

Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft

Bundesgerichtsurteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Sandro Bernet und Hans Caspar von der Crone*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil der *Cour de Justice du canton de Genève* vom 1. Juni 2018
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2019
- III. Bemerkungen
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Vertretungsrechtliche Stellung des faktischen Organs
 - 3. Verhältnis von gewillkürter Vertretungsordnung und Verkehrsschutz
 - 4. Verhältnis von kaufmännischer und bürgerlicher Stellvertretung
 - 5. Prüfschema
- IV. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die im Rohstoffhandel tätigen Unternehmen A. AG und B. Inc. haben im November 2010 drei Verträge über den Verkauf und Rückkauf von (raffinierter) Kohle im Wert von mehreren Millionen US-Dollar abgeschlossen. Die Verträge wurden weder durch die formellen Organe der jeweiligen Gesellschaft ausgehandelt noch von diesen unterzeichnet. Die B. Inc. handelte durch ihren wirtschaftlich Berechtigten. Die A. AG wurde von einer Person mit einer bildlichen Unterschrift (*signature figurative*) bestehend aus einer grossen Schleife mit drei kleinen Kreisen vertreten, deren Namen im gesamten Verfahren nicht erstellt werden konnte. Diese vom Bundesgericht als *mystérieux signataire à la signature figurative* bezeichnete Person (nachfolgend «geheimnisvoller Unterzeichner») unterschrieb die Verträge auf dem Siegel der A. AG. Die von der A. AG im kantonalen Verfahren eingereichten Vertragsexemplare enthielten zusätzlich die Unterschrift von O., dem einzigen Verwaltungsrat der A. AG. Gemäss den Feststellungen der kantonalen Gerichte wurde die Unterschrift von

O. erst nach der Unterzeichnung durch den geheimnisvollen Unterzeichner angebracht.

Aufgrund von Liefer- und Zahlungsschwierigkeiten bei der Erfüllung dieser Verträge kam es zu einem Briefwechsel. Infolgedessen schlossen die A. AG und die B. Inc. am 28. Mai 2012 eine Vereinbarung zwecks Beilegung der entstandenen Schwierigkeiten. Die Vereinbarung beinhaltete eine Schuldanererkennung der A. AG zu Gunsten der B. Inc. über einen Betrag von USD 2 046 464. Seitens der B. Inc. unterzeichnete der alleinige Geschäftsführer (*unique directeur*). Für die A. AG unterzeichnete erneut der geheimnisvolle Unterzeichner auf dem Siegel der A. AG, neben welchem dieses Mal der Hinweis «By O.» (dem einzigen Verwaltungsrat der A. AG) angebracht war. In der darauffolgenden Korrespondenz zwischen den Unternehmen betreffend den Vollzug der Vereinbarung wurden die jeweils auf dem Briefpapier der A. AG erstellten Schreiben weiterhin durch den geheimnisvollen Unterzeichner signiert.

Am 10. März 2014 klagte die B. Inc. (Klägerin, Beschwerdegegnerin) vor dem *Tribunal de première instance du canton de Genève* (Erstinstanz) gegen die A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) auf Zahlung der mit Vereinbarung vom 28. Mai 2012 anerkannten Schuld. Die Erstinstanz hiess die Klage mit Urteil vom 16. August 2017 gut und verpflichtete die A. AG zur Zahlung von USD 2 046 464 zuzüglich Zinsen und abzüglich der von der A. AG geleisteten Teilzahlungen von insgesamt USD 200 000. Die dagegen erhobene Berufung der A. AG wies die *Cour de Justice du canton de Genève* (Vorinstanz) mit Urteil vom 1. Juni 2018 ab. Die A. AG machte geltend, die Vereinbarung vom 28. Mai 2012 sei, im Gegensatz zu den zusätzlich von Verwaltungsrat O. visierten Verträgen vom November 2010, ungültig. Die Vorinstanz kam indessen zum Schluss, dass der geheimnisvolle Unterzeichner die A. AG als faktisches Organ beim Abschluss der Vereinbarung wirksam vertreten konnte. Daraufhin erhob die A. AG Beschwerde ans Bundesgericht, die mit dem vorliegenden Urteil gutgeheissen wurde.¹

* MLaw Sandro Bernet und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>. Ein Kurzvideo zu diesem Beitrag wird in Kürze auf www.aktienrechtplus.ch publiziert.

¹ Vgl. zum Ganzen die deutsche Übersetzung und Zusammenfassung von Martin Rauber, *swissblawg* vom 25. Oktober 2019, abrufbar unter https://swissblawg.ch/2019/10/4a_455-2018-vertretung-einer-ag-durch-faktische-organ-fuer-den-abschluss-von-rechtsgeschaeften-amtl-publ.html.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil der *Cour de Justice du canton de Genève* vom 1. Juni 2018

Die Vorinstanz prüfte die Frage der Vertretungsbefugnis des geheimnisvollen Unterzeichners für die Beschwerdeführerin ausgehend von Art. 55 ZGB. Einleitend umschrieb sie den Gehalt des Organbegriffs. Sie führte aus, dass neben den sog. formellen Organen (bspw. der Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft) auch diejenigen Personen als Organe im Sinne von Art. 55 ZGB gelten würden, die in tatsächlicher Hinsicht die Leitung der Gesellschaft übernehmen (bspw. der in die Geschäftsführung eingreifende Alleinaktionär).² Daraus schloss die Vorinstanz, dass gestützt auf Rechtsprechung und Doktrin auch Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (sog. faktische Organe), in den Kreis der vertretungsbefugten Organe aufzunehmen seien.³

Hiernach legte die Vorinstanz dar, dass der geheimnisvolle Unterzeichner als faktisches Organ der Beschwerdeführerin zu qualifizieren sei. Sowohl die ursprünglichen Verträge, deren Gültigkeit von beiden Parteien unbestritten blieb, als auch die Vereinbarung vom 28. Mai 2012 seien seitens der Beschwerdeführerin einzig vom geheimnisvollen Unterzeichner unterschrieben worden. Dessen Zuständigkeit sei dauerhaft gewesen, da er während mehrerer Jahre als Einzelzeichnungsberechtigter der Beschwerdeführerin aufgetreten sei. Der Umfang seines Kompetenzbereichs und seiner Entscheidungsbefugnis seien durch die hohen Beträge akzentuiert worden, welche die drei Verträge vom November 2010 sowie die Vereinbarung vom 28. Mai 2012 umfassten.⁴ Zusammengefasst habe der geheimnisvolle Unterzeichner als faktisches Organ der Beschwerdeführerin gehan-

delt. Die Beschwerdeführerin sei damit durch dessen Handlungen rechtsgeschäftlich gebunden worden, was sie in Bezug auf die Verträge vom November 2010 auch nicht bestritten habe. Im Ergebnis schützte die Vorinstanz das Urteil der Erstinstanz und hielt in Abweichung zu deren Begründung fest, dass von einer Überprüfung der Vertretungsbefugnis gestützt auf die Art. 32 ff. OR von vornherein abgesehen werden könne.⁵

2. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2019

Vorgängig zur Prüfung der Frage, ob faktische Organe die Aktiengesellschaft Kraft ihrer Organstellung vertreten können, rief das Bundesgericht in Erinnerung, welche Personen die Aktiengesellschaft gegenüber Dritten vertraglich verpflichten können. In erster Linie werde die Aktiengesellschaft durch ihre Organe gemäss Art. 718 OR (als *lex specialis* zu Art. 55 ZGB) vertreten. Das Bundesgericht stellte klar, dass sich der Begriff der Vertretung (*représentation*) im Sinne von Art. 718 OR auf die von den Organen vorgenommenen und der Aktiengesellschaft zurechenbaren Rechtshandlungen beziehe.⁶ Zur rechtsgeschäftlichen Vertretung befugte Organe nach Art. 718 OR seien erstens die Mitglieder des Verwaltungsrats, zweitens Delegierte des Verwaltungsrats oder Direktoren.⁷ Sodann könne sich die Aktiengesellschaft gemäss Art. 721 OR durch Prokuristen (Art. 458 OR) und andere Bevollmächtigte (Art. 462 OR) vertreten lassen. Diese Personen könnten die Aktiengesellschaft lediglich im Rahmen ihrer spezifischen Vertretungsbefugnis verpflichten, ihnen komme keine Organstellung zu.⁸ Schliesslich seien zivilrechtliche Vertreter im Sinne der Art. 32 ff. OR dazu befugt, die Aktiengesellschaft vertraglich zu verpflichten, wobei das Bundesgericht ausführte, dass diese Bestimmungen dann zur Anwendung kämen, wenn es an einschlägigen besonderen Vertretungsvorschriften fehle.⁹ Im konkreten Fall habe der geheimnisvolle Unterzeichner weder als Organ im Sinne von Art. 718 OR

² *Cour de Justice du canton de Genève* C/20478/2013 vom 1. Juni 2018, E. 7.1, mit Verweis auf BGE 117 II 55 E. 3, BGE 101 Ib 422 E. 5a sowie BGer 4A_544/2008 vom 10. Februar 2009, E. 2.3.

³ *Cour de Justice du canton de Genève* C/20478/2013 vom 1. Juni 2018, E. 7.1, mit Verweis auf BGE 128 III 29 E. 3a, BGE 101 Ib 422 E. 5a sowie BGer 4A_54/2008 vom 29. April 2008, E. 3.2.1 f.

⁴ *Cour de Justice du canton de Genève* C/20478/2013 vom 1. Juni 2018, E. 7.2.

⁵ *Cour de Justice du canton de Genève* C/20478/2013 vom 1. Juni 2018, E. 7.2.

⁶ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.1.1.1.

⁷ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.1.1.1.

⁸ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.2.

⁹ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.3.

noch als Prokurist oder Bevollmächtigter im Sinne von Art. 721 OR gehandelt.¹⁰

Als Nächstes stellte das Bundesgericht klar, dass die Auffassung der Vorinstanz unzutreffend sei, wonach ein faktisches Organ die Aktiengesellschaft gestützt auf die Rechtsprechung betreffend Haftung (Art. 55 Abs. 2 ZGB und Art. 722 OR) und Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) rechtsgeschäftlich vertreten könne.¹¹ Zunächst gelte es, klar zu unterscheiden zwischen rechtsgeschäftlicher Vertretung (Art. 718 OR), deliktischer Zurechnung unerlaubter Handlungen (Art. 722 OR) und persönlicher Verantwortlichkeit der mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art. 754 OR). Die rechtsgeschäftliche Zurechnung von Handlungen der Organe beruhe im Falle der Einschränkung interner Befugnisse auf dem guten Glauben Dritter (Art. 718a Abs. 2 OR), die Zurechnung unerlaubter Handlungen ihrer Organe dagegen auf der Ausübung geschäftlicher Kompetenzen im Rahmen einer Organfunktion. Bei vertraglicher Bindung und Haftung handle es sich um zwei verschiedene Tatbestände.¹² Sodann führte das Bundesgericht aus, dass es einer Gesetzesänderung gleichkäme, wenn faktische Organe die Aktiengesellschaft durch ihre Rechtshandlungen unmittelbar verpflichten könnten. Ein Verwaltungsrat müsse unabhängig sein und könne sich nicht den Weisungen Dritter unterwerfen. Auch die Lehre halte fest, dass der Verwaltungsrat eine faktische Organschaft nicht tolerieren dürfe.¹³

Gestützt darauf schloss das Bundesgericht, dass dem Einzel- oder Mehrheitsaktionär, der in die Leitung der Aktiengesellschaft eingreift, keine vertretungsrechtliche Organstellung im Sinne von Art. 718 OR zukomme und dieser die Aktiengesellschaft somit nicht ohne gesonderte Bevollmächtigung rechtsgeschäftlich vertreten könne. Hingegen könne die Aktiengesellschaft für dessen unerlaubte Handlungen gemäss Art. 722 OR haftbar gemacht werden, sofern die Voraussetzungen der faktischen Organschaft gegeben sind.¹⁴ Entsprechend sei der geheimnisvolle Unterzeichner nicht dazu ermächtigt gewesen, die

Beschwerdeführerin allein aufgrund einer Stellung als faktisches Organ vertraglich zu binden.¹⁵

Alsdann führte das Bundesgericht aus, dass im konkreten Fall einzig die Möglichkeit der bürgerlichen Stellvertretung verbleibe.¹⁶ Nach einer allgemeinen Umschreibung der einschlägigen Konstellationen zeigte das Bundesgericht auf, wie bei deren Prüfung vorzugehen sei. In einem ersten Schritt habe das Gericht zu prüfen, ob eine Bevollmächtigung gemäss Art. 32 Abs. 1 OR vorliege. Diese könne dem Vertreter sowohl ausdrücklich als auch in Form einer Duldungs- oder Anscheinsbevollmächtigung erteilt werden.¹⁷ Erst wenn diese Prüfung zum Ergebnis führe, dass dem Vertreter keine Vollmacht erteilt wurde, müsse in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob eine Kundgabe der Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber an einen gutgläubigen Dritten (Art. 33 Abs. 3 OR) oder mangels solcher eine Genehmigung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 OR besteht.¹⁸ Soweit sich aus dem vorliegenden Sachverhalt ergebe, dass in Bezug auf die Vereinbarung vom 28. Mai 2012 keine Genehmigung nach Art. 38 Abs. 1 OR vorgelegen habe, sei es Sache der Vorinstanz, das Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 1 OR sowie bei deren Fehlen die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 3 OR zu prüfen.¹⁹ In diesem Sinne wies es die Angelegenheit zur Neubeurteilung und Vornahme der zuvor unterlassenen Prüfung der Vertretungsbefugnis nach den Art. 32 ff. OR an die Vorinstanz zurück.

III. Bemerkungen

1. Ausgangslage

Im vorliegenden Entscheid behandelte das Bundesgericht die bislang ungeklärte Frage, ob faktische Organe die Aktiengesellschaft rechtsgeschäftlich vertreten können. Zudem äusserte es sich in allgemeiner Weise dazu, wie bei der Prüfung der Vertretungsbefugnis von im Namen der Aktiengesellschaft handelnden Personen vorzugehen ist. Die diesbezüglichen Erwägungen ermöglichen Rückschlüsse zum rechtlichen Verhältnis von gewillkürter Vertretungsordnung und Verkehrsschutz, die nachfolgend ausge-

¹⁰ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.4.

¹¹ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 6.1 f.

¹² BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 6.2.1.

¹³ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 6.2.2.

¹⁴ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 6.2.3.

¹⁵ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 6.3.

¹⁶ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.

¹⁷ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.1.1.

¹⁸ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.1.2.

¹⁹ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.2.

hend von der vertretungsrechtlichen Stellung des faktischen Organs diskutiert werden. Hiernach wird die bürgerliche mit der kaufmännischen Stellvertretung verglichen und gestützt darauf ein Schema zur Prüfung der rechtsgeschäftlichen Vertretung der Aktiengesellschaft vorgeschlagen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Modalitäten der konkludenten Vollmachterteilung.

2. Vertretungsrechtliche Stellung des faktischen Organs

2.1 Keine vertretungsberechtigte Organqualität

Bereits in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2015 hatte das Bundesgericht die Frage aufgeworfen, ob die Figur des faktischen Organs lediglich als Haftungstatbestand für sich einmischende Personen dient oder ob faktische Organe tatsächliche Organqualität haben und die juristische Person durch ihr Handeln aktiv binden können.²⁰ In der Sache verneinte das Bundesgericht die Zulässigkeit der persönlichen Vertretung der Aktiengesellschaft durch ein faktisches Organ im Schlichtungsverfahren (Art. 204 Abs. 1 ZPO) mit Bezugnahme auf den spezifischen prozessrechtlichen Kontext.²¹ Es liess dabei die Frage offen, unter welchen Voraussetzungen ein faktisches Organ aktiv für die juristische Person materiell bindende Rechtshandlungen vornehmen kann. Indessen wies es bereits in diesem Entscheid darauf hin, dass sich eine vertretungsberechtigte Stellung des faktischen Organs jedenfalls nicht aus einem früheren Urteil ableiten lasse, worin das Bundesgericht ausgeführt hatte, dass auch faktische Organe die Gesellschaft nach aussen vertreten könnten, wobei sich ihre Vertretungsmacht aus der tatsächlichen Einflussnahme auf die Gesellschaft ergebe.²² Darin sei es nicht um eine

aktive Handlung, sondern (ähnlich einer Wissenszurechnung) um die Zurechnung der Entgegennahme von Arbeit gegangen.²³ Von der aktiven Vertretungsberechtigung abzugrenzen sind mithin die Befugnis, Willenserklärungen namens der Aktiengesellschaft zu empfangen, die auch einem faktischen Organ in dessen Tätigkeitsbereich zukommen kann, sowie die Wissensvertretung, die nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung einem funktionalen Ansatz folgt.²⁴

Mit dem nunmehr vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht klargestellt, dass dem faktischen Organ einer juristischen Person keine vertretungsberechtigte Organstellung zukommt. Ein faktisches Organ einer Aktiengesellschaft kann diese demnach nicht unmittelbar gestützt auf Art. 718 OR und damit ohne gesonderte Bevollmächtigung gegenüber Dritten vertreten. Diese Auffassung ist zweifelsohne zutreffend. Das Rechtsinstitut der faktischen Organschaft wurde in erster Linie im Kontext des Haftungs- und Verantwortlichkeitsrechts entwickelt.²⁵ In diesem Bereich dient es dazu, tatsächliches Handeln von Personen ohne formelle Organstellung der Gesellschaft zuzurechnen, um die Schädigung Dritter oder der Gesellschaft durch Umgehungs- und Missbrauchstatbestände zu verhindern.²⁶ So kann die Aktiengesellschaft etwa für unerlaubte Handlungen des faktischen Organs haftbar gemacht werden (Art. 722 OR).²⁷ Darüber hinaus unterliegt es der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und somit einer persönli-

griff?, Basel 2012, 265; Peter Jung, in: Peter Jung/Peter V. Kunz/Harald Bärtschi (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, 230 f.; siehe auch BGE 4A_544/2008 vom 10. Februar 2009, E. 2.3.

²³ BGE 141 III 159 E. 2.3 mit Verweis auf Art. 320 Abs. 2 OR; vgl. auch BGE 122 III 225 E. 1b.

²⁴ Vgl. dazu Rolf Watter, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N 34 f. zu Art. 718 m.w.H.

²⁵ Claire Huguenin/Christophe Reitze, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 12 ff. zu Art. 54/55 m.w.H.

²⁶ Peter Jung, Faktische Organe im Zivilprozess – Substance over Form?, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung – Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, 267; für einen Überblick zu Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage vgl. Wytttenbach (Fn. 22), 247 ff. sowie 261 ff.

²⁷ BGE 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 6.2.3; BGE 121 III 176 E. 4a m.w.H.

²⁰ BGE 141 III 159 E. 2.3.

²¹ BGE 141 III 159 E. 2.4 ff. Für das Bundesgericht entscheidend war, dass der Schlichtungsbehörde ermöglicht wird, rasch und einfach zu prüfen, ob eine juristische Person korrekt zur Schlichtungsverhandlung erschienen ist. Bei Erscheinen eines faktischen Organs sei diese Möglichkeit nicht gegeben, wodurch eine wirksame Vertretung an der Schlichtungsverhandlung ausgeschlossen sei (BGE 141 III 159 E. 2.6).

²² BGE 4C_307/2001 vom 14. März 2002 E. 2b, aus welchem teilweise abgeleitet wurde, dass das Bundesgericht dem faktischen Organ eine vertretungsberechtigte Organstellung zuspreche; vgl. Michael Wytttenbach, Formelle, materielle und faktische Organe – einheitlicher Organbe-

chen Haftung im Falle von Pflichtverletzungen (Art. 754 OR).²⁸ Wie bereits in der älteren Literatur festgehalten, kann die haftungsrechtliche Figur des faktischen Organs indessen nicht auf Fragen der organschaftlichen Vertretung übertragen werden. Organe im vertretungsrechtlichen Sinne sind nur die kraft Körperschaftsrecht zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Personen.²⁹ Bei der Aktiengesellschaft sind dies einzig die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie seine Delegierten oder Direktoren.³⁰ Das haftungsrechtliche faktische Organ ist in vertretungsrechtlicher Hinsicht als «Nicht-Organ» zu qualifizieren.

2.2 Keine konkludent erteilte Organvollmacht ohne qualifizierte Umstände

In der Literatur wird mit Verweis auf ältere Entscheidung des Bundesgerichts ausgeführt, dass eine Organvollmacht nicht nur ausdrücklich (i.d.R. durch die Wahl in die betreffende Funktion), sondern auch stillschweigend durch Duldung oder Anschein begründet werden kann.³¹ Die Vertretungswirkung kann dabei sowohl im Innenverhältnis (durch eine dem Prinzipal zurechenbare Willensäusserung gegenüber dem Vertreter) als auch im Aussenverhältnis (durch Kundgabe gegenüber dem gutgläubigen Dritten) entstehen.³² Als typisches Beispiel werden Konstellationen genannt, in denen dem gutgläubigen Drit-

ten durch einen falschen Handelsregistereintrag der Anschein einer Organvollmacht vermittelt wird.³³

Dem Handelsregistereintrag kommt für die Begründung einer Organstellung keine konstitutive Wirkung zu, wodurch ihre konkludente oder stillschweigende Begründung grundsätzlich möglich ist.³⁴ Gleichwohl wird nur in Ausnahmefällen von einer konkludent erteilten Organvollmacht auszugehen sein, da diese erstens die weitgehendste Vertretungsermächtigung für die Aktiengesellschaft darstellt und zweitens in aller Regel zutreffend im Handelsregister eingetragen ist. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass im vorliegenden Fall weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht auf eine konkludente Einräumung einer zur Vertretung berechtigenden Organstellung geschlossen hat, obwohl der geheimnisvolle Unterzeichner über mehrere Jahre im Namen der Gesellschaft auftrat. Dies genügt für sich allein nicht, um den Anschein des Vorliegens einer Organvertretung zu begründen. Naheliegender und in solchen Fällen primär in Betracht zu ziehen sind diejenigen Bevollmächtigungsformen, die typischerweise konkludent erteilt werden. Dies sind – wie nachfolgend aufgezeigt – insbesondere die bürgerliche Einzelvollmacht und die kaufmännische Handlungsvollmacht.

3. Verhältnis von gewillkürter Vertretungsordnung und Verkehrsschutz

3.1 Terminologie des Bundesgerichts

3.1.1 «Interne» und «externe» Vollmacht

Die Rechtsprechung unterscheidet hinsichtlich der Vertretung terminologisch zwischen internen und externen Vollmachten.³⁵ Die Begriffe intern und extern beziehen sich dabei nicht auf die Vollmacht als solche, sondern auf die Modalitäten des Zustande-

²⁸ BGE 128 III 29 E. 3a m.w.H.

²⁹ Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 627; Jung (Fn. 22), 230 f.; vgl. in Bezug auf die Aktiengesellschaft Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 92 ff.; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 N 210 ff.; ähnlich Heinz Schärer, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Winterthur 1981, 47 ff.

³⁰ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.1.1; siehe auch BGE 141 III 80 E. 1.3.

³¹ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 98; Christoph B. Bühler, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 698–726 und 731b OR, Die Aktiengesellschaft Generalversammlung und Verwaltungsrat, 3. Aufl., Zürich 2018, N 8 zu Art. 718; jeweils mit Verweis auf BGE 94 II 117 E. 3 sowie BGE 96 II 439 E. 2.

³² BSK OR II-Watter (Fn. 24), N 26 ff. zu Art. 718 m.w.H.; zur Terminologie siehe sogleich III.3.1.

³³ BSK OR II-Watter (Fn. 24), N 28 zu Art. 718; ZK OR-Bühler (Fn. 31), N 36 zu Art. 718.

³⁴ ZK OR-Bühler (Fn. 31), N 10 zu Art. 718.

³⁵ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.1.1; BGE 120 II 197 E. 2a; BGE 141 III 289 E. 4.1; BGE 107 II 105 E. 6a; vgl. zu dieser Terminologie Bucher (Fn. 29), 602; Stephan Fuhrer, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2015, 304; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1389 ff.

kommens der Vertretungswirkung.³⁶ Im Normalfall der internen Vollmachterteilung erklärt der Prinzipal gegenüber dem Vertreter, dass er ihn zur Vertretung bevollmächtigt. Im Sonderfall der sog. externen Vollmacht tritt die Vertretungswirkung dadurch ein, dass der Prinzipal gegenüber dem gutgläubigen Dritten kundgibt, der Vertreter sei zum Handeln in dessen Namen befugt. In der Literatur wird zu Recht auf die Schwächen dieser Terminologie hingewiesen.³⁷ In der Tat darf die Bezeichnung «externe Vollmacht» nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Eintritt der Vertretungswirkung im Falle der Kundgabe nach Art. 33 Abs. 3 OR gerade nicht auf einer Vollmachterteilung, sondern auf dem Schutz des guten Glaubens eines Dritten (als Empfänger der Kundgabe) basiert. Das Fehlen einer Vollmacht macht den Rückgriff auf den Gutglaubensschutz erst notwendig.³⁸ Unter den zwar anschaulichen, aber ungenauen, Begriff der «externen Vollmacht» werden somit Konstellationen subsumiert, bei denen es an einer Bevollmächtigung mangelt. Sofern diese Rechtslage berücksichtigt wird, ist diese Terminologie indessen trotz ihrer Unzulänglichkeiten insoweit tolerabel, als sie eine prägnante Differenzierung zwischen im Innen- und im Aussenverhältnis begründeten Eintrittsarten der Vertretungswirkung ermöglicht.³⁹ Die Bezugnahme auf diese Begrifflichkeiten rechtfertigt sich schliesslich in Hinblick auf ihre Etablierung in der Rechtsprechung.

Relevant ist die Unterscheidung zwischen interner und externer Vollmacht dann, wenn das Vorliegen einer wirksamen Vertretung strittig ist und die Möglichkeit einer konkludenten Vollmachterteilung besteht. Dies gilt insbesondere für die bürgerliche Bevollmächtigung (Art. 32 ff. OR) und die kaufmännische Handlungsvollmacht (Art. 462 OR), da diese regelmässig durch konkludentes Verhalten zustande kommen. Eine stillschweigend erteilte Vollmacht wird durch Duldung trotz Kenntnis (Duldungsvollmacht) oder Nichteinschreiten trotz Kenntnismög-

lichkeit (Anscheinsvollmacht) begründet. Wie vom Bundesgericht vorliegend erneut bestätigt, besteht sowohl die Möglichkeit einer internen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht (in Form eines zurechenbaren Vertretungsverhältnisses zwischen Prinzipal und Vertreter) als auch einer externen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht (in Form eines dem gutgläubigen Dritten als Empfänger der Kundgabe gewährten Verkehrsschutzes).⁴⁰

3.1.2 Interne Duldungs- und Anscheinsvollmacht

Eine interne Duldungsbevollmächtigung liegt vor, wenn der Prinzipal weiss, dass er ohne seinen ausdrücklichen Willen vertreten wird, aber nicht gegen die unerbetene Vertretung einschreitet, wodurch der Vertreter von einer Bevollmächtigung ausgeht.⁴¹ Der Tatbestand der internen Anscheinsvollmacht ist gegeben, wenn der Prinzipal keine Kenntnis davon hat, dass ein anderer sich als sein Vertreter ausgibt, er bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit das Vertreterhandeln aber hätte erkennen müssen, und der Vertreter das Verhalten des Prinzipals nach Treu und Glauben als Bevollmächtigung interpretiert.⁴² Abgrenzungskriterium zwischen Duldungs- und Anscheinsvollmacht ist die tatsächliche Kenntnis des Prinzipals über die Vertretung.

3.1.3 Externe Duldungs- und Anscheinsvollmacht

Die Tatbestände der externen Duldungs- und Anscheinsvollmacht werden vom Regelungsgedanken des Art. 33 Abs. 3 OR erfasst. Wer den Anschein einer Vollmachterteilung zulässt, soll an die in seinem Namen vorgenommenen Handlungen gebunden ein.⁴³ Entscheidend ist dabei nicht das Verhalten des Vertreters, sondern ob das tatsächliche Verhalten des Prinzipals in guten Treuen auf einen Mitteilungswillen gegenüber dem gutgläubigen Dritten schliessen lässt. Dieses Verhalten kann in einem positiven Tun,

³⁶ Vgl. *Bucher* (Fn. 29), 601 f.

³⁷ Vgl. insbesondere *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 35), N 1405 ff.; *Roger Zäch/Adrian Künzler*, *Berner Kommentar Obligationenrecht*, Art. 32–40 OR, *Stellvertretung*, 2. Aufl., Bern 2014, N 128 ff. zu Art. 33.

³⁸ In den Worten von *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 35), N 1408: *Wo nichts fehlt, ist nichts zu heilen*.

³⁹ Vgl. BGE 120 II 197 E. 2b; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 35), N 1406; a.M. BK OR-Zäch/Künzler (Fn. 37), N 128 f. zu Art. 33, die diese Begrifflichkeiten grundsätzlich als nicht sinnvoll erachten.

⁴⁰ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.1.1 f.; BGE 141 III 289 E. 4.1; BGE 120 II 197 E. 2.

⁴¹ BGE 141 III 289 E. 4.1; BGer 5A_500/2010 vom 12. Oktober 2010, E. 6.2.2.

⁴² BGE 141 III 289 E. 4.1; BGer 4C_287/2002 vom 15. Dezember 2003, E. 4.

⁴³ BGE 131 III 511 E. 3.2.1; BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.1.2.1; BGer 4A_54/2009 vom 20. April 2009, E. 3.1; vgl. *Rolf Watter*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, N 16 zu Art. 33 m.w.H.

aber auch in einem passiven Verhalten in Form eines bewussten oder normativ zurechenbaren Duldens oder Unterlassens bestehen.⁴⁴ Bei rein passivem Verhalten müssen zusätzlich hinreichende objektive Umstände gegeben sein, aus denen der Dritte auf die Bevollmächtigung des Vertreters schliessen darf.⁴⁵

Folglich liegt eine externe Duldungsvollmacht vor, wenn der Prinzipal die ihm bekannte unerbetene Vertretung gegenüber dem Dritten in einer Weise duldet, dass dieser nach Treu und Glauben auf die Kundgabe der Bevollmächtigung schliessen darf. Kennt der Prinzipal das Verhalten des Vertreters nicht, könnte es aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit kennen und verhindern, liegt eine externe Anscheinsvollmacht vor, wenn der Prinzipal durch sein Verhalten den Anschein schafft, dass er dem Vertreter eine Vollmacht erteilt hat, oder wenn er in Kenntnis eines von Dritten (insbesondere des Vertreters selbst) geschaffenen Anscheins nicht widerspricht, wodurch in guten Treuen die Gutheissung der Bevollmächtigung abgeleitet werden kann.⁴⁶ Die externe Duldungs- und Anscheinsvollmacht schützen somit den gutgläubigen Dritten im berechtigten Vertrauen auf einen vom Prinzipal geschaffenen Rechtsschein.⁴⁷

3.2 Primat des Willens des Prinzipals bei bürgerlicher Stellvertretung

Die Rechtsprechung liefert klare Vorgaben zum Verhältnis von interner und externer Bevollmächtigung bei der bürgerlichen Stellvertretung. Es ist zunächst zu prüfen, ob aus dem Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter eine Vollmachterteilung abzuleiten ist.⁴⁸ Erst wenn diese Prüfung zum Ergebnis führt, dass keine Bevollmächtigung vorliegt, ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob im Aussenverhältnis eine unmittelbare Mitteilung der Bevollmächtigung durch den Prinzipal erfolgte. Zudem besteht stets die Möglichkeit einer Genehmigung der Vertre-

tungshandlung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 OR. Der Primat des Willens des Prinzipals entspricht der voluntaristischen Konzeption der bürgerlichen Stellvertretung, die dem Vollmachtgeber ermöglicht, seine Vertreter und deren Befugnisse frei zu bestimmen. Abzustellen ist primär auf den sachbezogenen Ermächtigungswillen des Prinzipals.⁴⁹

3.3 Analoge Regelung bei kaufmännischer Stellvertretung

Die handelsrechtlichen Vollmachten umfassen insbesondere die Prokura (Art. 458 OR) und die kaufmännische Handlungsvollmacht (Art. 462 OR). Diese unterscheiden sich von der bürgerlichen Einzelvollmacht im Wesentlichen dadurch, dass ihr Umfang gesetzlich vorgegeben ist.⁵⁰ Die kaufmännische Stellvertretung richtet sich nach den Bedürfnissen des Handelsverkehrs, während die bürgerliche Vollmacht auf eine konkret dem Bevollmächtigten anvertraute Aufgabe begrenzt ist.⁵¹ Der Prokurist kann grundsätzlich alle Rechtshandlungen vornehmen, die der Zweck des Gewerbes mit sich bringt (Art. 459 Abs. 1 OR), der Handlungsbevollmächtigte all diejenigen, die der Betrieb gewöhnlich mit sich bringt (Art. 462 Abs. 1 OR). Bei der im Handelsregister einzutragenden Prokura besteht überdies ein verstärkter Verkehrsschutz aufgrund der Publizität und Beweiskraft des öffentlichen Registers. Die kaufmännische Handlungsvollmacht kann dagegen nicht im Handelsregister eingetragen werden.⁵² Ein zusätzlicher Unterschied zur bürgerlichen Einzelvollmacht besteht mithin darin, dass die auf Verkehrsschutz beruhende Vertretungswirkung durch Kundgabe bei der kauf-

⁴⁹ *Bucher* (Fn. 29), 323.

⁵⁰ BK OR-Zäch/Künzler (Fn. 37), N 28 f. zu Vorbem. Art. 32–40.; BSK OR I-Watter (Fn. 43), N 10 zu Art. 32; HGer Zürich, HG100031-O vom 7. Juni 2012, E. 5.2.3.

⁵¹ *Georg Gautschi*, Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 425–491 OR, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Bern 1962, N 7c zu Art. 462. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass (im Gegensatz zur bürgerlichen Vollmacht, die auch juristischen Personen erteilt werden kann) nur natürliche Personen kaufmännische Stellvertreter sein können; vgl. *Jörg Schwarz*, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 3 zu Art. 462.

⁵² *Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 9 N 60 m.w.H.; anders noch HGer ZH, ZR 1987 Nr. 30, 71.

⁴⁴ Zum Ganzen BGE 120 II 197 E. 2; BGer 4C_293/2006 vom 17. November 2006, E. 2.1.1 f.; HGer ZH HG140062-O vom 9. März 2017, E. 2.5.7.

⁴⁵ BGE 120 II 197 E. 3b.

⁴⁶ BGE 120 II 197 E. 2b; BGer 4C_293/2006 vom 17. November 2006, E. 2.1.1; KGer SG BZ_2007_91 vom 22. Juli 2008, E. 2.2; HGer ZG HG100031-O vom 7. Juni 2012, E. 5.2.3.

⁴⁷ Vgl. BGE 131 III 511 E. 3.2.1; sowie *Arnold F. Rusch*, Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Zürich 2011, 98 ff.

⁴⁸ BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 7.1.1 f.

männischen Stellvertretung gegenüber jedem gutgläubigen Dritten eintritt, bei der bürgerlichen Stellvertretung hingegen nur gegenüber demjenigen, dem die Vollmacht spezifisch kundgetan wurde.

Aus diesen Grundsätzen folgt, dass die Vertretungswirkung bei der kaufmännischen Stellvertretung in Bezug auf das konkrete Einzelgeschäft direkt durch den gesetzlich definierten Rechtsschein der betreffenden Handlungsvollmacht bewirkt wird.⁵³ Entscheidend ist bei der kaufmännischen Stellvertretung nicht, ob die konkrete Vertretungshandlung dem Willen des Prinzipals entspricht, sondern ob dem Vertreter vom Prinzipal eine Position eingeräumt wurde, deren gesetzlich typisierter Kompetenzumfang die konkrete Vertretungshandlung mitumfasst.⁵⁴ Zur Beantwortung der Frage, ob dem Vertreter eine solche Position zugewiesen wurde, ist gleich wie bei der bürgerlichen Stellvertretung in erster Linie auf den Willen des Prinzipals abzustellen. Auch die handelsrechtlichen Vollmachten sind rechtsgeschäftlich begründete Formen der Stellvertretung, bei denen primär zu prüfen ist, ob gestützt auf das Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter eine Vollmachterteilung abzuleiten ist. Der Rückgriff auf einen vom Prinzipal gegenüber dem Dritten geschaffenen Rechtsschein ist subsidiär.

Darüber hinaus können die Prokura und die kaufmännische Handlungsvollmacht ebenfalls stillschweigend erteilt werden.⁵⁵ Nach Massgabe der Terminologie des Bundesgerichts ist die konkludente Begründung einer kaufmännischen Stellvertretung sowohl in Form der internen als auch der externen bzw. kundgegebenen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht möglich.⁵⁶ Da die kaufmännische Stellvertre-

tung in jeder Erscheinungsform auf Dauer ausgelegt ist, erfordert ihre konkludente Begründung ein Verhalten, das auf Dauer und Kontinuität ausgerichtet ist. Insbesondere kann bloss einmaliges Handeln in der Regel keinen ausreichenden Rechtsschein begründen. Schliesslich darf im Allgemeinen aus dem betrieblichen Rechtsschein bloss auf eine Handlungsvollmacht, nicht aber weitergehend auf eine Prokura geschlossen werden.⁵⁷

3.4 Fazit

Im Ergebnis ist sowohl im Rahmen der bürgerlichen als auch der kaufmännischen Stellvertretung primär auf das Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter abzustellen. Der Eintritt der Vertretungswirkung kann sowohl im Innen- als auch im Aussenverhältnis ohne ausdrückliche Willensäusserung des Prinzipals erfolgen. Ob eine Bevollmächtigung im Innenverhältnis gegeben ist, wird regelmässig davon abhängen, ob der Vertreter sich überhaupt auf eine solche beruft bzw. diese zumindest nicht abstreitet.⁵⁸ Das Vorliegen einer internen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn der in fremdem Namen handelnde Vertreter wusste, dass beim Prinzipal kein Wille zur Vollmachterteilung bestand.⁵⁹ Im Einklang mit dem allgemeinen Vertrauensgrundsatz wird der gutgläubige Dritte in diesen Konstellationen nur dann geschützt, wenn er aus dem Verhalten des Prinzipals in guten Treuen auf das Vorliegen eines Ermächtigungswillens schliessen durfte.

⁵³ Eugen Bucher, Organschaft, Prokura, Stellvertretung («Prospera GmbH»), in: Max Boemle et al. (Hrsg.), Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, 46; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe (Fn. 52), § 9 N 7.

⁵⁴ Grundsätzlich zur Anscheinsvollmacht durch Einräumung einer bestimmten Stellung Rusch (Fn. 47), 100 ff.; Martin Danuser, Die Anscheinsvollmacht, Gutgläubensschutz im Vollmachtenrecht, Casis 1975, 37 ff.

⁵⁵ BGE 120 II 197 E. 3b; BGE 94 II 117 E. 3; Peter Jung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, N 2 zu Art. 462; BSK OR I-Watter (Fn. 43), N 6 f. zu Art. 458.

⁵⁶ Vgl. BGE 120 II 197 E. 3b; zudem statuiert Art. 40 OR die analoge Anwendung der Bestimmungen zur bürgerlichen Stellvertretung, sofern besondere Vorschriften fehlen; vgl. BSK OR I-Watter (Fn. 43), N 2 zu Art. 40.

⁵⁷ Zum Ganzen BGE 120 II 197 E. 3b; BGE 74 II 149 E. 2; Cesare Jermini/Massimo Vanotti, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, N 6 zu Art. 458; BSK-OR I-Watter (Fn. 43), N 8 zu Art. 462; Jung (Fn. 22), 243.

⁵⁸ Zu diesbezüglichen prozesstaktischen Überlegungen vgl. insbesondere Marcel Giger, Vollmachtsmitteilung nach Art. 33 Abs. 3 OR – Voraussetzungen für den Vertrauensschutz, recht 1/1995, 33.

⁵⁹ Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger (Fn. 35), N 1411; Fuhrer (Fn. 35), 304 f.

4. Verhältnis von kaufmännischer und bürgerlicher Stellvertretung

4.1 Einschlägige Rechtsprechung

Die Anwendungsbereiche von bürgerlicher und kaufmännischer Stellvertretung sind oftmals schwierig voneinander abzugrenzen, dies zeigt sich an der einschlägigen Rechtsprechung.

- In BGE 120 III 197 prüfte das Bundesgericht die externe Anscheinsbevollmächtigung des Sohnes eines Sportgeschäftsinhabers für den Abschluss eines Vertrags über die Einrichtung eines neuen Ladenlokals. Es äusserte sich dabei zur Möglichkeit der konkludenten Erteilung einer bürgerlichen sowie einer kaufmännischen Vollmacht, verneinte aber die Bevollmächtigung des Sohnes betreffend den Abschluss des konkreten Vertrags, da sich dieser mit einem Umfang von CHF 200 000 ausserhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs befunden hatte und auch keine sonstigen vertrauensbildenden Umstände vorlagen.⁶⁰
- In BGE 141 III 289 bejahte das Bundesgericht eine interne bürgerliche Anscheinsvollmacht zweier Mitarbeitender einer Bahngesellschaft, die aufgrund einer gelebten Geschäftspraxis in guten Treuen davon ausgingen, dass sie trotz fehlender ausdrücklicher Bevollmächtigung zur Abgabe von Verjährungsverzichtserklärungen mit Einzelunterschrift befugt waren. Das Vorliegen einer kaufmännischen Handlungsvollmacht wurde nicht geprüft.⁶¹

⁶⁰ BGE 120 II 197 E. 3; vgl. *Giger* (Fn. 58), 28 ff.; diesem Ansatz entsprechend KGer SG BZ_2007_91 vom 22. Juli 2008, E. 2 f., wonach die einer Büroangestellten eines Kleinunternehmens konkludent eingeräumte externe kaufmännische Handlungsvollmacht nicht ausreicht, um einen langfristigen und kostenintensiven Insertionsvertrag abzuschliessen; im Ergebnis ebenfalls gleichlaufend HGer ZH HG100031-O vom 7. Juni 2012, E. 5.2, in welchem eine externe bürgerliche und sodann externe kaufmännische Anscheinsvollmacht in Bezug auf den Abschluss eines ungewöhnlichen Personalverleihvertrags durch eine grundsätzlich zum Abschluss von Personalverleihverträgen bevollmächtigte Mitarbeiterin einer Aktiengesellschaft verneint wurde; vgl. auch HGer ZHHG140037 vom 6. Oktober 2017, E. 5.7.11.

⁶¹ BGE 141 III 289 E. 4; vgl. *Simon Roth*, *Entscheidbesprechung*, AJP 3/2016, 384 ff.; *Fuhrer* (Fn. 35), 303 f.; *Jörg Schmid*, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016*, ZBJV 153/2017, 552 ff.

- Im vorliegenden Urteil vom 9. Oktober 2019 verneinte das Bundesgericht die Erteilung (und damit implizit auch die konkludente Gewährung) einer kaufmännischen Bevollmächtigung an den geheimnisvollen Unterzeichner, der bei der Verhandlung von Rohstoffkaufverträgen über mehrere Jahre im Namen der Gesellschaft agierte. Es wies die Vorinstanz an, das Vorliegen einer intern erteilten oder extern kundgegebenen bürgerlichen Vollmacht abzuklären.⁶²

4.2 Implikationen

Den vollständigsten Überblick über die Kaskade der Vertretungsregeln ermöglicht der Sportgeschäfts-Entscheid (BGE 120 II 197). Darin wurde vorab eine Vollmachterteilung im Innenverhältnis geprüft und verneint (da sich der Sohn auf ein Eigengeschäft berief) und sodann ein Gutgläubensschutz durch Kundgabe im Aussenverhältnis diskutiert. Das Bundesgericht prüfte die Annahme einer stillschweigend gewährten kaufmännischen Handlungsvollmacht dabei nach den gleichen Grundsätzen wie die konkludent erteilte bürgerliche Einzelvollmacht. Dieser Ansatz ist zutreffend, da die konkludente kaufmännische und bürgerliche Stellvertretung in einem komplementären Verhältnis zueinander stehen. Die kaufmännische Handlungsvollmacht deckt alle gewöhnlichen Geschäfte ab, die konkludent erteilte externe bürgerliche Vollmacht allfällige darüber hinausgehende Geschäfte, sofern der Prinzipal dem Dritten diesbezüglich einen konkreten Willen zur Bevollmächtigung im Rahmen von Art. 33 Abs. 3 OR mitgeteilt hat.⁶³

In der weiteren Rechtsprechung wird die Möglichkeit der konkludenten Erteilung der kaufmännischen Handlungsvollmacht nicht immer konsequent herangezogen. Sofern in Bezug auf die konkrete Vertretungshandlung eine konkludent erteilte oder kundgegebene Einzelvollmacht bejaht werden kann, bleibt dies folgenlos.⁶⁴ Entscheidend wäre diese Prüfung allerdings dann, wenn hinsichtlich der konkre-

⁶² BGer 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019, E. 5.4 sowie 7.1 ff.

⁶³ Vgl. KGer SG BZ_2007_91 vom 22. Juli 2008, E. 2.3; a.M. *Roth* (Fn. 61), 394.

⁶⁴ So etwa in BGE 141 III 289, sowie u.U. im hier besprochenen Sachverhalt, sofern eine wirksame Vertretung durch den geheimnisvollen Unterzeichner gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR abgeleitet werden kann.

ten Vertretungshandlung kein zurechenbarer Wille des Prinzipals zur Vollmachterteilung besteht, dem Vertreter aber konkludent eine Position eingeräumt wurde, die das entsprechende Geschäft üblicherweise mitumfasst. Jedenfalls wird durch die vorgängige Berücksichtigung der kaufmännischen Handlungsvollmacht die Beweisführung für die sich auf eine wirksame Vertretung berufende Partei erleichtert, da zu deren Begründung der Nachweis der Einräumung einer entsprechenden Position und der Gewöhnlichkeit des fraglichen Geschäfts genügt.⁶⁵ Mithin ist die Prüfung einer kaufmännischen Stellvertretung aus beweistechnischen Gründen derjenigen der bürgerlichen Stellvertretung voranzustellen. Die vorgängige Prüfung einer konkludent erteilten kaufmännischen Handlungsvollmacht ist immer dann angezeigt, wenn in kaufmännischen Verhältnissen Hinweise auf eine auf Dauer angelegte Vertretung bestehen.

4.3 Fazit

Zusammenfassend unterscheiden sich die bürgerliche und die handelsrechtlichen Vollmachten hinsichtlich ihrer praktischen Anwendung trotz divergierender historischer Ursprünge letztlich eher graduell als grundsätzlich, im Wesentlichen in Bezug auf die Regelung ihres Umfangs.⁶⁶ Gleichwohl ist zu beachten, dass die auf Verkehrsschutz beruhende Vertretungswirkung durch Kundgabe bei der bürgerlichen Stellvertretung die absolute Ausnahme darstellt, während dem Schutz des betrieblichen Rechtscheins bei der kaufmännischen Stellvertretung von vornherein eine stärkere Stellung zukommt.

Der durch den Eintrag im Handelsregister bzw. die Einräumung einer betrieblichen Position vermittelte gewerbliche Rechtschein entfaltet Wirkung gegenüber jedem gutgläubigen Dritten soweit das fragliche Geschäft vom gesetzlich typisierten Vollmacht-

umfang erfasst wird. Der Nachweis einer dem betreffenden Dritten spezifisch in Bezug auf das konkrete Geschäft kundgegebenen bürgerlichen Einzelvollmacht erübrigt sich in diesen Konstellationen. Entsprechend ist zunächst auf das Vorliegen einer handelsrechtlichen Bevollmächtigung abzustellen, sofern Hinweise auf die Einräumung einer auf Dauer angelegten betrieblichen Position bestehen. Diese Auffassung wird im nachstehenden Prüfschema wiedergegeben, das primär auf die Unterscheidung zwischen intern und extern begründeter Vertretungswirkung abstellt und jeweils nach den gleichen Grundsätzen zunächst die Prüfung einer handelsrechtlichen und sodann einer bürgerlichen Stellvertretung statuiert.

5. Prüfschema

5.1 Organvertretung

Ist das Vorliegen einer Bevollmächtigung für den Abschluss eines Rechtsgeschäfts umstritten, ist vorfrageweise eine Vertretung durch die Gesellschaftsorgane zu prüfen (Art. 718 OR). Vertretungsbefugte Organe sind die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 718 Abs. 1 OR) sowie Delegierte des Verwaltungsrats und Direktoren (Art. 718 Abs. 2 OR). Faktische Organe werden von diesem Organbegriff nicht erfasst. Die Möglichkeit der Annahme einer konkludent erteilten Organvollmacht besteht nur in Ausnahmefällen und unter qualifizierten Umständen. Der Umfang der Organvollmacht bestimmt sich grundsätzlich nach dem Gesetz (Art. 718 f. OR). Ungeachtet dessen ist auch betreffend den Umfang der Organvollmacht primär auf die interne Vertretungsbefugnis abzustellen und erst bei deren Überschreiten oder Fehlen auf einen allfälligen Verkehrsschutz.⁶⁷

⁶⁵ Vgl. auch *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N 19.07.

⁶⁶ So bereits *Rolf Watter*, Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, Zürich 1984; a.M. *Bucher* (Fn. 53), 46; *Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe* (Fn. 52), § 9 N 7; zu den historischen Ursprüngen siehe *Eugen Bucher*, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht; Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung; in: *Ursula Falkner/Martin Zweifel* (Hrsg.), Aspekte der Rechtsentwicklung, Festschrift zum 50. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 1972, 13 ff.

⁶⁷ *Bettina Stutz/Hans Caspar von der Crone*, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2/2003, 104 f.; zum hier nicht behandelten Verhältnis von Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht bei erteilter Organvollmacht vgl. statt vieler *ZK OR-Bühler* (Fn. 31), N 1 ff. zu Art. 718a OR.

5.2 Allgemeine rechtsgeschäftlich begründete Vertretung

5.2.1 Primär: Bevollmächtigung im Verhältnis Prinzipal–Vertreter

Ist der Vertreter kein vertretungsbefugtes Organ gemäss Art. 718 OR, ist in einem ersten Schritt ausgehend vom Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter zu prüfen, ob eine rechtsgeschäftlich begründete Vollmacht gegeben ist. Eine Vollmachterteilung im Innenverhältnis setzt voraus, dass der Vertreter nach Treu und Glauben von einer Bevollmächtigung durch den Prinzipal ausgegangen ist. Das Abstellen auf das Innenverhältnis fällt damit ausser Betracht, wenn der Vertreter weiss, dass beim Prinzipal kein Wille zur Vollmachterteilung vorlag.

(1) Kaufmännische Stellvertretung

In kaufmännischen Verhältnissen können die Prokura und die kaufmännische Handlungsvollmacht ausdrücklich oder konkludent erteilt werden. Dafür zuständig ist bei der Aktiengesellschaft grundsätzlich der Verwaltungsrat (Art. 721 OR). Bei Fehlen einer ausdrücklichen Erteilung ist das Vorliegen einer internen handelsrechtlichen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht dann zu prüfen, wenn Hinweise auf eine auf Dauer angelegte Vertretung bestehen. Analog zur Organvollmacht ist auch die konkludente Erteilung der Prokura aufgrund der Publizitätswirkung des Handelsregisters nur unter qualifizierten Umständen anzunehmen.⁶⁸ Ist eine handelsrechtliche Vollmacht gegeben, richtet sich ihr Umfang grundsätzlich nach den gesetzlichen Vorgaben (Art. 459 f. und Art. 462 OR).⁶⁹

(2) Bürgerliche Stellvertretung

Wurde keine handelsrechtliche Vollmacht gewährt oder liegt das konkrete Geschäft ausserhalb ihres Vollmachtumfangs, ist das Vorliegen einer bürgerlichen Stellvertretung abzuklären. Diese muss sich auf das konkrete Geschäft beziehen und kann entweder

ausdrücklich oder konkludent in Form einer internen Anscheins- oder Duldungsvollmacht begründet werden.

(3) Nachträgliche Genehmigung

Hat der Vertreter ohne interne Ermächtigung gehandelt, kann der Prinzipal das Geschäft nachträglich genehmigen (Art. 38 Abs. 1 OR).

5.2.2 Sekundär: Vollmacht kundgabe im Verhältnis Prinzipal–Dritter (Verkehrsschutz)

Liegt weder eine intern erteilte Vollmacht noch eine nachträgliche Genehmigung vor, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Dritte eine Ermächtigung zur Stellvertretung aufgrund einer Vollmacht kundgabe durch den Prinzipal annehmen durfte. Allgemeine Voraussetzung dafür ist der gute Glaube des Dritten hinsichtlich der Bevollmächtigung; dieser wird vermutet.⁷⁰

(1) Extern kundgegebene kaufmännische Stellvertretung

Liegen in kaufmännischen Verhältnissen Hinweise auf eine dauerhafte Vertretung vor, ist das Vorliegen einer extern kundgegebenen kaufmännischen Stellvertretung zu prüfen. Dabei ist darauf abzustellen, ob der Prinzipal entweder ausdrücklich oder konkludent in Form einer externen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gegenüber dem Dritten eine Bevollmächtigung mitgeteilt hat. Ist eine handelsrechtliche Vollmacht gegeben, richtet sich ihr Umfang grundsätzlich nach dem Gesetz (Art. 459 f. und Art. 462 OR). Generell darf aufgrund des betrieblichen Rechtsscheins nur auf eine Handlungsvollmacht, nicht aber weitergehend auf eine Prokura geschlossen werden.

(2) Extern kundgegebene bürgerliche Stellvertretung

Kann keine extern mitgeteilte handelsrechtliche Vollmacht abgeleitet werden oder liegt das konkrete Geschäft ausserhalb ihres Vollmachtumfangs, ist in einem letzten Schritt zu prüfen, ob dem gutgläubigen Dritten in Bezug auf das konkrete Geschäft durch den Prinzipal eine bürgerliche Einzelvollmacht entweder konkludent oder in Form einer externen Dul-

⁶⁸ Vgl. vorne III.2.2.

⁶⁹ Zum hier nicht behandelten Verhältnis von Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht bei erteilter handelsrechtlicher Vollmacht vgl. statt vieler BSK OR I-Watter (Fn. 43), N 1 ff. zu Art. 459; BK OR-Gautschi (Fn. 51), N 8a ff. zu Art. 462.

⁷⁰ Art. 3 Abs. 1 ZGB.

dungs- oder Anscheinsvollmacht mitgeteilt wurde (Art. 33 Abs. 3 OR).

IV. Schlussbemerkungen

Mit dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht klargestellt, dass faktische Organe die Aktiengesellschaft durch ihr rechtsgeschäftliches Handeln nicht unmittelbar binden können. Überzeugend verwies es auf die Unterschiede zwischen der Zurechnung organotypischen Handelns im Haftungs- und Verantwortlichkeitsrecht auf der einen, und der rechtsgeschäftlichen Vertretung auf der anderen Seite. Die primär im Haftungs- und Verantwortlichkeitsrecht entwickelte Figur des faktischen Organs kann nicht auf Fragen der organschaftlichen Vertretung angewendet werden. Diese zutreffende Unterscheidung dient als Beispiel dafür, dass im schweizerischen Aktienrecht kein einheitlicher und allgemeinverbindlicher Organbegriff besteht. Vielmehr ist jeweils in Bezug auf die konkrete Norm zu bestimmen, wer hinsichtlich der mit ihr verbundenen Rechte und Pflichten als Organ zu gelten hat. Das faktische Organ ist nicht Organ im Sinne von Art. 55 ZGB bzw. Art. 718 OR. Es wird lediglich in zwei wichtigen Fällen, der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit und der Zurechnung widerrechtlichem Verhalten, wie ein solches behandelt.

Folgerichtig hat das Bundesgericht dargelegt, dass faktische Organe nur durch Einräumung einer Vollmacht zur rechtsgeschäftlichen Vertretung ermächtigt werden können. Da es an der ausdrücklichen Erteilung einer solchen fehlte, waren die verschiedenen Formen der konkludenten Vollmachterteilung beizuziehen. Diesen ist gemeinsam, dass sie über ein dem Prinzipal zurechenbares Verhalten zustande kommen. Abhängig davon, gegenüber wem dieses Verhalten die Annahme einer Vollmacht bewirkt, sind im Einklang mit der Terminologie des Bundesgerichts zwei Kategorien zu unterscheiden. Die erste Kategorie umfasst die im Innenverhältnis zwischen Prinzipal und Vertreter zustande kommen-

den internen Vollmachten, die auf einem vom Vertreter nach dem Vertrauensprinzip als Vollmachterteilung zu wertenden Verhalten beruhen. Die zweite Kategorie beinhaltet die unmittelbar im Aussenverhältnis zwischen Prinzipal und Drittem begründete Vertretungswirkung bzw. die sog. externen Vollmachten, die auf einem Verhalten beruhen, welches der gutgläubige Dritte als Vollmacht kundgabe werten darf.

Hinter dieser Terminologie verbirgt sich letztlich die Unterscheidung zwischen der tatsächlich oder normativ zwischen Prinzipal und Vertreter zustande gekommenen Bevollmächtigung und dem Verkehrsschutz, der die Annahme einer eigentlich nicht bestehenden Vollmacht bewirkt. Die extern begründete Vertretungswirkung stellt die Ausnahme dar, auf welche erst zurückzugreifen ist, wenn der Nachweis einer intern erteilten Vollmacht scheitert. Dies gilt für alle hier behandelten Arten der Vertretung. Nicht nur die bürgerliche Stellvertretung, auch die handelsrechtlichen Bevollmächtigungsformen und die Organvertretung beruhen auf einer rechtsgeschäftlichen Begründung, also einem Statusgeschäft. Der Primat des vertrauenstheoretisch zurechenbaren Willens des Prinzipals entspricht dem Grundsatz, dass die Aktiengesellschaft die in ihrem Namen handelnden Personen selber bestimmt. Die Durchbrechung dieser Regel rechtfertigt sich nur dann, wenn der Prinzipal gegenüber gutgläubigen Dritten einen Rechtsschein geschaffen hat, der nach Treu und Glauben die Annahme einer Vollmacht erlaubt. Der Umfang der Vollmacht muss sich dabei auf das konkrete Geschäft beziehen. Bei Hinweisen auf eine auf Dauer ausgerichtete Vertretung ist schliesslich nicht zu übersehen, dass im kaufmännischen Bereich die Einräumung einer Position genügt, welche die fragliche Vertretungshandlung typischerweise mitumfasst.