung für sich ein. Allerdings ist davon eine Ausnahme zu machen. Nach Art. 396 Abs. 3 OR ist bei der Veräußerung und Belastung von Grundstücken die Machtbefugnis des Beauftragten nämlich speziell zu begründen. Dies gilt meines Erachtens nicht nur für den Fall, in welchem der direkte Stellvertreter mit Wirkung für den Auftraggeber ein Verpflichtungsgeschäft, etwa einen Grundstückkaufvertrag oder einen Pfandvertrag, abschliesst,¹⁶³⁰ sondern vielmehr auch dann, wenn der indirekte Stellvertreter über ein Grundstück des Auftraggebers verfügen soll. Diesfalls bedürfte es nach Art. 396 Abs. 3 OR einer speziellen Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters, die die Form von Art. 657 Abs. 1 ZGB wahrt.¹⁶³¹

4. Zwischenergebnis

Kommt es zu Streitigkeiten über die Frage, ob der indirekte Stellvertreter fiduziarischer Rechtsinhaber oder Verfügungsermächtigter geworden ist, so ist eine Verfügungsermächtigung zu vermuten. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die nach der hier vertretenen Auffassung aus Art. 396 Abs. 2 OR hergeleitet werden kann und bei allen Grundverträgen indirekter Stellvertretung zum Tragen kommt. Bewiesen werden muss, dass die Qualifikationsmerkmale für ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung erfüllt sind, aus dem sich die Pflicht des indirekten Stellvertreters ergibt, über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen zu verfügen (Vermutungsbasis). Alsdann ist das Vorliegen einer Verfügungsermächtigung zu vermuten. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass der indirekte Stellvertreter nur bei Vorliegen einer spezifischen Abrede fiduziarischer Rechtsinhaber wird. Damit kann erklärt werden, weshalb der Verkaufskommissionär nach überwiegender Auffassung nicht Eigentümer des Kommissionsguts wird. Für den Dritten führt diese Vermutung ebenfalls zu einer Beweiserleichterung. Gelingt dem Dritten nämlich der Beweis der Vermutungsbasis, so muss er für einen gültigen Erwerb nicht die (abgeleitete) Verfügungsmacht seines Geschäftspartners (des indirekten Stellvertreters) nachweisen.

¹⁶²⁹ BSK-OSER/WEBER, N 13 zu Art. 396 OR.

¹⁶³⁰ Weiterführend dazu BK-FELLMANN, N 147 ff. zu Art. 396 OR.

¹⁶³¹ Siehe vorne Fn. 1280.

§5 Ergebnisse

- 511 Es gibt zwei Möglichkeiten, wie der indirekte Stellvertreter über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügen kann: entweder mittels einer Verfügungsermächtigung oder infolge eines vorgängigen fiduziarischen Erwerbs vom indirekt Vertretenen. In beiden Fällen handelt es sich um eigenständige rechtliche Konstruktionen, deren Anwendungsbereich zwar über die indirekte Stellvertretung hinausgeht, hier aber von besonders grosser Tragweite ist.
- 512 Die Verfügungsermächtigung verleiht dem ermächtigten indirekten Stellvertreter eine abgeleitete Verfügungsmacht an den fremden Vermögensgegenständen, die es ihm ermöglicht, eigengeschäftlich über die fremden Werte zu verfügen. Die materielle Berechtigung daran verbleibt hingegen beim ermächtigenden indirekt Vertretenen. Für den indirekt Vertretenen ist dies in zweierlei Hinsicht von Vorteil: Erstens fallen die rechtliche und die wirtschaftliche Berechtigung hier nicht auseinander, was die Risiken für den indirekt Vertretenen minimiert. Die Vermögensgegenstände werden beim Tod des indirekten Stellvertreters nämlich nicht zu Nachlassaktiven, und im Konkursfall kann der indirekt Vertretene die Werte aufgrund seiner weiterhin bestehenden materiellen Berechtigung aussondern. Zweitens ermöglicht die Verfügungsermächtigung dem indirekt Vertretenen ein situatives Vorgehen. So kann der indirekt Vertretene weiterhin selber über die Vermögensgegenstände verfügen oder die Verfügungsermächtigung – vorbehaltlich einer unwiderruflichen Ermächtigung – einschränken bzw. widerrufen. Hinsichtlich des Verfügungsobjekts führt die vorliegende Untersuchung zum Ergebnis, dass an allen einer Verfügung zugänglichen subjektiven Rechten eine Verfügungsermächtigung erteilt werden kann. Folglich ist die Verfügungsermächtigung eine echte Alternative zur fiduziarischen Übertragung. Allerdings muss hier zumeist der Rechtsinhaber offengelegt werden, wie das Beispiel der Übertragung einer Forderung des indirekt Vertretenen zeigt. In diesem Fall hat der indirekte Stellvertreter nämlich in der schriftlichen Zessionsurkunde den indirekt Vertretenen als Forderungsinhaber zu benennen. Will der indirekt Vertretene also absolut im Hintergrund bleiben, so ist die Verfügungsermächtigung für ihn nur bei beweglichen Sachen attraktiv, da diese auch ohne Offenlegung der rechtlichen Verhältnisse vom indirekten Stellvertreter übertragen werden können. Auch hinsichtlich des Verkehrsschutzes ergibt sich, dass dieser nur bei beweglichen Sachen im Rahmen von Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB besteht. Ein allgemeiner Gutglaubensschutz, welcher an die Kundgabe der Verfügungsermächtigung anknüpfen würde, existiert nicht. Dies könnte die Attraktivität der Verfügungsermächtigung im Rechtsverkehr schmälern.

Anders als bei der Verfügungsermächtigung kommt es beim fiduziarischen Erwerb zu einem Vollrechtserwerb des indirekten Stellvertreters. Der indirekte Stellvertreter ist dabei in der Ausübung des erworbenen Rechts lediglich obligatorisch durch die Abrede mit dem indirekt Vertretenen beschränkt. Zwar kann der indirekt Vertretene dadurch immer im Hintergrund bleiben, und auch für den Dritten ergibt sich daraus eine grössere Sicherheit – schliesslich erwirbt er hier vom Rechtsinhaber –, doch gleichzeitig bringt eine fiduziarische Übertragung auch erhebliche Risiken für den indirekt Vertretenen mit sich. So ist der fiduziarisch übertragene Wert im Konkurs des indirekten Stellvertreters Bestandteil der Konkursmasse, wobei aus dem Gesetz weder direkt noch analog ein Aussonderungsrecht des indirekt Vertretenen hergeleitet werden kann. Bisher hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein derartiges Aussonderungsrecht für das schweizerische Recht auch nicht etabliert, was zu kritisieren ist. Darüber hinaus können durch die zwei Übertragungsakte zusätzliche Kosten für den indirekt Vertretenen entstehen. Alsdann ist die Möglichkeit des indirekt Vertretenen, situativ zu reagieren, bei der fiduziarischen Übertragung generell eingeschränkt, da er nicht mehr Rechtsinhaber ist. 513

Bei Streitigkeiten über die Frage, ob der indirekte Stellvertreter fiduziarischer Rechtsinhaber oder Verfügungsermächtigter geworden ist, wird eine Verfügungsermächtigung vermutet. Dies ergibt sich aus Art. 396 Abs. 2 OR und gilt bei allen Grundverträgen indirekter Stellvertretung. Ausgenommen davon ist der Fall, in welchem es um die Übertragung eines Grundstücks des indirekt Vertretenen geht (vgl. Art. 396 Abs. 3 OR). Hier bedarf es einer spezifischen, öffentlich zu beurkundenden Verfügungsermächtigung. Sobald das Vorliegen eines Grundvertrags indirekter Stellvertretung bewiesen ist, aus dem sich die Pflicht des indirekten Stellvertreters ergibt, über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen zu verfügen (*Vermutungsbasis*), wird eine Verfügungsermächtigung des indirekten Stellvertreters vermutet. Von dieser Beweiserleichterung profitiert auch der Dritte, wenn er einen gültigen Erwerb vom indirekten Stellvertreter behauptet. Eine fiduziarische Übertragung hingegen ist nur bei einer entsprechenden Abrede zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen anzunehmen. 514

Kapitel 7

Rechtsinhaberschaft an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen

§1 Einleitung

Das vorliegende Kapitel ist den Rechtsverhältnissen an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen gewidmet. Denn zumeist wird der Drittvertrag den Dritten zur Erbringung einer sachlichen Leistung verpflichtet. Als unproblematisch erweist sich hierbei der Fall, in welchem das Forderungsrecht aus dem Drittvertrag zuvor auf den indirekt Vertretenen übergegangen ist (z.B. infolge von Art. 401 Abs. 1 OR). In diesem Fall erwirbt der indirekt Vertretene die Werte nämlich direkt vom Dritten, vorausgesetzt, er übt den erworbenen Leistungsanspruch aus.¹⁶³² Die Konstellation des Direkterwerbs infolge vorherigen Forderungsübergangs wird im Folgenden nicht weiter thematisiert, handelt es sich doch um einen gewöhnlichen Erwerbsvorgang. In der nachstehenden Diskussion wird vielmehr der umgekehrte Fall beleuchtet, in welchem die Forderung beim indirekten Stellvertreter verbleibt, sodass der Dritte seine Leistungspflicht mittels einer Verfügung zu Gunsten des indirekten Stellvertreters erfüllt.¹⁶³³ Denn diesfalls ist im rechtswissenschaftlichen Diskurs strittig, ob es zunächst immer zum Erwerb des indirekten Stellvertreters kommt oder ob auch Konstruktionen denkbar sind, die einen Direkterwerb durch den indirekt Vertretenen ermöglichen.¹⁶³⁴ Diese Frage soll im Folgenden geklärt werden. Thematisch ist das vorliegende Kapitel daher in zwei Hauptabschnitte gegliedert. Paragraph 2 handelt vom eigengeschäftlichen Erwerb durch den indirekten Stellvertreter und der Weiterübertragung der erworbenen Werte auf den indirekt Vertretenen (Rn. 517 ff.). Anschliessend werden in Paragraph 3 die verschiedenen Möglichkeiten zur Begründung eines Direkterwerbs durch den indirekt Vertretenen

¹⁶³² Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 205.

¹⁶³³ Vgl. ferner MINNIG, Grundfragen, N2.19. Vgl. auch vorne Rn. 52 ff.

¹⁶³⁴ Vgl. etwa LOHER, Kommissionsgut, S. 923 *in fine*, S. 924 ff.

im Ausnahmefall diskutiert (Rn. 537 ff.). Zum Schluss werden die Ergebnisse zusammengefasst (Rn. 553 ff.).

- 516 Nicht im Fokus der nachstehenden Ausführungen steht der Fall, in welchem die sachliche Leistung des Dritten in Form von Geld zu erbringen ist. Handelt es sich hierbei nämlich um Bargeld, so erwirbt der indirekte Stellvertreter regelmässig durch Vermischung mit seinem eigenen Geld Alleineigentum daran.¹⁶³⁵ Sofern es um Buchgeld geht, ergibt sich die Berechtigung des indirekten Stellvertreters aus der Gutschrift auf seinem Konto.¹⁶³⁶ Seiner Ablieferungspflicht gegenüber dem indirekt Vertretenen wiederum kommt der indirekte Stellvertreter durch Übertragung von Geld im Wert der geschuldeten Summe nach.¹⁶³⁷ Nachfolgend geht es also um den Erwerb individualisierter Vermögensgegenstände (Sachen, Forderungen gegen Dritte usw.), wobei der Schwerpunkt auf dem Erwerb beweglicher Sachen vom Dritten liegt. Ausgeklammert bleiben wertpapierrechtliche Besonderheiten.

§2 Rechtserwerb des indirekten Stellvertreters

1. Das Prinzip der «zwei Übertragungsakte» beim Erwerb vom Dritten

- 517 Bei der indirekten Stellvertretung erwirbt der indirekte Stellvertreter die Vermögensgegenstände vom Dritten zu *vollem Recht*.¹⁶³⁸ Der Erwerb durch den indirekten Stellvertreter ist dabei folgendermassen zu erklären: Auf Verfügungsebene ist immer dann ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Verfügungsvertrag) anzunehmen, wenn der Verfügende sein Recht zwecks Übertragung auf eine andere Person aufgibt.¹⁶³⁹ Konkret bedeutet das, dass zur Übertragungserklärung des verfügenden Dritten eine korrespondierende Erwerbserklärung des indirekten Stellvertreters hinzutritt, die er mit Wirkung für sich abgibt.¹⁶⁴⁰ Folglich kommt der Verfügungsvertrag zwischen dem indirekten

1635 Vgl. BGE 47 II 267 E. 2 S. 270 f.; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 204. Weiterführend zur Vermischung von Geld ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 83 ff. zu Art. 727 ZGB.

1636 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2313.

1637 Vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 13 zu Art. 401 OR. Vgl. ferner auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2289 f.; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, OR AT, N 10.03.

1638 Vgl. etwa BERGER, Kommissionsgeschäft, S. 32 ff.; BK-GAUTSCHI, N 1b zu Art. 434 OR; BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; LOHER, Kommissionsgut, S. 924; MüKo-HÄUSER, N 99 zu § 383 HGB. Unzutreffend SECRETAN, limites, S. 132.

1639 Siehe vorne Rn. 53 f.

1640 Vgl. vorne Rn. 54.

Stellvertreter und dem Dritten zustande.¹⁶⁴¹ Dessen rechtszuordnungsändernde Wirkung tritt somit beim indirekten Stellvertreter ein, der das Recht erwirbt.¹⁶⁴² Dieser Mechanismus gilt für sämtliche Übertragungsvorgänge, unabhängig von der Art des Vermögensgegenstandes. Allerdings müssen darüber hinaus noch die für den jeweiligen Vermögensgegenstand geltenden Anforderungen erfüllt sein. So bedarf es zur Übereignung beweglicher Sachen noch der Besitzübertragung auf den indirekten Stellvertreter (Art. 714 Abs. 1 ZGB) oder zur Übertragung einer gegen einen Vierten gerichteten Forderung einer schriftlichen Abtretungserklärung (Art. 165 Abs. 1 OR), die den indirekten Stellvertreter als Zessionar nennt.¹⁶⁴³

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, dass ein Direkterwerb durch den indirekt Vertretenen prinzipiell ausscheidet. Vielmehr bedarf es im Anschluss an den Erwerb des indirekten Stellvertreters eines weiteren Übertragungsaktes, diesmal ausgehend vom indirekten Stellvertreter.¹⁶⁴⁴ In Erfüllung seiner Ablieferungspflicht aus dem Grundverhältnis hat der indirekte Stellvertreter nämlich den erworbenen Vermögensgegenstand auf den indirekt Vertretenen weiter zu übertragen.¹⁶⁴⁵ Die Ablieferungspflicht ist also eine Pflicht zur Rechtsübertragung.¹⁶⁴⁶ Es rechtfertigt sich daher, vom Prinzip der *«zwei Übertragungsakte»* beim Erwerb vom Dritten zu sprechen. Da der indirekte Stellvertreter durch das Grundverhältnis in der soeben beschriebenen Weise in seinem Rechtserwerb obligatorisch beschränkt ist, sind hier zugleich die Definitionsmerkmale der Treuhand erfüllt.¹⁶⁴⁷ Es handelt sich um eine Verwaltungstreuhand, die durch mittelbare Treugutsbegründung (Erwerbstreuhand) entsteht.

Für den indirekt Vertretenen bringt der soeben beschriebene Mechanismus gewisse Nachteile mit sich. Erstens ist er im Zeitraum der Rechtsinhaberschaft des indirekten Stellvertreters dem Risiko von dessen Konkurs ausgesetzt.¹⁶⁴⁸ Der Gesetzgeber hat dieses Risiko für den indirekt Vertretenen allerdings insoweit abgefedert, als er dem indirekt Vertretenen zumindest

1641 Vgl. etwa BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; LOHER, Kommissionsgut, S. 924; ferner MüKo-HÄUSER, N 99 zu § 383 HGB.

1642 Vgl. ferner BSK-LENZ/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; LOHER, Kommissionsgut, S. 924.

1643 Vgl. BGer 4A_164/2010 vom 6. Juli 2010, E. 4.1; BSK-GIRSBERGER/HERMANN, N 2 zu Art. 165 OR; CHK-REETZ/BURRI, N 2 zu Art. 165 OR.

1644 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 924; ZUFFEREY, représentation indirecte, N 155.

1645 Siehe vorne Rn. 205. Vgl. auch BK-GAUTSCHI, N 1b zu Art. 434 OR.

1646 Vgl. LOHER, Kommissionsgut, S. 924.

1647 Siehe vorne Rn. 175 ff.

1648 Siehe vorne Rn. 248. Exemplarisch LOHER, Kommissionsgut, S. 926.

hinsichtlich beweglicher Sachen – und nach der hier vertretenen Auffassung auch bei Forderungsrechten gegen Vierte – ein irreguläres Aussonderungsrecht gewährt (Art. 401 Abs. 2 und 3 OR).¹⁶⁴⁹ Zweitens können ihm aus der doppelten Übertragung zusätzliche Kosten entstehen. Beim Erwerb von Immobilien in indirekter Stellvertretung wäre etwa an die doppelten Eintragungskosten, die doppelten Handänderungsgebühren und die doppelten Notariatskosten zu denken.¹⁶⁵⁰

2. Besonderheiten beim Erwerb beweglicher Sachen

a. Weiterübertragung auf den indirekt Vertretenen durch Besitzeskonstitut

520 Hat der indirekte Stellvertreter vom Dritten eine bewegliche Sache zu Eigentum erworben, so setzt deren Weiterübertragung eine dingliche Einigung zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen sowie den Übergang des Besitzes auf den indirekt Vertretenen (vgl. Art. 714 Abs. 1 ZGB) voraus.¹⁶⁵¹ Infolge des Kausalitätsprinzips bedarf es zusätzlich eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts, in Erfüllung dessen (*causa solvendi*) es zur Eigentumsübertragung auf den indirekt Vertretenen kommt.¹⁶⁵² Gemeint ist hiermit das Grundverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen. Denn den Rechtsgrund der Eigentumsübertragung bildet die auf dem Grundverhältnis basierende Ablieferungspflicht des indirekten Stellvertreters.¹⁶⁵³

521 Die Besitzübertragung auf den indirekt Vertretenen erfolgt i.d.R. durch körperliche Übergabe der Sache selbst (vgl. Art. 922 Abs. 1 ZGB). Dieser Realakt tritt als ein zusätzliches Element zur dinglichen Einigung hinzu.¹⁶⁵⁴ Möglich ist aber auch eine Besitzübertragung ohne physische Übergabe der Sache durch ein *Besitzeskonstitut* (vgl. Art. 924 Abs. 1 ZGB). Beim Besitzeskonstitut gibt der bisherige selbständige Besitzer seinen selbständigen Besitz auf und wird zum unselbständigen Besitzer, der für den neuen selbständigen Besitzer die unmittelbare Sachherrschaft ausübt.¹⁶⁵⁵ Die Besitzübertragung basiert

1649 Siehe vorne Rn. 269 ff., insbesondere auch Rn. 277.

1650 ZUFFEREY, *représentation indirecte*, N 155, m.w.H.

1651 Vgl. vorne Rn. 58 ff.

1652 Grundlegend BGE 55 II 302 E. 2 S. 306 ff.; bestätigt etwa in BGE 84 III 141 E. 3 S. 154; BGE 93 II 373 E. 1b S. 375 *in fine*, S. 376 *in initio*; BGE 114 II 45 E. 4c S. 49; BGE 121 III 345 E. 2a S. 347.

1653 Zutreffend BK-GAUTSCHI, N 1b zu Art. 434 OR.

1654 Siehe vorne Rn. 60 *in fine*.

1655 Weiterführend etwa BK-STARK/LINDENMANN, N 44 ff. zu Art. 924 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 22 ff. zu Art. 924 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 434 ff.; SCHMID, Traditionsprinzip, S. 68.

hier auf einer Vereinbarung.¹⁶⁵⁶ Voraussetzung für diese Form der Besitzübertragung ist, dass zwischen dem Übertragenden und dem Erwerber ein besonderes Rechtsverhältnis vorliegt, das die Grundlage für den verbleibenden unselbständigen und unmittelbaren Besitz des Übertragenden bildet.¹⁶⁵⁷ Liegt also zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen ein solches besonderes Rechtsverhältnis vor, namentlich ein Hinterlegungsvertrag, so können die Parteien einen Besitzübergang ohne physische Übergabe der Sache vereinbaren.¹⁶⁵⁸ Das Eigentum würde damit bereits zu einem Zeitpunkt, wo die Sachherrschaft noch beim indirekten Stellvertreter liegt, auf den indirekt Vertretenen übergehen.

Zusammen mit dem dinglichen Vertrag kann das Besitzkonstitut aber auch *antizipiert* vereinbart werden, d.h. noch bevor der indirekte Stellvertreter vom Dritten Eigentum und Besitz an der Sache erworben hat.¹⁶⁵⁹ In diesem Fall beschränkt sich der Erwerb des indirekten Stellvertreters auf eine *logische Sekunde*, da es sogleich zu einer Weiterübertragung auf den indirekt Vertretenen kommt.¹⁶⁶⁰ Voraussetzung für den gültigen Abschluss eines antizipierten Besitzkonstituts ist wiederum das Vorliegen eines *besonderen Rechtsverhältnisses* zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen.¹⁶⁶¹

Da das wirtschaftliche Interesse an der vom Dritten erworbenen beweglichen Sache beim indirekt Vertretenen liegt, besteht im rechtswissenschaftlichen Diskurs ein gewisses Bestreben, den Eigentumserwerb des indirekten Stellvertreters zeitlich auf ein Minimum zu beschränken. So findet sich

1656 BSK-ERNST/ZOGG, N 1 zu Art. 924 ZGB. BK-STARK/LINDENMANN, N 64 ff. zu Art. 924 ZGB, m.w.H.

1657 Siehe BK-STARK/LINDENMANN, N 52 ff. zu Art. 924 ZGB; SCHMID, Traditionsprinzip, S. 69.

1658 Vgl. z.B. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 204; LEMP, Kommissionsware, S. 329 ff.; LOHER, Kommissionsgut, S. 925 f.; ZUFFEREY, transfert, S. 310 f. Bisweilen wird auch ein Eigentumsübergang durch *Insichkonstitut* für zulässig erklärt (BSK-ERNST/ZOGG, N 24 zu Art. 924 ZGB; LEMP, Kommissionsware, S. 335 ff.). Beim *Insichkonstitut* schliesst der indirekte Stellvertreter quasi als direkter Stellvertreter des indirekt Vertretenen das Besitzkonstitut mit sich selber ab. Es braucht also keine eigene Willenserklärung des indirekt Vertretenen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Figur des *Insichkonstituts* bei der indirekten Stellvertretung abzulehnen, da nicht davon ausgegangen werden darf, der indirekte Stellvertreter verfüge über eine entsprechende Vollmacht zum Abschluss des *Insichkonstituts* (so auch ZUFFEREY, transfert, S. 311). Die Theorie vom *Insichkonstitut* basiert vielmehr auf einer nicht zu rechtfertigenden Vermischung der beiden Arten der Stellvertretung.

1659 Vgl. HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 204 *in fine*; LEMP, Kommissionsware, S. 333; LOHER, Kommissionsgut, S. 925 f.; ZUFFEREY, transfert, S. 311 *in fine*, S. 312 *in initio*. Zur Anerkennung des *antizipierten Besitzkonstituts* im schweizerischen Recht etwa BK-STARK/LINDENMANN, N 46 zu Art. 924 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 436.

1660 Vgl. auch LOHER, Kommissionsgut, S. 926; ZUFFEREY, transfert, S. 312.

1661 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 46 zu Art. 924 ZGB.

vereinzelt die Auffassung, dass das besondere Rechtsverhältnis, welches im Fall der Eigentumsübertragung mittels (antizipiertem) Besitzeskonstitut die Dispensation von der *traditio* rechtfertigt, bereits im Kommissionsvertrag respektive im Grundverhältnis indirekter Stellvertretung zu erblicken sei.¹⁶⁶² Dadurch könne in allen Fällen indirekter Stellvertretung ein antizipiertes Besitzeskonstitut angenommen und der Eigentumserwerb des indirekten Stellvertreters so auf eine logische Sekunde beschränkt werden.¹⁶⁶³ Die Vertreter dieser Ansicht verkennen jedoch vollkommen, dass das Grundverhältnis den indirekten Stellvertreter zur Ablieferung der in seinem Besitz befindlichen beweglichen Sachen verpflichtet und somit einen unselbständigen, unmittelbaren Besitz des indirekten Stellvertreters gerade nicht zu rechtfertigen vermag.¹⁶⁶⁴ Folglich ist ein Eigentumserwerb des indirekt Vertretenen durch Besitzeskonstitut nur dann denkbar, wenn zusätzlich zum Grundverhältnis noch ein besonderes weiteres Rechtsverhältnis (z.B. ein Hinterlegungsvertrag) zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem indirekt Vertretenen besteht.¹⁶⁶⁵

524 In diesem Zusammenhang drängt sich noch eine weitere Richtigstellung auf. In der Literatur wird der Eigentumserwerb des indirekt Vertretenen mittels Besitzeskonstitut häufig als ein Anwendungsfall des Direkterwerbs durch den indirekt Vertretenen gewertet.¹⁶⁶⁶ Das stimmt nicht. Denn auch dann, wenn der indirekt Vertretene mittels antizipiertem Besitzeskonstitut sogleich das Eigentum erwirbt, liegen dennoch *zwei Sukzessionen* vor, wobei der Erwerb des indirekten Stellvertreters demjenigen des indirekt Vertretenen während einer logischen Sekunde vorausgeht.¹⁶⁶⁷ Es kann also nicht von einem Direkterwerb des indirekt Vertretenen gesprochen werden.

525 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Eigentumsübergang vom indirekten Stellvertreter auf den indirekt Vertretenen nicht nur durch physische Übergabe der Sache, sondern vielmehr auch durch ein Besitzeskonstitut vollzogen werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass zusätzlich zum Grundverhältnis ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und

1662 JENNY, Warenkommission, S. 41; MüKo-HÄUSER, N 104 zu § 383 HGB; REICHSTEIN, Kommissionserlös, S. 219.

1663 Vgl. REICHSTEIN, Kommissionserlös, S. 219. A.A. MELI, Kommissionserlös, S. 39 f.

1664 So schon LOHER, Kommissionsgut, S. 926; MELI, Kommissionserlös, S. 39 f.

1665 Zutreffend etwa HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 204; LOHER, Kommissionsgut, S. 926.

1666 Etwa BK-FELLMANN, N 100 zu Art. 401 OR; BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 37 zu Art. 32 OR; BSK-LENZ / VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; CHK-PFENNINGER, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY / VON PLANTA, N 3 zu Art. 434 OR; KuKo-VLCEK, N 2 zu Art. 434 OR; OFK-MOSKRIC, N 2 zu Art. 434 OR.

1667 Vgl. HINDERLING, SPR V/1, S. 436; VON TUHR, AT BGB II/2, S. 349.

dem indirekt Vertretenen vorhanden ist, welches den Verbleib der unmittelbaren Sachherrschaft beim indirekten Stellvertreter zu rechtfertigen vermag.

b. Gutgläubiger Erwerb vom Dritten
(Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB)

aa. Ausgangslage und Problemstellung

Verfügt der Dritte zu Gunsten des indirekten Stellvertreters über eine bewegliche Sache, ohne jedoch die entsprechende Verfügungsmacht daran innezuhaben, so kann der indirekte Stellvertreter unter den Voraussetzungen von Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB Eigentümer der Sache werden und alsdann dem indirekt Vertretenen die Sache gültig weiter übertragen. Der gute Glaube des Erwerbers vermag nämlich – sofern es um anvertraute bewegliche Sachen geht – die fehlende Verfügungsmacht des Veräusserers zu heilen.¹⁶⁶⁸ Da aber der indirekte Stellvertreter die Sache zwecks anschliessender Weiterübertragung auf den indirekt Vertretenen erwirbt, stellt sich die Frage nach dem Einfluss eines allfälligen bösen Glaubens des indirekt Vertretenen oder aber auch des indirekten Stellvertreters auf die Gültigkeit der zwei Sukzessionen.¹⁶⁶⁹ Von Relevanz ist diese Frage aber nur, wenn das Wissen der beiden divergiert. Sind hingegen beide bösgläubig, so kommt ein gültiger Erwerb bei keiner der zwei Sukzessionen in Frage.¹⁶⁷⁰ Im Folgenden ist also zu klären, ob *einerseits* der böse Glaube des indirekten Stellvertreters einem späteren gutgläubigen Erwerb des indirekt Vertretenen entgegensteht (Rn. 530) und ob *andererseits* der böse Glaube des indirekt Vertretenen zu berücksichtigen ist, wenn der indirekte Stellvertreter selber gutgläubig ist (Rn. 531 ff.). Um die Vorgänge bei der indirekten Stellvertretung besser verstehen zu können, erfolgt vorab eine Auseinandersetzung mit dem gutgläubigen Erwerb in direkter Stellvertretung (sogleich Rn. 527 f.).

bb. Vorab: Zur Wissenszurechnung bei der direkten Stellvertretung

Bei der direkten Stellvertretung treten die Wirkungen, die das Gesetz an den guten Glauben des Erwerbers knüpft, nur ein, wenn sowohl der direkte Stellvertreter als auch der direkt Vertretene hinsichtlich der Verfügungsmacht des veräussernden Besitzers gutgläubig sind.¹⁶⁷¹ Der direkt Vertretene muss

1668 Ausführlich zu den Voraussetzungen von Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB vorne Rn. 432 f.

1669 Vgl. etwa auch BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 58 zu Art. 714 ZGB.

1670 Vgl. Art. 933 ZGB.

1671 Z.B. BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 132 *in fine* zu Art. 32 OR; BSK-ERNST/ZOGG, N 41 zu Art. 933 ZGB; BSK-WATTER, N 25 zu Art. 32 OR; CHK-ARNET/EITEL, N 8 zu Art. 933 ZGB; GAUCH/

sich demnach das Wissen bzw. das Wissenmüssen des direkten Stellvertreters zurechnen lassen.¹⁶⁷² Begründet wird diese Wissenszurechnung mit der Repräsentationstheorie, wonach allein der direkte Stellvertreter den rechtsgeschäftlichen Willen bildet und als Erklärung mit Wirkung für den direkt Vertretenen abgibt.¹⁶⁷³ Daraus folge nämlich, dass sämtliche subjektiven Elemente, wie etwa das Wissen bzw. das Nichtwissen, für eine gültige Willenserklärung beim direkten Stellvertreter vorliegen müssen.¹⁶⁷⁴ Obgleich es der direkte Stellvertreter ist, der die Willenserklärung abgibt, besteht jedoch Einigkeit darüber, dass das Kennen bzw. das Kennenmüssen des direkt Vertretenen nicht ausser Acht gelassen werden darf, sondern es vielmehr auch seiner Gutgläubigkeit bedarf.¹⁶⁷⁵ Die Mitberücksichtigung des Wissens des direkt Vertretenen wird zumeist aus Billigkeits- und Zweckmässigkeitsüberlegungen hergeleitet.¹⁶⁷⁶ Schliesslich soll der Bösgläubige nicht durch Verschieben eines gutgläubigen Vertreters Eigentum erwerben können.¹⁶⁷⁷

528 Diese Lösung ist im Ergebnis überzeugend. Allerdings kann der Begründung hier nicht vollends gefolgt werden. Denn offenbar wird supponiert, die Repräsentationstheorie stehe einer Berücksichtigung des Wissens des direkt Vertretenen entgegen, was als stossend empfunden und anschliessend durch Billigkeits- und Zweckmässigkeitsüberlegungen korrigiert wird.¹⁶⁷⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung spielt die Repräsentationstheorie bei der Wissenszurechnung aber nur eine untergeordnete Rolle.¹⁶⁷⁹ Vielmehr steht hinter der

SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N1448; HINDERLING, SPR V/1, S. 486; LIVER, SPR V/1, S. 326 *in fine*; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N41.13; VON TUHR/PETER, OR AT, S. 393 f.; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 58 zu Art. 714 ZGB; ZK-KLEIN, N 23 zu Art. 32 OR. Zur Wissenszurechnung über den Anwendungsbereich des gutgläubigen Erwerbs hinaus siehe FOURNIER, *connaissance*, N 239 ff.

1672 BSK-WATTER, N 5 zu Art. 32 OR; CHK-KUT, N 13 zu Art. 32 OR; ZK-KLEIN, N 23 zu Art. 32 OR. Siehe bezogen auf Willensmängel BGer 4A_303/2007 vom 29. November 2007, E. 3.4.3.

1673 Siehe STOFFEL, *Zurechnung*, S. 59; WALTER, *Wissenszurechnung*, S. 169 ff.; ZK-KLEIN, *Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR*, N 139 sowie N 23 zu Art. 32 OR. Vgl. auch BGer 4A_303/2007 vom 29. November 2007, E. 3.4.3.

1674 So explizit etwa ZK-KLEIN, *Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40 OR*, N 139. Vgl. BGer 4A_303/2007 vom 29. November 2007, E. 3.4.3.

1675 Siehe die Literaturnachweise vorne in Fn. 1671. Teilweise a.A. BUCHER, OR AT, S. 631, der eine Kumulation des Wissens nur bei einer Spezialvollmacht annimmt.

1676 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 41.13; WALTER, *Wissenszurechnung*, S. 172.

1677 SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 41.13; STOFFEL, *Zurechnung*, S. 65; WALTER, *Wissenszurechnung*, S. 172.

1678 Vgl. WALTER, *Wissenszurechnung*, S. 172 ff.

1679 Kritisch zur Repräsentationstheorie als allgemeiner Zurechnungsregel WALTER, *Wissenszurechnung*, S. 172 ff.

Addition des Wissens des direkt Vertretenen und des direkten Stellvertreters ein ganz anderer Gedanke, nämlich jener der *«erweiterten Geschäftsfähigkeit»*. Die Vollmacht verleiht dem direkten Stellvertreter nämlich die Machtbefugnis, eine fremde Rechtssphäre (jene des direkt Vertretenen) rechtsgeschäftlich zu gestalten.¹⁶⁸⁰ Damit wird seine Geschäftsfähigkeit über den eigenen Rechtskreis hinaus erweitert.¹⁶⁸¹ Schliesst der direkte Stellvertreter im Namen des direkt Vertretenen ein Geschäft ab, so fungiert er zwar als Entscheidungsträger des Geschäfts, weshalb es auch auf sein Wissen ankommt, doch macht er dabei nicht von seiner eigenen Geschäftsfähigkeit Gebrauch, sondern übt die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers aus.¹⁶⁸² Die logische Konsequenz daraus ist, dass das Wissen des direkten Stellvertreters dem direkt Vertretenen zugerechnet wird und sodann das Wissen des Vertretenen gleichsam hinzuaddiert wird. Die soeben getätigten Ausführungen verdeutlichen einmal mehr die Bedeutung der zu Beginn dieser Untersuchung vorgenommenen Systematisierung der Machtbefugnisse im Kontext der Zustimmungsgeschäfte.

cc. Einfluss der Bösgläubigkeit eines Beteiligten bei der indirekten Stellvertretung

Der indirekten Stellvertretung hingegen liegen andere Vorgänge zugrunde. Hier erwirbt der indirekt Vertretene nämlich nicht unmittelbar vom Dritten, sondern vom indirekten Stellvertreter.¹⁶⁸³ Es kommt zu zwei zeitlich aufeinander folgenden Sukzessionen.¹⁶⁸⁴ Der Gedanke der *«erweiterten Geschäftsfähigkeit»* spielt hier keine Rolle, sodass eine Wissenszurechnung nicht in Frage kommt.¹⁶⁸⁵ Vielmehr muss bei der indirekten Stellvertretung der Einfluss des bösen Glaubens des indirekten Stellvertreters gesondert vom Fall untersucht werden, in welchem der indirekt Vertretene, nicht aber der indirekte Stellvertreter, bösgläubig war. Dazu im Einzelnen Folgendes:

- Zunächst stellt sich die Frage, ob der *böse Glaube des indirekten Stellvertreters* einen späteren gutgläubigen Erwerb des indirekt Vertretenen ausschliesst. Selbstverständlich kann der indirekte Stellvertreter, der von der fehlenden Verfügungsmacht des Dritten weiss bzw. wissen sollte,

1680 Siehe vorne Rn. 73 ff.

1681 Siehe vorne Rn. 74.

1682 Vgl. ferner STOFFEL, Zurechnung, S. 69 ff.

1683 Siehe vorne Rn. 518.

1684 Siehe vorne Rn. 517 ff.

1685 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 8 zu Art. 933 ZGB; FOURNIER, connaissance, N 49; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 58 zu Art. 714 ZGB.

nicht für seine Person erwerben.¹⁶⁸⁶ Lässt er sich aber trotz seiner Bösgläubigkeit die bewegliche Sache vom Dritten übertragen, so fungiert er im Verhältnis zum indirekt Vertretenen seinerseits als ein Nichtberechtigter, von dem der indirekt Vertretene kraft des Gutgläubensschutzes Eigentum erwerben kann.¹⁶⁸⁷ Dies, weil der böse Glaube des indirekten Stellvertreters dem indirekt Vertretenen nicht zuzurechnen ist.¹⁶⁸⁸ Insbesondere in der älteren Literatur ist diese Lösung bisweilen bestritten worden.¹⁶⁸⁹ So plädiert etwa HOMBERGER dafür, bei der Zurechnung des bösen Glaubens des Vertreters nicht zwischen direkter und indirekter Stellvertretung zu differenzieren und in beiden Fällen einen gutgläubigen Erwerb des Vertretenen zu verneinen.¹⁶⁹⁰ Diese Ansicht ist abzulehnen, verkennt sie doch die strukturellen Unterschiede zwischen der direkten und der indirekten Stellvertretung. Denn die Wissenszurechnung bei der direkten Stellvertretung ist – wie soeben gezeigt wurde – eine Konsequenz daraus, dass der direkte Stellvertreter die ihm verliehene «*erweiterte Geschäftsfähigkeit*» ausübt.¹⁶⁹¹ Demgegenüber handelt der indirekte Stellvertreter aus eigener Geschäftsfähigkeit.¹⁶⁹² Auch darf es meines Erachtens für das Ergebnis keinen Unterschied machen, ob der indirekte Stellvertreter vom Dritten die Sachleistung verlangt und anschliessend auf den indirekt Vertretenen weiter überträgt («*Prinzip der zwei Übertragungsakte*») oder ob zuvor das Forderungsrecht aus dem Drittvertrag per (Legal-)Zession auf den indirekt Vertretenen übertragen wurde. In letztgenannter Konstellation könnte der indirekt Vertretene nämlich ohne Weiteres unmittelbar vom Dritten gutgläubig erwerben. Folglich schliesst die Bösgläubigkeit des indirekten Stellvertreters einen anschliessenden gutgläubigen Erwerb des indirekt Vertretenen nicht aus.

- 531 — Zu untersuchen bleibt, welchen Einfluss die *mala fides des indirekt Vertretenen* hat. Konkret stellt sich also die Frage, ob ein Eigentumserwerb des indirekt Vertretenen stattfinden kann, wenn nur der indirekte Stellver-

1686 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; STOFFEL, Zurechnung, S. 132.

1687 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; CHOU, Wissen, N 124.

1688 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; DROIN, représentation indirecte, S. 92.

1689 HINDERLING, SPR V/1, S. 486; STOFFEL, Zurechnung, S. 133 ff.; ZK-HOMBERGER, N 35 zu Art. 933 ZGB.

1690 ZK-HOMBERGER, N 35 zu Art. 933 ZGB.

1691 Siehe vorne Rn. 528.

1692 Siehe vorne Rn. 91 ff.

treter gutgläubig ist, nicht aber der indirekt Vertretene.¹⁶⁹³ Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst darzulegen, wie das Ergebnis aussähe, wenn die beiden Sukzessionen vollständig unabhängig voneinander betrachtet würden:

In diesem Fall könnte der gutgläubige indirekte Stellvertreter wie jeder andere für seine Person vom Nichtberechtigten erwerben.¹⁶⁹⁴ Ist dem indirekten Stellvertreter nämlich die Nichtberechtigung des Dritten unbekannt und muss sie ihm auch nicht bekannt sein, so würde er infolge seines guten Glaubens Eigentümer der vom Dritten stammenden beweglichen Sache (vgl. Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB). Da die Wirkungen dieses ersten Übertragungsaktes beim indirekten Stellvertreter eintreten, käme es auch ausschliesslich auf sein Wissen an.¹⁶⁹⁵ Folglich könnte der Bösgläubigkeit des indirekt Vertretenen erst auf Stufe des zweiten Übertragungsaktes Rechnung getragen werden. Hier spielt sein Wissen aber gar keine Rolle mehr. Schliesslich ist der indirekte Stellvertreter zuvor Eigentümer der Sache geworden und verfügt im Verhältnis zum indirekt Vertretenen als Berechtigter.¹⁶⁹⁶ Dies hätte grundsätzlich zur Folge, dass die Bösgläubigkeit des indirekt Vertretenen völlig unbeachtlich bliebe und somit die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB) mittels indirekter Stellvertretung umgangen werden könnten.¹⁶⁹⁷ Zur Behebung dieser unbefriedigenden Situation greift die Literatur auf das Institut des Rechtsmissbrauchs zurück und schützt den *Erwerb des indirekt Vertretenen* nicht, wenn er sich des indirekten Stellvertreters bedient, um die Rechtsfolgen seines bösen Glaubens zu umgehen.¹⁶⁹⁸

Ein Rückgriff auf das Institut des Rechtsmissbrauchs¹⁶⁹⁹ erscheint in der Tat angezeigt. Schliesslich wäre es stossend, wenn der indirekt

1693 Siehe auch STOFFEL, Zurechnung, S. 136 ff.

1694 BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; FOURNIER, connaissance, N 499; STOFFEL, Zurechnung, S. 138; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 58 zu Art. 714 ZGB. Vgl. auch BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB.

1695 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB. In diesem Sinne wohl SCHILKEN, Wissenszurechnung, S. 154.

1696 FOURNIER, connaissance, N 499. Vgl. auch BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; CHOU, Wissen, N 123; STOFFEL, Zurechnung, S. 139.

1697 Vgl. FOURNIER, connaissance, N 499; ferner BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB.

1698 Z.B. BK-STARK/LINDENMANN, N 76 zu Art. 933 ZGB; BSK-ERNST/ZOGG, N 42 zu Art. 933 ZGB; CHK-ARNET/EITEL, N 8 zu Art. 933 ZGB; CHOU, Wissen, N 123; STOFFEL, Zurechnung, S. 138 ff., insbesondere S. 143 *in fine*; SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 1425; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 58 zu Art. 714 ZGB. Vgl. auch ZUFFEREY, représentation indirecte, N 95.

1699 Ausführlich zum Begriff des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB HUWILER, Rechtsverwirklichung, S. 74 ff.

Vertretene durch Vorschieben eines redlichen indirekten Stellvertreters die an ein bestimmtes Wissen geknüpften Rechtsfolgen umgehen könnte.¹⁷⁰⁰ Allerdings muss der soeben beschriebenen Ansicht insofern widersprochen werden, als sie den Rechtsmissbrauch erst auf Stufe des zweiten Übertragungsaktes verortet, indem sie den Erwerb des indirekt Vertretenen vom indirekten Stellvertreter als missbräuchlich qualifiziert.¹⁷⁰¹ Denn dies hätte zur Folge, dass das Eigentum an der Sache dauerhaft beim indirekten Stellvertreter verbleibt, statt dass er den Besitz wie i.d.R. auf den indirekt Vertretenen überträgt. Dadurch fiel das Eigentum einer Person zu, deren wirtschaftliches Interesse gar nie auf einen dauerhaften Erwerb gerichtet war,¹⁷⁰² während gleichzeitig der frühere Eigentümer seines Eigentums verlustig ginge. Nach meinem Dafürhalten führt diese Konstruktion zu einem Ergebnis, das mit der wirtschaftlichen Interessenlage nicht vereinbar ist. Das Institut des gutgläubigen Erwerbs begünstigt im Interesse des Güterausstausches den Erwerber und schützt ihn in seinem Vertrauen auf die Legitimationsfunktion des Besitzes.¹⁷⁰³ Als Konsequenz daraus verliert der frühere Eigentümer zwangsläufig sein Eigentumsrecht.¹⁷⁰⁴ Die Vergangenheit wird also quasi bedeutungslos.¹⁷⁰⁵ Dahinter steht der Gedanke, dass bei beweglichen Sachen die dinglichen Rechte durch den Besitz nach aussen treten.¹⁷⁰⁶ Diese für den früheren Eigentümer einschneidende Folge ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn auch das wirtschaftliche Interesse des Erwerbers auf den Erwerb der Sache gerichtet war und folglich die wirtschaftlichen Interessen mit den rechtlichen Gegebenheiten koordiniert werden. Dem trägt die von der Lehre vorgeschlagene Lösung aber nicht Rechnung. Schliesslich ist der Erwerb des indirekten Stellvertreters nur ein vorübergehender. Sachgerecht wäre vielmehr, den Rechtsmissbrauch bereits auf Ebene des ersten Übertragungsaktes zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten zu berücksichtigen, sodass der böse Glaube des indirekt Vertretenen – und wirtschaftlich Berechtigten – bereits einen gutgläubigen

1700 Vgl. WALTER, Wissenszurechnung, S.172 *in initio*.

1701 Siehe die Nachweise vorne in Fn. 1698.

1702 Vgl. vorne Rn. 15 ff.

1703 BK-STARK/LINDENMANN, N 6 zu Art. 933 ZGB; HINDERLING, SPR V/1, S. 472; OFK-SCHMID / VON GRAFFENRIED, N 11 zu Art. 933 ZGB. Zur Rechtfertigung des Instituts des gutgläubigen Erwerbs siehe die ausführliche Diskussion bei REICHEL, Gutgläubigkeit, S. 175 ff.

1704 Siehe vorne Rn. 432 f.

1705 BSK-ERNST/ZOGG, N 2 zu Art. 933 ZGB.

1706 ZK-HOMBERGER, N 2 zu Art. 933 ZGB.

Erwerb des indirekten Stellvertreters ausschliesst.¹⁷⁰⁷ Diese Lösung orientiert sich am Gedanken des *Durchgriffs*.¹⁷⁰⁸ Die rechtliche Selbständigkeit der beiden Sukzessionen wird hier ausnahmsweise ausgeblendet und es wird allein auf die wirtschaftliche Realität abgestellt. Damit kommt es im Fall der Bösgläubigkeit des indirekt Vertretenen im Ergebnis zur gleichen Rechtsfolge wie bei der direkten Stellvertretung: Ein gutgläubiger Erwerb findet nicht statt.¹⁷⁰⁹ Allerdings ist die Begründung eine andere. Die Berücksichtigung des bösen Glaubens des indirekt Vertretenen beim Erwerb vom Dritten ist mit Art. 2 Abs. 2 ZGB zu erklären,¹⁷¹⁰ während die

1707 So im Ergebnis wohl auch BK-ZÄCH/KÜNZLER, N 177 zu Art. 32 OR; BSK-WATTER, N 33 zu Art. 32 OR, jedoch ohne Begründung. Diese Konstruktion ausdrücklich ablehnend FOURNIER, *connaissance*, N 502, 505.

1708 Vgl. FOURNIER, *connaissance*, N 502.

1709 Siehe vorne Rn. 527f.

1710 Anders stellt sich die Rechtslage in Deutschland dar. Im Stellvertretungsrecht des deutschen BGB ist die Wissenszurechnung bei der direkten Stellvertretung nämlich ausdrücklich gesetzlich geregelt. Der einschlägige § 166 BGB lautet wie folgt:

«1 Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht.

2 Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäfte erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen musste, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht».

§ 166 BGB findet u.a. im Hinblick auf den guten und bösen Glauben beim Erwerb beweglicher Sachen Anwendung und sieht immer dann eine Kumulation des Wissens des direkten Stellvertreters mit jenem des direkt Vertretenen vor, wenn der direkte Stellvertreter nach bestimmten Weisungen des direkt Vertretenen handelt. Namhafte Autoren der deutschen Lehre plädieren für eine analoge Anwendung dieser Regelung auf die mittelbare Stellvertretung (z.B. LARENZ, AT BGB, § 30 Fn. 14, S. 588; NEUNER, AT BGB, § 49 N 61; SCHWARK, *Rechtsprobleme*, S. 779). Schliesslich soll der bösgläubige Geschäftsherr nicht Eigentum an einer dem Dritten nicht gehörenden Sache erwerben können, indem er einfach das dingliche Geschäft durch einen gutgläubigen mittelbaren Vertreter vornehmen lässt (SCHWARK, *Rechtsprobleme*, S. 779). Die ratio des § 166 Abs. 2 BGB sei bei Dazwischentreten eines mittelbaren Vertreters in gleicher Weise gegeben wie bei der direkten Vertretung (SCHWARK, *Rechtsprobleme*, S. 779). Vor dem Hintergrund, dass das deutsche BGB in § 166 BGB eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Wissenszurechnung bei der direkten Stellvertretung statuiert, ist dieser Schluss naheliegend. Für das schweizerische Recht wird in der vorliegenden Untersuchung aber bewusst ein anderer Lösungsvorschlag unterbreitet. Der soeben beschriebene Weg über den Rechtsmissbrauch ist – nach hier vertretener Ansicht – einer Analogie zur Wissenszurechnung bei der direkten Stellvertretung, die wohlge-merkt im schweizerischen Recht nicht vom Vorliegen konkreter Weisungen abhängt, vorzuziehen, da dadurch der strukturellen Verschiedenheit der beiden Arten der Stellvertretung Rechnung getragen wird. Gleichzeitig wird dem Gedanken, dass hinter beiden Konstruktionen die gleichen wirtschaftlichen Interessen stehen, zum Durchbruch verholfen.

Addition des Wissens bei der direkten Stellvertretung eine natürliche Konsequenz der «erweiterten Geschäftsfähigkeit» ist.¹⁷¹¹

534 Zum Schluss sei noch eine Präzisierung hinsichtlich des Zeitpunkts angebracht, in welchem die Bösgläubigkeit beim indirekt Vertretenen vorliegen muss. Entscheidend ist hier, dass der indirekt Vertretene im Moment, in dem der indirekte Stellvertreter die Sache vom Dritten erwirbt, von der fehlenden Verfügungsmacht des Dritten wusste bzw. hätte wissen müssen. Nur dann ist von einem Rechtsmissbrauch auszugehen.¹⁷¹² Erlangt der indirekt Vertretene hingegen erst später Kenntnis davon, dass der Dritte eigentlich gar nicht Verfügungsberechtigt war, so muss dieses Wissen belanglos bleiben.¹⁷¹³ Der indirekte Stellvertreter erwirbt diesfalls gutgläubig das Eigentum und kann als Rechtsinhaber wirksam zu Gunsten des indirekt Vertretenen über die Sache verfügen.¹⁷¹⁴

535 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es bei der indirekten Stellvertretung nicht zu einer Wissenszurechnung kommt. Der böse Glaube des indirekten Stellvertreters schliesst daher einen späteren gutgläubigen Erwerb des indirekt Vertretenen nicht aus. In diesem Fall tritt der indirekte Stellvertreter nämlich als Nichtberechtigter auf, von dem der indirekt Vertretene gutgläubig das Eigentum erwerben kann. Im umgekehrten Fall, in welchem der indirekt Vertretene bösgläubig ist, wird der böse Glaube des indirekt Vertretenen aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB bereits im Verhältnis zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten berücksichtigt, sodass der indirekte Stellvertreter trotz seines guten Glaubens nicht gültig vom Dritten erwerben kann.

§3 Konstruktionen zur Begründung eines Direkterwerbs des indirekt Vertretenen

1. Direkterwerb gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR?

536 In Kapitel 3 wurden bei der Abgrenzung von direkter und indirekter Stellvertretung bereits die Auswirkungen von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf die indirekte Stellvertretung allgemein erörtert.¹⁷¹⁵ Im Folgenden wird nun spezifisch auf

1711 Siehe vorne Rn. 528.

1712 Denn dann hat der indirekt Vertretene Kenntnis vom Sachverhalt, der den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs begründet (vgl. BSK-LEHMANN/HONSELL, N 79 zu Art. 2 ZGB).

1713 Vgl. STOFFEL, Zurechnung, S. 139.

1714 Vgl. STOFFEL, Zurechnung, S. 139.

1715 Siehe vorne Rn. 136 ff.

die Frage eingegangen, ob Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR einen Direkterwerb des indirekt Vertretenen ermöglicht.

a. Herrschende Meinung

Die in der Schweiz vorherrschende Meinung geht zwar vom Grundsatz aus, wonach der indirekte Stellvertreter zunächst selbst Rechtsinhaber der vom Dritten übertragenen Werte wird, nimmt aber in analoger Anwendung von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR einen Direkterwerb des indirekt Vertretenen an, wenn dem Dritten der Erwerber gleichgültig ist.¹⁷¹⁶ Soweit ersichtlich, geht diese Interpretation von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR auf VON TUHR zurück.¹⁷¹⁷ VON TUHR zufolge pflegt es dem Verkäufer nämlich zumeist gleichgültig zu sein, wer die zu übertragende Sache oder die zu übertragende Forderung erwirbt, sodass der Beauftragte, auch wenn er im eigenen Namen handelt, die Sache direkt für den Auftraggeber erwerben könne, vorausgesetzt, sein Wille ist auf einen solchen Direkterwerb seines Auftraggebers gerichtet.¹⁷¹⁸ Das Vorliegen eines solchen Willens könne regelmässig vermutet werden, da der Beauftragte durch einen Direkterwerb des Auftraggebers ohne Umwege seiner Ablieferungspflicht aus dem Auftragsverhältnis nachkomme.¹⁷¹⁹ Ein Direkterwerb gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR sei aber nur bei beweglichen Sachen oder Forderungen denkbar. Grundstücke hingegen können infolge des Grundbuchs-systems für einen anderen nicht anders als in dessen Namen erworben werden.¹⁷²⁰

Nach diesem Verständnis ermöglicht Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR also eine direkte Stellvertretung auf Verfügungsebene, indem nämlich das Verfügungs-

1716 BSK-LENZ/ VON PLANTA, N 2 zu Art. 434 OR; BUCHER, OR BT, S. 247; CHK-PFENNINGER, N 2 zu Art. 434 OR; CR-FLEGBO-BERNEY/ VON PLANTA, N 3 zu Art. 434 OR; HOFSTETTER, SPR VII/6, S. 205 *in initio*; HONSELL, OR BT, S. 400; HUGUENIN, AT/BT, N 3456; JOST, Übergang, S. 132f. und S. 140f.; LEMP, Kommissionsware, S. 302ff., insbesondere S. 306; OFK-MOSKRIC, N 2 zu Art. 434 OR; STEINAUER, droits réels I, N 293; TERCIER/BIERI/CARRON, contrats, N 5247; VON TUHR/ PETER, OR AT, S. 388f.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 12 zu Art. 401 OR. Differenzierend LOHER, Kommissionsgut, S. 925. Die soeben genannten Autoren behandeln den Direkterwerb nach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zumeist im Zusammenhang mit der Einkaufskommission. Dies ist darauf zurückzuführen, dass für das schweizerische Recht bisher nur wenige Werke zur indirekten Stellvertretung *in abstracto* vorliegen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist unklar. Zwar hat das Bundesgericht einmal entschieden, dass bei der Einkaufskommission das Eigentum direkt auf den Kommittenten übergehen kann, wenn dem Dritten der Erwerber gleichgültig ist (BGE 84 II 253 E. 3 S. 262), jedoch hat es in einem späteren Entscheid die Frage wieder offen gelassen (BGE 102 III 94 E. 3 S. 101).

1717 VON TUHR, OR AT 1. Aufl., S. 311 *in fine*, S. 312 *in initio*.

1718 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 388f. So bereits VON TUHR, OR AT 1. Aufl., S. 311 *in fine*, S. 312 *in initio*.

1719 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 389. Siehe auch JOST, Übergang, S. 133; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 12 zu Art. 401 OR.

1720 VON TUHR/PETER, OR AT, § 44 Fn. 14.

geschäft, obgleich der indirekte Stellvertreter die Erwerbserklärung im eigenen Namen abgibt, als Vertretungsgeschäft zwischen dem Dritten und dem (indirekt) Vertretenen zustande kommt, was einen unmittelbaren Erwerb des (indirekt) Vertretenen zur Folge hat. Gleichzeitig ist und bleibt das der Verfügung zugrunde liegende Kausalgeschäft ein Eigengeschäft zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten.¹⁷²¹

b. Mindermeinung

- 539 Eine Mindermeinung lehnt einen Direkterwerb des indirekt Vertretenen gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR ab.¹⁷²² Hierfür werden verschiedene Argumente vorgebracht. Neben der Negierung des Vertretungswillens des indirekten Stellvertreters¹⁷²³ werden vor allem sachenrechtliche Prinzipien gegen diese Konstruktion ins Feld geführt. Dabei wird ein Direkterwerb vordergründig unter Berufung auf das Kausalitätsprinzip abgelehnt.¹⁷²⁴ Das Kausalitätsprinzip bewirke nämlich, dass der Wille zum Eigentumsübergang im Kausalgeschäft zu verorten sei, weswegen gar kein eigenständiger Verfügungsvertrag (dinglicher Vertrag) existiere und somit auch kein Raum für eine direkte Stellvertretung rein auf Verfügungsebene verbleibe.¹⁷²⁵ Vielmehr seien die Parteien des Kausalgeschäfts auch diejenigen, zwischen denen der Eigentumsübergang stattfindet.¹⁷²⁶ Eine wiederum andere Begründung findet sich bei FELLMANN.¹⁷²⁷ Da das schweizerische Recht die Eigentumsübertragung ohne Besitzübertragung nur bei Vorliegen eines gültigen Traditionssurrogats zulasse, beim von der herrschenden Lehre vorgeschlagenen Direkterwerb aber kein solches vorliege, sei ein direkter Eigentumsübergang auf den indirekt Vertretenen von Gesetzes wegen ausgeschlossen.¹⁷²⁸

1721 Vgl. JOST, Übergang, S. 140.

1722 BK-FELLMANN, N 98 f., N 146 f. zu Art. 401 OR; DROIN, représentation indirecte, S. 105 ff., insbesondere S. 107; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 168; ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 37 zu Art. 714 ZGB; ZUFFEREY, transfert, S. 308 f. Wohl auch BK-GAUTSCHI, N 39a zu Art. 396 OR.

1723 ZUFFEREY, transfert, S. 308. Wohl auch BK-FELLMANN, N 147 zu Art. 401 OR.

1724 Grundlegend ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 37 zu Art. 714 ZGB. Ihnen folgend DROIN, représentation indirecte, S. 107; KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 168; ZUFFEREY, transfert, S. 308 *in fine*, S. 309.

1725 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 37 zu Art. 714 ZGB.

1726 ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 37 zu Art. 714 ZGB. Siehe auch BK-GAUTSCHI, N 39a zu Art. 396 OR.

1727 BK-FELLMANN, N 98 f., N 146 f. zu Art. 401 OR.

1728 BK-FELLMANN, N 98 f., N 146 f. zu Art. 401 OR.

c. Stellungnahme

Die herrschende Ansicht ist abzulehnen. Gegen den Versuch, einen Direkterwerb des indirekt Vertretenen aus Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR herzuleiten, spricht bereits der Tatbestand der Bestimmung. Darüber hinaus würde bei Forderungen ein Direkterwerb auch an allgemeinen zessionsrechtlichen Gegebenheiten scheitern. Dazu im Einzelnen Folgendes:

- Im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen indirekter und direkter Stellvertretung erfolgte im Rahmen dieser Untersuchung bereits eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der «*Gleichgültigkeit*» (Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR).¹⁷²⁹ Dabei führte die Untersuchung zum Ergebnis, dass Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nur vom Erfordernis des Handelns im fremden Namen dispensiert, nicht aber vom Vorliegen einer Vollmacht.¹⁷³⁰ Überdies setzt Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR voraus, dass der Vertreter bei Abgabe der Willenserklärung auch einen entsprechenden Vertretungswillen hat.¹⁷³¹ Beide Tatbestandselemente sind beim Erwerb des indirekten Stellvertreters nicht gegeben. Zunächst kann der indirekte Stellvertreter nach der hier vertretenen Auffassung nicht für zur direkten Stellvertretung hinsichtlich der Abgabe der Erwerbserklärung bevollmächtigt erachtet werden. Schliesslich sind der indirekt Vertretene und der indirekte Stellvertreter im Grundverhältnis übereingekommen, dass der indirekte Stellvertreter eigengeschäftlich auftritt.¹⁷³² Ohnehin wäre die Annahme einer Vollmacht rein bezogen auf das Verfügungsgeschäft realitätsfremd. Denn erfahrungsgemäss ist dem juristischen Laien die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht bekannt. Sodann kann dem indirekten Stellvertreter auch kein Vertretungswille bei Abgabe seiner Erwerbserklärung unterstellt werden, hat er sich doch im Grundverhältnis zum eigengeschäftlichen Auftreten verpflichtet.¹⁷³³ Das Argument, wonach der indirekte Stellvertreter durch einen Direkterwerb des indirekt Vertretenen unmittelbar seine Ablieferungspflicht erfüllen könnte,¹⁷³⁴ vermag die Annahme eines Vertretungswillens

1729 Siehe vorne Rn. 117 ff.

1730 Siehe vorne Rn. 119.

1731 Siehe vorne Rn. 120.

1732 Vgl. vorne Rn. 205 ff.

1733 Zutreffend bereits ZUFFEREY, *transfert*, S. 308.

1734 VON TUHR/PETER, OR AT, S. 389. Siehe auch JOST, *Übergang*, S. 133; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 12 zu Art. 401 OR.

nicht zu rechtfertigen. Folglich scheitert ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen bereits am Tatbestand des Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR.

- 542 — Darüber hinaus würde ein Direkterwerb von gegen Vierte gerichteten Forderungen durch den indirekt Vertretenen auch an zessionsrechtlichen Vorschriften scheitern. Dies, weil nach Art. 165 Abs. 1 OR die Übertragung einer Forderung der schriftlichen Form bedarf. Für das Verfügungsgeschäft statuiert das Gesetz also ein Schriftformerfordernis.¹⁷³⁵ Aus der Zessionsurkunde muss sich u.a. ergeben, wer die Forderung erwirbt.¹⁷³⁶ Hier muss der indirekte Stellvertreter als Erwerber aufgeführt werden, tritt er doch eigengeschäftlich auf. Folglich kann das Verfügungsgeschäft nicht als Vertretungsgeschäft nach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten zustande kommen.¹⁷³⁷
- 543 — Auch bei beweglichen Sachen scheitert der Direkterwerb des indirekt Vertretenen nach Ansicht einiger Autoren nicht nur daran, dass der Tatbestand von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nicht erfüllt ist, sondern vielmehr auch an allgemeinen sachenrechtlichen Prinzipien.¹⁷³⁸ Wie bereits bemerkt, führen die den Direkterwerb negierenden Autoren hierfür zwei Argumente an. Zum einen sei ein Direkterwerb mit dem Kausalitätsprinzip unvereinbar und zum anderen sei er auch deshalb ausgeschlossen, weil ein Eigentumserwerb ohne Besitzübergang nur bei Vorliegen eines Traditionssurrogats möglich sei, ein solches beim Direkterwerb des indirekt Vertretenen aber nicht vorliege.¹⁷³⁹ Richtig an dieser Auffassung ist, dass ein Direkterwerb von Fahrniseigentum durch den indirekt Vertretenen mit dem Tatbestand von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR nicht vereinbar ist.¹⁷⁴⁰ Hingegen sind die gegen den Direkterwerb vorgebrachten sachenrechtlichen Argumente nicht einschlägig. Denn:
- 544 • Das *Kausalitätsprinzip* besagt, dass der Eigentumserwerb das Vorhandensein eines gültigen schuldrechtlichen Grundgeschäfts voraussetzt.¹⁷⁴¹ Dessen Gegenstück ist das *Abstraktionsprinzip*, wonach das

1735 LANG/SCHNYDER, Eigentum, S. 104 *in fine*, S. 105 *in initio*, m.w.H. zur Bedeutung der Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bei der Zession.

1736 BGER 4A_616/2012 vom 19. Februar 2013, E. 5.2 *in initio*; BGE 105 II 83 E. 2 S. 84.

1737 Vgl. auch vorne Rn. 121.

1738 Siehe vorne Rn. 539.

1739 Siehe vorne Rn. 539.

1740 Siehe soeben Rn. 541.

1741 Z.B. BSK-RUSCH/SCHWANDER, N 3 f. zu Art. 714 ZGB; CHK-HITZ, N 7 zu Art. 714 ZGB; HONSELL, Tradition, S. 354; SUTTER-SOMM, SPR V/1, N 948.

Verfügungsgeschäft in seiner Existenz derart verselbständigt ist, dass auch bei einem ungültigen Verpflichtungsgeschäft ein Rechtsübergang erfolgt.¹⁷⁴² Nun bedingen aber beide Prinzipien die Geltung des *Trennungsprinzips*.¹⁷⁴³ Dieses wiederum beinhaltet die Unterscheidung zwischen dem *Verpflichtungsgeschäft*, welches keine unmittelbare Einwirkung auf bestehende Vermögensgegenstände des Schuldners zur Folge hat, und dem *Verfügungsgeschäft*, das unmittelbar rechtszuordnungsändernde Wirkungen entfaltet.¹⁷⁴⁴ Wenn sich also gewisse Vertreter der Mindermeinung auf den Standpunkt stellen, ein Direkterwerb scheitere daran, dass infolge des Kausalitätsprinzips gar kein eigenständiges – und damit einer direkten Stellvertretung nach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zugängliches – Verfügungsgeschäft existiere,¹⁷⁴⁵ so kann diesem Argument nicht gefolgt werden. Das Kausalitätsprinzip steht der Annahme eines dinglichen Vertrags in keiner Weise entgegen.¹⁷⁴⁶ Vielmehr setzt es gerade einen solchen voraus. Wären nämlich die Übertragungs- und die Erwerbserklärung bereits im schuldrechtlichen Vertrag zu verorten, so würde sich die Frage, in welchem Verhältnis das Verpflichtungs- zum Verfügungsgeschäft steht, d.h. die Frage nach der Geltung entweder des Abstraktions- oder des Kausalitätsprinzips, gar nicht stellen. Folglich kann ein Direkterwerb bei Fahnris nicht unter Berufung auf das Kausalitätsprinzip abgelehnt werden.

- Auch das Argument von FELLMANN, dass ein direkter Eigentumsübergang nach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR von Gesetzes wegen ausgeschlossen sei, weil die Eigentumsübertragung ohne Besitzübergabe vom Vorliegen eines gültigen Traditionssurrogats abhängt, ist nicht einschlägig.¹⁷⁴⁷ Die Idee des Direkterwerbs nach Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR basiert nämlich auf einer direkten Stellvertretung rein bezogen auf das Verfügungsgeschäft.¹⁷⁴⁸ Falls eine solche Konstruktion bejaht würde,

1742 Ausführlich FLUME, Rechtsgeschäft, S. 173 ff.; Staudinger-HEINZE, Vorbem. zu §§ 929 ff. BGB, N 16.

1743 Vgl. DOERNER, Abstraktheit, S. 80; ferner FLUME, Rechtsgeschäft, S. 152 ff.; Staudinger-HEINZE, Vorbem. zu §§ 929 ff. BGB, N 16 *in initio*; ferner NEUNER, AT BGB, § 29 N 23 ff.

1744 Ausführlich DOERNER, Abstraktheit, S. 79; NEUNER, AT BGB, § 29 N 23 ff.; Staudinger-HEINZE, Vorbem. zu §§ 929 ff. BGB, N 15 f.

1745 Siehe die Nachweise in Fn. 1724.

1746 Vgl. etwa auch BSK-RUSCH/SCHWANDER, N 3 ff. zu Art. 714 ZGB; STEINAUER, droits réels II, N 2956 ff. Siehe auch vorne Rn. 58 ff.

1747 BK-FELLMANN, N 98 f., N 146 f. zu Art. 401 OR.

1748 Siehe vorne Rn. 538.

wäre die Besitzübertragung nicht das Problem. Schliesslich wird der direkt Vertretene bei der direkten Stellvertretung für gewöhnlich bereits Eigentümer und selbständiger mittelbarer Besitzer der Sache, wenn der direkte Stellvertreter die unmittelbare Sachherrschaft erwirbt.¹⁷⁴⁹ Dies, weil der direkte Stellvertreter den selbständigen Besitz des direkt Vertretenen anerkennt (vgl. Art. 923 ZGB).¹⁷⁵⁰

- 546 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen nicht mit Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR begründet werden kann. Richtig ist zwar, dass dem Dritten der Erwerb i.d.R. gleichgültig ist, jedoch ist der indirekte Stellvertreter weder zum Abschluss des Verfügungsgeschäfts mit Wirkung für den indirekt Vertretenen bevollmächtigt noch kann ihm bei Abgabe der Erwerbserklärung ein Vertretungswille unterstellt werden. Bei Forderungen würde einem Direkterwerb gestützt auf Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR zudem das Schriftformerfordernis des Art. 165 Abs. 1 OR entgegenstehen.

2. Anerkennung einer Erwerbsermächtigung?

- 547 Im Folgenden ist zu erörtern, ob im schweizerischen Recht eine Erwerbsermächtigung anzuerkennen ist und ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen auf diesem Weg begründet werden könnte. Die Diskussion um die Erwerbsermächtigung hat ihren Ursprung im deutschen Recht. Gegenstand der Kontroverse ist die Frage, ob spiegelbildlich zur Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB) eine Erwerbsermächtigung existiert, auf Grund derer der Ermächtigte in der Lage ist, durch eigengeschäftliches Handeln unmittelbar für den Ermächtigenden Vermögensgegenstände zu erwerben und so in dessen Rechtssphäre einzuwirken.¹⁷⁵¹ Während vornehmlich VON TUHR dafür eintrat, die Erwerbsmacht – neben der Vertretungs- und der Verfügungsmacht – als eine weitere Form der Machtbefugnisse anzuerkennen,¹⁷⁵² wird die Erwerbsermächtigung heute von der deutschen Literatur überwiegend abgelehnt.¹⁷⁵³

1749 Vgl. BK-STARK/LINDENMANN, N 10 ff. zu Art. 923 ZGB. Vgl. auch vorne Rn. 92.

1750 Explizit CHK-ARNET/EITEL, N 2 zu Art. 923 ZGB. Vgl. etwa BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbem. zu Art. 32-40 OR, N 56; ZK-KLEIN, Allgemeine Einleitung zu den Art. 32-40, N 41.

1751 Siehe FLUME, Rechtsgeschäft, S. 908 *in initio*; MüKo-BAYREUTHER, N 33 zu § 185 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 169 zu § 185 BGB.

1752 VON TUHR, AT BGB II/2, S. 350 sowie VON TUHR, AT BGB II/1, S. 396 f.

1753 Z.B. DORIS, Ermächtigung, S. 152; FLUME, Rechtsgeschäft, S. 908; MüKo-BAYREUTHER, N 33 zu § 185 BGB; Staudinger-KLUMPP, 2019, N 169 zu § 185 BGB; Staudinger-SCHILKEN, 2014, Vorbem. zu §§ 164 ff. BGB, N 69.

Im schweizerischen Recht wurde die Erwerbsermächtigung bisher kaum diskutiert.¹⁷⁵⁴ Gleichwohl ist an dieser Stelle dazu Stellung zu nehmen und die Thematik der Machtbefugnisse erneut aufzugreifen. Wie bereits bemerkt, geht es beim Konzept der Erwerbsermächtigung darum, dass dem Ermächtigten die Macht eingeräumt wird, durch Abgabe einer eigengeschäftlichen Erwerbserklärung unmittelbar den Ermächtigenden ein Recht erwerben zu lassen.¹⁷⁵⁵ Anders als bei der Bevollmächtigung kommt das zweiseitige Verfügungsgeschäft hier also zwischen dem Ermächtigten und dem Dritten zustande, der das Recht überträgt.¹⁷⁵⁶ Und genau hier liegt der innere Widerspruch dieser Konstruktion. Es ist schlicht nicht einzusehen, wie eine Erwerbserklärung, die der Ermächtigte für seine Person abgibt, unmittelbare Wirkungen beim Ermächtigenden entfalten soll. Vielmehr ist ein unmittelbarer Erwerb des Ermächtigenden nicht anders vorstellbar als in Form eines zwischen ihm und dem verfügenden Dritten begründeten Verfügungsgeschäfts.¹⁷⁵⁷ Dann liegt aber ein Fall von Vertretungsmacht und damit von direkter Stellvertretung vor.¹⁷⁵⁸ Eigengeschäftlich kann nur mittels einer gegenstandsbezogenen Machtbefugnis auf einen fremden Rechtskreis eingewirkt werden, wie dies etwa bei der Verfügungsermächtigung der Fall ist.¹⁷⁵⁹ Vorliegend geht es aber nicht um eine gegenstandsbezogene Machtbefugnis, da das zu erwerbende Recht im Ermächtigungszeitpunkt noch nicht im Vermögen des Ermächtigenden steht. Folglich bleibt für eine Erwerbsermächtigung im schweizerischen Recht kein Raum.¹⁷⁶⁰ Ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen kann somit nicht auf diese Weise begründet werden.

3. Verfügungsvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen?

Zu erörtern bleibt, ob ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen durch eine Verfügung zu Gunsten Dritter (gemeint ist eine Verfügung zu Gunsten des indirekt Vertretenen) ermöglicht werden könnte. Konkret stellt sich also die Frage, ob der indirekte Stellvertreter mit dem Dritten gültig vereinbaren kann, dass das Recht, das der Dritte eigentlich in Erfüllung seiner Leistungspflicht

1754 Soweit ersichtlich finden sich einzig bei EGGEL, Surrogation, N 3.178 und SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.166 Hinweise auf die Anerkennung einer Erwerbsmacht im schweizerischen Recht.

1755 Siehe soeben Rn. 547.

1756 Vgl. SCHMID, Vermögensverwaltung, N 3.166.

1757 In diesem Sinne schon DORIS, Ermächtigung, S. 152.

1758 Vgl. DORIS, Ermächtigung, S. 152.

1759 Zur Dichotomie der Machtbefugnisse siehe vorne Rn. 72 ff.

1760 So im Ergebnis wohl auch KÜNZLE, Stellvertretungsrecht, S. 168.

aus dem Drittvertrag auf den indirekten Stellvertreter übertragen müsste, unmittelbar auf den indirekt Vertretenen – ohne dessen Mitwirkung – übergeht.¹⁷⁶¹ Zu denken wäre etwa an den Fall, dass der Einkaufskommissionär mit dem Verkäufer vereinbart, das Eigentum am Kaufgegenstand solle nicht auf ihn – den Käufer – übertragen werden, sondern auf den Einkaufskommittenten.¹⁷⁶² Diese Konstellation darf nicht mit dem seltenen Fall verwechselt werden, in welchem der Drittvertrag als Vertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen (vgl. Art. 112 OR) abgeschlossen wurde.¹⁷⁶³ Hier wird nämlich ohne Mitwirkung des indirekt Vertretenen eine Verpflichtungslage zu seinen Gunsten begründet.¹⁷⁶⁴ Erfüllt der Dritte daraufhin seine Leistungspflicht gegenüber dem indirekt Vertretenen, indem er ihm einen Vermögensgegenstand überträgt, so verfügt er *causa solvendi* einer bereits bestehenden Pflicht gegenüber dem indirekt Vertretenen und nicht im Sinne einer Verfügung zu Gunsten Dritter im soeben beschriebenen Sinne.¹⁷⁶⁵

550 Im rechtswissenschaftlichen Diskurs ist umstritten, ob in analoger Anwendung von Art. 112 OR überhaupt Verfügungen zu Gunsten Dritter möglich sind.¹⁷⁶⁶ Schliesslich begründet Art. 112 OR einzig eine Verpflichtungslage.¹⁷⁶⁷ Das Meinungsspektrum dazu reicht von völliger Ablehnung der Verfügung zu Gunsten Dritter bis hin zu einer Bejahung von deren allgemeiner Zulässigkeit.¹⁷⁶⁸ Zumeist aber werden Verfügungen zu Gunsten Dritter – unter Hinweis auf gewisse Ausnahmen – grundsätzlich für unwirksam erachtet.¹⁷⁶⁹ Die

1761 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 252.

1762 Vgl. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 252.

1763 Siehe vorne Rn. 297 ff.

1764 Vgl. BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 21 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 167; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 251.

1765 Zur *causa solvendi* siehe VON TUHR, AT BGB II/2, S. 67 ff.

1766 Siehe SKRIPSKY/WEBER, Verfügungen, S. 251 ff.

1767 CHK-REETZ/GRABER, N 7 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 167 ff.; SKRIPSKY/WEBER, Verfügungen, S. 252; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 251 f.

1768 Überblickartig zum Meinungsstand: Die Rechtsfigur der Verfügung zu Gunsten Dritter negierend etwa ENGEL, traité, S. 421. Für eine einzelfallweise Anerkennung der Verfügung zu Gunsten Dritter treten etwa ein: BÄRTSCHI, Relativität, S. 253 ff.; BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 3 zu Art. 112 OR; CHK-REETZ/GRABER, N 7 zu Art. 112 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3905 ff.; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1700 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 86.26 f.; VON TUHR / ESCHER, OR AT, S. 245. Für eine sehr weitgehende Wirksamkeit von Verfügungen zu Gunsten Dritter: BUCHER, OR AT, S. 475 *in fine*, S. 476 *in initio*; BK-WEBER / VON GRAFFENRIED, N 23 ff. zu Art. 112 OR; SKRIPSKY/WEBER, Verfügungen, S. 252 ff.

1769 Siehe z.B. BSK-ZELLWEGER-GUTKNECHT, N 3 zu Art. 112 OR; CHK-REETZ/GRABER, N 7 zu Art. 112 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3905 ff.; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1700 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 86.26 f.; VON TUHR / ESCHER, OR AT, S. 245.

Autoren wählen dabei eine differenzierte Betrachtungsweise und unterscheiden zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Verfügungen zu Gunsten Dritter.¹⁷⁷⁰

Die *schuldrechtlichen Verfügungen zu Gunsten Dritter* betreffen beispielsweise die Frage, ob Gläubiger und Schuldner vereinbaren können, dass die zwischen ihnen bestehende Forderung künftig nicht mehr dem Gläubiger zusteht, sondern einem Dritten, als neuem Gläubiger (*Abtretung zu Gunsten Dritter*).¹⁷⁷¹ Eine solche Vereinbarung liefe auf eine einseitige Abtretung ohne Mitwirkung des Zessionars hinaus, was zweifelsohne in ein Spannungsverhältnis zum gesetzlichen Konzept des (einseitig) schriftlichen Verfügungsvertrags zwischen Zedent und Zessionar gerät (Art. 165 Abs. 1 OR).¹⁷⁷² Doch selbst wenn eine Abtretung zu Gunsten Dritter für zulässig zu erachten wäre, könnte dadurch ein Direkterwerb beim Forderungskauf in indirekter Stellvertretung nicht ermöglicht werden. Denn Kaufobjekt wäre hier eine Forderung, die dem Dritten gegen einen Vierten zusteht. Da die Obligation nicht zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten besteht, scheidet eine Zession zu Gunsten des indirekt Vertretenen somit aus.¹⁷⁷³ Einer Vereinbarung des Dritten mit dem indirekten Stellvertreter, die Forderung gegen den Vierten unmittelbar und ohne dessen Zutun auf den indirekt Vertretenen zu übertragen, sind unbestrittenermassen die gewünschten Rechtsfolgen zu versagen.¹⁷⁷⁴ Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Direkterwerb von Forderungen selbst bei Annahme einer Zession zu Gunsten Dritter nicht konstruierbar wäre.

Dingliche Verfügungen zu Gunsten Dritter stossen auf eine noch breitere Ablehnung, als es bei den schuldrechtlichen Verfügungen zu Gunsten Dritter der Fall ist. Für ausnahmslos unzulässig werden Verfügungen zu Gunsten Dritter erachtet, die Grundeigentumsrechte betreffen.¹⁷⁷⁵ Die Möglichkeit des Dritten, den Grundeigentumserwerb *ex tunc* zurückzuweisen, würde eine mit dem Grundbuchsystem unvereinbare Unsicherheit schaffen.¹⁷⁷⁶ Doch auch die Eigentumsbegründung an Fahrnis durch Verfügung zu Gunsten Dritter

1770 Exemplarisch BÄRTSCHI, Relativität, S. 253 ff.; CHK-REETZ/GRABER, N 7 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1700 ff.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 254.

1771 KRAUSKOPF, Vertrag, N 1714 ff., m.w.H.; SKRIPSKY/WEBER, Verfügungen, S. 255 f.; VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung, N 255.

1772 Siehe CHK-REETZ/GRABER, N 7 zu Art. 112 OR; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3906.

1773 Vgl. ferner GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3906; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1714.

1774 KRAUSKOPF, Vertrag, Fn. 1901.

1775 BK-WEBER/VON GRAFFENRIED, N 29 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1730.

1776 BK-WEBER/VON GRAFFENRIED, N 29 zu Art. 112 OR; KRAUSKOPF, Vertrag, N 1730.

wird überwiegend für unzulässig erachtet.¹⁷⁷⁷ Dies zu Recht, und zwar hier nicht aufgrund der mit dem Fahrniswerb zu Gunsten Dritter einhergehenden Unsicherheit – schliesslich steht dem Dritten die Möglichkeit offen, den Eigentumserwerb zurückzuweisen¹⁷⁷⁸ –, sondern vielmehr, weil bereits ein dinglicher Vertrag zu Gunsten Dritter abzulehnen ist.¹⁷⁷⁹ Denn anders als das Verpflichtungsgeschäft entfaltet die dingliche Einigung rechtszuordnungsändernde Wirkungen.¹⁷⁸⁰ Der Eigentumsübergang kann sich daher nur zwischen den Parteien des dinglichen Vertrags abspielen.¹⁷⁸¹ Einer Erwerbserklärung zu Gunsten eines Dritten sind daher die gewünschten Wirkungen zu versagen. Folglich ist ein direkter Eigentumserwerb des indirekt Vertretenen durch Verfügung zu Gunsten Dritter ausgeschlossen.

§4 Ergebnisse

- 553 Hat der Drittvertrag eine sachliche Leistung des Dritten zum Gegenstand, so können im Zusammenhang mit der Frage, wer Rechtsinhaber an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen wird, folgende Erkenntnisse festgehalten werden: Im Fall einer vorgängigen (Legal-)Zession der auf die Sachleistung des Dritten gerichteten Forderung erwirbt der indirekt Vertretene als neuer Forderungsinhaber unmittelbar vom Dritten die Vermögensgegenstände zu vollem Recht, wenn er den erworbenen Leistungsanspruch ausübt. Das Verfügungsgeschäft kommt dann nämlich zwischen ihm und dem Dritten zustande. Anders zu beurteilen ist hingegen der Fall, in welchem das Forderungsrecht gegenüber dem Dritten beim indirekten Stellvertreter verbleibt. Diesfalls verlangt der indirekte Stellvertreter Leistung an sich, sodass er zunächst auch Rechtsinhaber der vom Dritten übertragenen Vermögensgegenstände wird. Auf den Rechtserwerb des indirekten Stellvertreters folgt dann ein weiterer Übertragungsakt. In Erfüllung seiner Ablieferungspflicht aus dem Grundverhältnis verfügt der indirekte Stellvertreter über den zuvor erworbenen Wert zu Gunsten des indirekt Vertretenen. In diesem Zusammenhang wurde in der vorliegenden Untersuchung vom «Prinzip der zwei Über-

1777 BGE 67 II 88 E. 1a S. 95. Aus der Literatur etwa ENGEL, *traité*, S. 421; SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, ORAT, N 86.26; VON TUHR/ESCHER, ORAT, S. 245. Für das deutsche Recht siehe Staudinger-KLUMPP, Vorbem. zu §§ 328 ff. BGB, N 37 ff.

1778 Vgl. KRAUSKOPF, Vertrag, N 1731; SKRIPSKY/WEBER, Verfügungen, S. 258 *in fine*, S. 259 *in initio*.

1779 Vgl. KADUK, Verfügungen, S. 312.

1780 Siehe vorne Rn. 58 ff.

1781 KADUK, Verfügungen, S. 312 ff., m.w.H.

tragungsakte» beim Erwerb vom Dritten gesprochen. Für den indirekt Vertretenen birgt der vorübergehende Rechtserwerb des indirekten Stellvertreters nicht unerhebliche Risiken, was sich insbesondere im Konkurs des indirekten Stellvertreters zeigt. Wie bereits in Kapitel 4 erörtert, greift Art. 401 Abs. 2 und Abs. 3 OR hier korrigierend ein, indem dem indirekt Vertretenen zumindest für gewisse Vermögensgegenstände ein Aussonderungsrecht eingeräumt wird.

Auch beim gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen führen die zwei selbständigen Sukzessionen zu gewissen Besonderheiten. Von Interesse ist dabei die Frage, welchen Einfluss die Bösgläubigkeit eines Beteiligten hat. Im Unterschied zur direkten Stellvertretung kommt eine Wissenszurechnung bei der indirekten Stellvertretung nämlich nicht in Betracht. Der böse Glaube des indirekten Stellvertreters schliesst daher auch nur einen gutgläubigen Erwerb vom Dritten aus. Der indirekt Vertretene hingegen kann durchaus gutgläubig vom indirekten Stellvertreter erwerben. Auf Stufe des zweiten Übertragungsaktes fungiert der bösgläubige indirekte Stellvertreter schliesslich seinerseits als ein Nichtberechtigter. Im umgekehrten Fall, in welchem der indirekt Vertretene bösgläubig ist, würde eine voneinander unabhängige Betrachtung der beiden Sukzessionen zum unbilligen Ergebnis führen, dass die Bösgläubigkeit des indirekt Vertretenen unbeachtlich bliebe, da der indirekte Stellvertreter zuvor gutgläubig das Eigentum erworben hätte, und dass dieser nun als Rechtsinhaber Verfügungsberechtigt wäre. Die vorliegende Untersuchung brachte daher das Ergebnis hervor, dass der böse Glaube des indirekt Vertretenen aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB bereits einen gutgläubigen Erwerb des indirekten Stellvertreters ausschliesst.

Im zweiten Teil dieses Kapitels ging es um die Frage, ob ein direkter Erwerb des indirekt Vertretenen vom Dritten auch dann möglich ist, wenn der indirekte Stellvertreter den Leistungsanspruch ausübt. Zur Beantwortung dieser Frage wurden drei denkbare Konstruktionen untersucht:

- *Erstens* wurde untersucht, ob ein Direkterwerb mit Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR erklärt werden könnte. Nach diesem Modell käme das Verfügungsgeschäft unmittelbar zwischen dem Dritten und dem indirekt Vertretenen zustande. Es würden also trotz eigengeschäftlichem Handeln des indirekten Stellvertreters Vertretungswirkungen auf Ebene des Verfügungsgeschäfts eintreten. Bei genauerer Betrachtung scheitert diese Konstruktion aber am Tatbestand von Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR. Denn es mangelt sowohl an einer Vollmacht zum Abschluss des Verfügungsgeschäfts als auch am Vertretungswillen beim indirekten Stellvertreter.

- 557 — *Zweitens* wurde diskutiert, ob dem indirekten Stellvertreter die Machtbefugnis erteilt werden kann, unmittelbar für den indirekt Vertretenen zu erwerben (Erwerbsermächtigung), wobei das Verfügungsgeschäft ein Geschäft zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten bleibt. Die Untersuchung führte dabei zum Schluss, dass die Existenz einer solchen Erwerbsmacht negiert werden muss. Denn eigengeschäftlich kann nur durch eine gegenstandsbezogene Machtbefugnis auf einen fremden Rechtskreis eingewirkt werden. Eine solche liegt hier aber nicht vor, ist der zu erwerbende Vermögensgegenstand doch noch gar nicht Bestandteil des Vermögens des indirekt Vertretenen.
- 558 — *Drittens* wurde erörtert, ob ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen durch eine Verfügung zu Gunsten Dritter (gemeint ist eine Verfügung zu Gunsten des indirekt Vertretenen) ermöglicht werden könnte. Das Verfügungsgeschäft wäre auch hier ein Eigengeschäft des indirekten Stellvertreters mit dem Dritten, aber eben zu Gunsten des indirekt Vertretenen vereinbart. Auch diese Konstruktion wurde abgelehnt. Lautet der Leistungsanspruch aus dem Drittvertrag nämlich auf Übertragung einer gegen einen Vierten gerichteten Forderung, so kommt eine Zession zu Gunsten Dritter gar nicht in Frage, da die Forderung nicht zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten besteht. Geht es hingegen um die Übertragung dinglicher Rechte, so scheidet diese Konstruktion ebenfalls aus, da dingliche Verfügungen zu Gunsten Dritter abzulehnen sind.
- 559 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen nicht möglich ist, wenn der indirekte Stellvertreter den Leistungsanspruch ausübt. Folglich kommt dem durch Art. 401 Abs. 2 und Abs. 3 OR vorgesehenen Schutz des indirekt Vertretenen im Fall der Zwangsvollstreckung gegen den indirekten Stellvertreter weiterhin grosse Bedeutung zu.

Kapitel 8

Ergebnisse

Im Rahmen einer Begriffsbestimmung konnte der Begriff der *indirekten Stellvertretung* umschrieben werden. Demnach bedeutet indirekte Stellvertretung, dass der indirekte Stellvertreter mit Wirkung für sich einen Vertrag mit einem Dritten abschliesst, gleichzeitig aber dem indirekt Vertretenen gegenüber dazu verpflichtet ist, auf ihn das wirtschaftliche Ergebnis des Geschäfts mit dem Dritten durch weitere Rechtsakte zu übertragen. So verstanden, sind bei der indirekten Stellvertretung drei Personen über zwei autonome Schuldverhältnisse miteinander verbunden. Während das «*Grundverhältnis*» dasjenige Schuldverhältnis darstellt, das den indirekten Stellvertreter mit dem indirekt Vertretenen verbindet, ist das zwischen dem indirekten Stellvertreter und dem Dritten bestehende Schuldverhältnis der «*Drittvertrag*». Der indirekte Stellvertreter fungiert dabei als Bindeglied zwischen dem Grundverhältnis und dem Drittvertrag, was zu einer wirtschaftlichen Relation zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten führt. Das wirtschaftliche Interesse an der Leistung des Dritten liegt nämlich allein beim indirekt Vertretenen.

Die so definierte indirekte Stellvertretung ermöglicht es, rechtsgeschäftlich jemanden für sich handeln zu lassen, ohne dabei selber in den Vordergrund treten zu müssen. Es gibt verschiedene legitime Beweggründe, welche die Parteien dazu veranlassen können, sich für die indirekte Stellvertretung zu entscheiden. So kann dem indirekt Vertretenen daran gelegen sein, nicht in Erscheinung treten zu müssen, etwa aus Gründen der Diskretion oder aus Sorge, von einer bestimmten Drittperson als Geschäftspartner abgelehnt zu werden. Doch selbst wenn es dem indirekt Vertretenen gar nicht darum geht, im Hintergrund zu bleiben, kann die indirekte Stellvertretung ein wirksames Instrument sein, um in Fällen Abhilfe zu schaffen, in denen dem indirekt Vertretenen der Abschluss bestimmter Geschäfte durch privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Normen untersagt ist. Praktische Bedeutung erlangt die indirekte Stellvertretung deshalb im Börsenhandel, da hier nur teilnehmen kann, wem eine Bewilligung durch die FINMA erteilt wurde.

Die indirekte Stellvertretung ist in ihrem Wesen vom *Relativitätsgrundsatz* geprägt. Danach beschränken sich die Wirkungen des Grundverhältnisses und des Drittvertrags auf die am jeweiligen Schuldverhältnis als Parteien beteiligten Personen, was in gewissen Fällen zu Schutzdefiziten führen kann.

So kann der indirekt Vertretene grundsätzlich weder den Dritten zur Leistung an sich anhalten noch vertragliche Schadenersatzansprüche im Fall einer Vertragsverletzung des Dritten geltend machen.

563 Die indirekte Stellvertretung ist von diversen anderen Rechtsfiguren abzugrenzen. Von der *direkten Stellvertretung* unterscheidet sie sich dadurch, dass der indirekte Stellvertreter selber Partei des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrags wird. Für die Unterscheidung von direkter und indirekter Stellvertretung kommt es also darauf an, ob der Vertreter im konkreten Fall ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft einging. Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich davon ab, ob der Vertreter gegenüber dem Dritten im eigenen oder im fremden Namen aufgetreten ist. Sofern sich die Parteien diesbezüglich nicht tatsächlich richtig verstanden haben, ist die Willenserklärung des Stellvertreters nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Führt die Auslegung zum Ergebnis, dass der Stellvertreter mit Wirkung für den Vertretenen gehandelt hat, so scheidet eine indirekte Stellvertretung von vornherein aus. Wenn der Vertreter hingegen im eigenen Namen aufgetreten ist, dann muss die Abrede zwischen ihm und dem Vertretenen berücksichtigt werden. Ist nämlich zwischen beiden vereinbart worden, dass der Vertreter ein Eigengeschäft abschliessen soll, so liegt ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung vor und Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR ist nicht anwendbar. Anders zu beurteilen ist demgegenüber der Fall, in welchem ein bevollmächtigter Vertreter zwar bei Geschäftsabschluss von der ihm erteilten Vollmacht Gebrauch machen wollte, dann aber fälschlicherweise nicht im fremden Namen handelt. In dieser Konstellation ist Art. 32 Abs. 2 *in fine* OR anwendbar: Sofern es dem Dritten bei Geschäftsabschluss nicht darauf ankam, ob der Handelnde ein Eigen- oder ein Vertretungsgeschäft abschloss, dispensiert dieser Tatbestand vom Erfordernis der Offenlegung der direkten Vertretung und ermöglicht unmittelbare Vertretungswirkungen trotz eines eigengeschäftlichen Handelns des Vertreters. War es dem Dritten hingegen nicht gleichgültig, mit wem er den Vertrag schloss, so wird der Vertreter auf sein eigengeschäftliches Auftreten behaftet und selber Partei des Geschäfts mit dem Dritten. Es kommt zu einer ursprünglich nicht vereinbarten indirekten Stellvertretung.

564 Eine weitere wichtige Abgrenzung ist jene zur *Verwaltungstreuhand*. Hierbei führte die Untersuchung zum Ergebnis, dass zwischen der indirekten Stellvertretung und der Verwaltungstreuhand ein *partielles Überschneidungsverhältnis* auszumachen ist. Der gemeinsame Anwendungsbereich besteht dort, wo die Definitionsmerkmale beider Rechtsfiguren *kumulativ* erfüllt sind, der indirekte Stellvertreter also vom Dritten oder bei entsprechender Abrede vom indirekt Vertretenen einen Vermögensgegenstand zu vollem Recht übertragen erhält, gleichzeitig aber darüber nur entsprechend den Vereinbarungen

mit dem indirekt Vertretenen verfügen darf. Darüber hinaus weisen beide Rechtsfiguren je einen eigenen Anwendungsbereich auf. Die indirekte Stellvertretung setzt eine Treugutsbegründung nämlich nicht voraus. So kann der indirekte Stellvertreter beispielsweise auch bloss zur Verfügung über eine Sache des indirekt Vertretenen ermächtigt werden. Der Verwaltungstreuhänder wiederum kann seine Pflichten aus der fiduziarischen Vereinbarung erfüllen, ohne mit Dritten Geschäfte abzuschliessen.

Die indirekte Stellvertretung besteht aus zwei autonomen Schuldverhältnissen. Das «*Grundverhältnis*» beschreibt dabei in abstrakter Weise das zwischen dem indirekten Stellvertreter und indirekt Vertretenen bestehende Rechtsverhältnis. Typisch für das Grundverhältnis ist die Verpflichtung des indirekten Stellvertreters, sich durch Abschluss eines Vertrags mit einem Dritten nach den Vorgaben des indirekt Vertretenen einen Leistungsanspruch zu verschaffen und anschliessend die Leistung des Dritten dem indirekt Vertretenen zukommen zu lassen (*Ablieferungspflicht*). Einer besonderen «*Ermächtigung*» bedarf der indirekte Stellvertreter hierfür nicht. Der indirekt Vertretene hat im Gegenzug dazu den indirekten Stellvertreter von der eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien und ihm alle im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Pflichten vernünftigerweise erbrachten Auslagen zu ersetzen. Dem Grundsatz nach handelt es sich beim Grundverhältnis um einen Vertrag. Als «*Grundvertrag*» indirekter Stellvertretung kommen vor allem der einfache Auftrag, der Kommissionsvertrag oder auch der Speditionsvertrag in Frage. Das Grundverhältnis indirekter Stellvertretung muss aber nicht zwingend vertraglicher Natur sein. Kontrahiert beispielsweise der indirekte Stellvertreter auf eigene Initiative hin mit einem Dritten, so liegt erst dann ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung vor, wenn der indirekt Vertretene die Geschäftsführung nachträglich genehmigt (Art. 424 OR).

Da das Grundverhältnis als ein *Abstraktionsbegriff* keiner einheitlichen rechtlichen Qualifikation unterliegt, kann auch kein auf alle Grundverhältnisse anwendbarer Normenkomplex herausgearbeitet werden. Einzig Art. 401 OR findet auf sämtliche Grundverhältnisse indirekter Stellvertretung Anwendung. Die Bestimmung sieht eine Legalzession der Forderungsrechte aus dem Drittvertrag auf den indirekt Vertretenen vor (Art. 401 Abs. 1 OR). Sind die Voraussetzungen für den Forderungsübergang erfüllt, so wird der indirekt Vertretene von Gesetzes wegen neuer Gläubiger der Forderung aus dem Drittvertrag. Dadurch ist der indirekt Vertretene in der Lage, den Dritten unmittelbar zur Leistung an sich anzuhalten. Dies gilt auch im Fall der Zwangsvollstreckung gegen den indirekten Stellvertreter (Art. 401 Abs. 2 OR). Darüber hinaus räumt Art. 401 OR dem indirekt Vertretenen im Fall der Zwangsvollstreckung gegen den indirekten Stellvertreter einerseits ein Aussonderungsrecht an den

beweglichen Sachen, die der Dritte in Erfüllung seiner Leistungspflicht auf den indirekten Stellvertreter übertragen hat (Art. 401 Abs. 3 OR), und andererseits die Möglichkeit ein, gegen Vierte gerichtete Forderungen durch Legalzession zu erwerben (Art. 401 Abs. 2 OR). Das ist von Bedeutung, wenn der Dritte seine Leistungspflicht aus dem Drittvertrag bereits gegenüber dem indirekten Stellvertreter erfüllt hat, da diesfalls das Forderungsrecht auf Primärleistung durch Erfüllung untergegangen ist.

567 Durch das Grundverhältnis ist der indirekte Stellvertreter dazu verpflichtet, sich einen Leistungsanspruch gegenüber einem Dritten zu verschaffen. Diese Pflicht erfüllt der indirekte Stellvertreter, indem er mit dem Dritten einen Vertrag abschliesst. Häufig ist der «*Drittvertrag*» ein Veräusserungsvertrag. Das muss aber nicht zwingend so sein. Infrage kämen etwa auch ein Auftrag, ein Werkvertrag, ein Hinterlegungsvertrag etc. Infolge des Relativitätsgrundsatzes beschränken sich die Wirkungen des Drittvertrags auf die am Drittvertrag als Parteien Beteiligten, sprich auf den indirekten Stellvertreter und den Dritten. Da der indirekt Vertretene in keiner unmittelbaren Rechtsbeziehung zum Dritten steht, kann er dem Grundsatz nach weder die Primärleistung vom Dritten verlangen noch Sekundäransprüche gegen ihn geltend machen. Dies gilt allerdings nicht ausnahmslos. Direkte Forderungsrechte gegen den Dritten stehen dem indirekt Vertretenen in drei Fällen zu: *Erstens* beim echten Drittvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen, *zweitens* beim Forderungsübergang vom indirekten Stellvertreter auf den indirekt Vertretenen und *drittens* im besonderen Fall der Substitution, in welchem dem indirekt Vertretenen ein Direktanspruch gegen den Dritten gestützt auf Art. 399 Abs. 3 OR zusteht. Mit dem direkten Forderungsrecht ist aber nicht automatisch auch die Möglichkeit des indirekt Vertretenen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verbunden. Einzig beim echten Drittvertrag zu Gunsten des indirekt Vertretenen sowie beim zeitlich der Vertragsverletzung des Dritten vorausgehenden Forderungsübergang auf den indirekt Vertretenen kann der indirekt Vertretene vom Dritten Schadenersatz verlangen, sofern die Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung erfüllt sind.

568 In den übrigen Fällen ist es nur dem indirekten Stellvertreter möglich, vom Dritten Schadenersatz zu verlangen. Eine Vertragsverletzung seitens des Dritten führt aber regelmässig nicht zu einem Schaden beim indirekten Stellvertreter, sodass – mangels eines Schadens – auch keine Schadenersatzforderung entsteht. Vielmehr schädigt die Nicht- oder die Schlechterfüllung des Dritten den indirekt Vertretenen, dem die Leistung des Dritten wirtschaftlich zusteht. Durch die besondere Konstruktion der indirekten Stellvertretung kommt es also zu einer Haftungslücke, die durch die Rechtsfigur der *Drittschadensliquidation* zu schliessen ist. Bei der Drittschadensliquidation geht es darum, dass

aufgrund besonderer Umstände anstelle des eigentlich anspruchsberechtigten Gläubigers eine andere (dritte) Person einen Schaden erleidet, es mithin zu einer zufälligen Schadensverlagerung kommt. Auf die indirekte Stellvertretung bezogen heisst das, dass der nicht geschädigte indirekte Stellvertreter für den (vollen) Schaden des indirekt Vertretenen einen Ersatzanspruch, gestützt auf den Drittvertrag, erheben kann. Auf diese Weise kann eine Schadenshaltung des indirekt Vertretenen in allen Fällen indirekter Stellvertretung gewährleistet werden.

Bei einem Güterfluss zwischen den Beteiligten galt es, in dieser Untersuchung zwei Fragen zu klären, und zwar *erstens*, wie die Vermögensgegenstände des indirekt Vertretenen wirksam durch den indirekten Stellvertreter auf den Dritten übertragen werden können, und *zweitens*, wer Rechtsinhaber an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen wird. 569

Bei ersterer Frage geht es um die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters. Verfügen bedeutet «*Rechte aufgeben oder Rechte schmälern*». Tatbestandlich liegt der Verfügung stets ein Rechtsgeschäft zugrunde, zu dessen Gültigkeit der Verfügende *Verfügungsmacht* haben muss, mithin die Fähigkeit, über das Verfügungsobjekt zu disponieren. Will der indirekte Stellvertreter unmittelbar über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen verfügen, so kann die Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters auf zwei Wegen begründet werden: Die erste Möglichkeit besteht in einer vorgängigen *fiduziarischen Übertragung* des Vermögensgegenstands auf den indirekten Stellvertreter. In diesem Fall kommt es zu einer unmittelbaren Treugutsbegründung und damit zu einer Überschneidung von indirekter Stellvertretung und Verwaltungstreuhand. Für den indirekt Vertretenen ist dies insofern von Nachteil, als das erworbene Treugut im Konkurs des indirekten Stellvertreters in die Konkursmasse fällt und auch Art. 401 OR dem indirekt Vertretenen kein Aussonderungsrecht zu verschaffen vermag. Daher wird der indirekt Vertretene i.d.R. die zweite Möglichkeit zur Begründung der Verfügungsmacht des indirekten Stellvertreters bevorzugen und ihm eine *Verfügungsermächtigung* erteilen. 570

Die Verfügungsermächtigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das den Ermächtigten dazu befähigt, eigengeschäftlich über einen fremden Vermögensgegenstand zu verfügen. Dem Ermächtigten wird eine *abgeleitete Verfügungsmacht* am fremden Verfügungsobjekt eingeräumt. Diese abgeleitete Verfügungsmacht ist eine besondere Form einer gegenstandsbezogenen Machtbefugnis. Von der (Verfügungs-)Ermächtigung strikt zu unterscheiden ist die Vollmacht, bei welcher dem Bevollmächtigten eine personenbezogene Machtbefugnis erteilt wird. Obgleich sich die beiden Rechtsfiguren in der Art der eingeräumten Machtbefugnis unterscheiden, verbindet sie die Gemeinsamkeit, dass dem Adressaten eine Befugnis zur Einwirkung in eine fremde 571

Rechtssphäre erteilt wird. Aus diesem Grund sind die Bestimmungen (Art. 33 ff. OR) und Grundprinzipien zur Vollmacht in einigen Punkten *analog* auf die gesetzlich nicht geregelte Verfügungsermächtigung anzuwenden. So verstanden, verleiht die Verfügungsermächtigung dem ermächtigten indirekten Stellvertreter eine abgeleitete Verfügungsmacht an den Vermögensgegenständen des indirekt Vertretenen, die es ihm ermöglicht, eigengeschäftlich über die fremden Werte zu Gunsten des Dritten zu verfügen. Da die materielle Berechtigung beim ermächtigenden indirekt Vertretenen verbleibt, fallen die rechtliche und die wirtschaftliche Berechtigung hier nicht auseinander, was die Risiken für den indirekt Vertretenen – im Vergleich zur fiduziarischen Übertragung – minimiert.

572 Ist im konkreten Fall streitig, ob der indirekte Stellvertreter fiduziarischer Rechtsinhaber oder Verfügungsermächtigter geworden ist, so ist eine Verfügungsermächtigung zu vermuten. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die sich aus Art. 396 Abs. 2 OR herleitet und bei allen Grundverträgen indirekter Stellvertretung gilt. Bewiesen werden muss, dass die Qualifikationsmerkmale für ein Grundverhältnis indirekter Stellvertretung erfüllt sind und der indirekte Stellvertreter dazu verpflichtet ist, über einen Vermögensgegenstand des indirekt Vertretenen zu verfügen (Vermutungsbasis). Das Vorliegen einer Verfügungsermächtigung ist dann zu vermuten.

573 Hinsichtlich der *Rechtsinhaberschaft* an den vom Dritten stammenden Vermögensgegenständen gilt: Sieht der Drittvertrag eine sachliche Leistung des Dritten vor, so müssen zur Beantwortung der Frage, wer Rechtsinhaber an den vom Dritten übertragenen Vermögensgegenständen wird, zwei Fälle unterschieden werden. *Erstens* gibt es den Fall, in welchem es zu einer vorgängigen (Legal-)Zession der auf die Sachleistung des Dritten gerichteten Forderung auf den indirekt Vertretenen kommt. In diesem Fall erwirbt der indirekt Vertretene als neuer Gläubiger unmittelbar vom Dritten die Vermögensgegenstände zu vollem Recht, vorausgesetzt, er übt den erworbenen Leistungsanspruch aus. Das Verfügungsgeschäft kommt hier zwischen dem indirekt Vertretenen und dem Dritten zustande. Davon zu unterscheiden ist *zweitens* der Fall, in welchem das Forderungsrecht beim indirekten Stellvertreter verbleibt und dieser vom Dritten Leistung an sich verlangt. Hier wird der indirekte Stellvertreter immer zunächst Rechtsinhaber der vom Dritten stammenden Vermögensgegenstände. Ein Direkterwerb des indirekt Vertretenen scheidet aus. Vielmehr hat auf den Rechtserwerb des indirekten Stellvertreters ein weiterer Übertragungsakt zu folgen. In Erfüllung seiner Ablieferungspflicht aus dem Grundverhältnis verfügt der indirekte Stellvertreter nämlich über den zuvor erworbenen Wert zu Gunsten des indirekt Vertretenen (*Prinzip der «zwei Übertragungsakte» beim Erwerb vom Dritten*).

Über die Autorin:

Dr. iur. Ricarda Stoppelhaar (MLaw) erwarb im Jahr 2019 den Master of Law an der Universität Bern mit *summa cum laude*. Von 2019 bis 2023 war sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Haftpflicht- und Versicherungsrecht an der Universität Bern. Während dieser Tätigkeit bestritt sie mehrere Forschungsaufenthalte am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Obligationenrecht, insbesondere bei den allgemeinen Lehren sowie im Vertragsrecht. Aktuell absolviert sie ihre Anwaltsausbildung am Bezirksgericht Baden (AG). Im Mai 2023 hat die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern ihre Dissertation mit dem Prädikat *summa cum laude* angenommen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzmaterialeien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

- 049 – Martin Seelmann: **Strafzumessung und Doppelverwertung**
- 048 – Benjamin Clément: **Die strafbare Unterlassung
der allgemeinen Lebensrettungspflicht**
- 047 – Luca Ruggiero: **Effets non coordonnés dans le contrôle
des concentrations horizontales européen**
- 046 – Miriam Lüdi: **Zielkonflikt zwischen Lärmschutz und
Siedlungsverdichtung**
- 045 – Corina Ingold: **Das Kompensationsprinzip im Schweizer
Raumplanungsrecht**
- 044 – Alex Attinger: **Wirtschaftliche Berechtigung – Konzepte und
Dogmatik**
- 043 – Myriam Christ: **Le profilage dans le cadre d’une procédure d’em-
bauche entre particuliers**
- 042 – Andreas Wehowsky: **Expedited Procedures in International
Commercial Arbitration**
- 041 – Lukas Valis: **Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektor-
spezifischer ex-ante Regulierung?**
- 040 – Constance Kaempfer: **Les mécanismes de mise en oeuvre du droit
international par les cantons suisses**
- 039 – Ruedi Ackermann: **Der Mietvertrag mit mehreren Mietern**
- 038 – Lukas Hussmann: **International anwendbare Streitgenossen-
schaftsgerichtsstände**
- 037 – Nils Reimann: **Foreign Electoral Interference:
Normative Implications in Light of International Law,
Human Rights, and Democratic Theory**

- 036 – Jeremias Fellmann: Das Verbot von extremistischen Organisationen im schweizerischen Recht
- 035 – Florent Thouvenin / Eva-Maria Messerle: Zur Geschichte des Eigengebrauchs im schweizerischen Urheberrecht – Entwicklung, Erkenntnisse, Quellen
- 034 – Nora Camenisch: Journalistische Sorgfalt: Rechtliche und medienethische Anforderungen
- 033 – Joséphine Boillat / Stéphane Werly: 20 ans de la transparence à Genève
- 032 – Nicolas Leu: Kritik der objektiven Zurechnung
- 031 – Martin Klingler: Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren
- 030 – Christoph Mettler: Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess
- 029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014
- 028 – APARIUZ XXIII: Recht in der Krise
- 027 – Maja Łysienka: Seeking Convergence?
- 026 – Marc Thommen: Introduction to Swiss Law (2nd edition, 2022)
- 025 – Severin Meier: Indeterminacy of International Law?
- 024 – Marina Piolino: Die Staatsunabhängigkeit der Medien
- 023 – Reto Pfeiffer: Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)
- 022 – Nicole Roth: Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft
- 021 – Roger Plattner: Digitales Verwaltungshandeln
- 020 – Raphaël Marlétaz: L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale
- 019 – APARIUZ XXII: Unter Gleichen
- 018 – Kristin Hoffmann: Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren
- 017 – Monika Pfyffer von Altshofen: Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen
- 016 – Valentin Botteron: Le contrôle des concentrations d'entreprises
- 015 – Frédéric Erard: Le secret médical
- 014 – Stephan Bernard: Was ist Strafverteidigung?
- 013 – Emanuel Bittel: Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht
- 012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht

- 011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

Die Bücher 001– 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis*,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 15. Dezember 2023

© 2023 Ricarda Stoppelhaar

*Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität
Bern genehmigten Dissertation.*

Dieses Werk wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access
veröffentlicht, die bei Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers
erfordert (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-50-6

DOI: 10.38107/050

Korrektorat: Sandra Ujpétery

Gestaltung: Müller+Hess, Basel

Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

050

DIE INDIRE STELLVERT

Die Indirekte Stellvertretung wurde vor allem in der deutschsprachigen Literatur bisher nur rudimentär behandelt. Diese Lücke will die vorliegende Untersuchung mit dem Titel «Die Indirekte Stellvertretung – zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Zustimmungsgeschäften» schliessen.

Die Autorin erörtert darin, die Begriffsbestimmung der indirekten Stellvertretung sowie deren Abgrenzung zu anderen Rechtsfiguren. Weiter identifiziert die Autorin die sich typischerweise aus dem Relativitätsgrundsatz ergebenden Schutzdefizite der einzelnen an der indirekten Stellvertretung beteiligten Personen und zeigt Lösungsansätze auf. Schliesslich klärt die Arbeit, wie einerseits der Erwerb vom Dritten und die Weiterübertragung auf den indirekt Vertretenen ablaufen und andererseits wie Vermögensgegenstände des indirekt Vertretenen wirksam durch den indirekten Stellvertreter auf den Dritten übertragen werden können.

sui generis

ISBN 978-3-907297-50-6

DOI 10.38107/050