
BASLER KOMMENTAR

Internationales Privatrecht

2. Auflage

Herausgeber

Heinrich Honsell
Professor an der Universität Zürich

Nedim Peter Vogt
Rechtsanwalt in Zürich

Anton K. Schnyder
Professor an der Universität Zürich

Stephen V. Berti
Professor an der Universität Luzern
Rechtsanwalt in Zürich

Werner Wenger, Dr. iur.
Rechtsanwalt und Notar in Basel
Art. 178, 186

Susanne Wolf-Mettler, Dr. iur.
Rechtsanwältin, Zürich
Art. 13-19, Anhang

Catherine Westenberg, Dr. iur., MBA
Advokatin in Basel
Art. 20, 22-24

Nicole Zeller, lic. iur.
Rechtsanwältin in Zürich
Art. 129-133, 135, 142

Markus Wirth, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 188, 189

Katja Roth Pellanda, lic. iur.
Rechtsanwältin in Zürich
Art. 126, 158

Adrian Rufener, lic. iur.
Rechtsanwalt in St. Gallen
Art. 134, 140, 141

Michael E. Schneider, lic. iur.
Rechtsanwalt in Genf
Art. 182, 184

Anton K. Schnyder, Dr. iur., LL.M.
Professor an der Universität Zürich
Art. 1, 6, 86-96, 190, 191, 195, 200,
Anhang

Markus Schott, Dr. iur., LL.M., Advokat
Oberassistent an der Universität Zürich
Art. 186

Ivo Schwander, Dr. iur., Rechtsanwalt
Professor an der Universität St. Gallen
Art. 66-74, 79-85

Robert P. Umbricht, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 129-133, 135, 142

David Urwyler, lic. iur., LL.M.
Fürsprecher, Bern
Art. 75-78

David Vasella, lic. iur., Rechtsanwalt
Assistent an der Universität Zürich
Art. 6, 122, 157, 195, 200, Anhang

Nedim Peter Vogt, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 112, 113, 116-118, 149a-e, 181

Markus Wang, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 112, 113, 116, 118

Rolf Watter, Dr. iur., LL.M.
Professor an der Universität Zürich
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 126, 156, 158

Cesare Jermini, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt und Notar in Lugano
Art. 192, 194

Pierre A. Karrer, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 187

Michael W. Kneller, Dr. iur., M.C.J.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 119, 123-125, 127, 128

Thomas Legler, Dr. iur.
Fürsprecher in Genf
Art. 179

Manuel Liatowitsch, Dr. iur.
Lehrbeauftragter an der Universität Zürich
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 86-96

Monica Mächler-Erne, Dr. iur.
Rechtsanwältin, Zürich
Art. 13-19, Anhang

Christoph Müller, Dr. iur., LL.M.
Professor an der Universität Neuchâtel
Rechtsanwalt in Bern
Art. 178

Paolo Michele Patochi, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Genf
Art. 192, 194

Wolfgang Peter, Dr. iur. et oec.
Rechtsanwalt in Genf
Art. 179, 180

Daniel C. Pfiffner, lic. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 176

Andreas von Planta, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Genf
Art. 21, 150-155, 159

Rodrigo Rodriguez, Dr. iur.
Rechtsanwalt, Bern
Art. 160-165

- das Verfahren der Prüfung oder Beanstandung, inkl. Verfahrensfristen etc. (BGE 56 38 ff. E. 2; VISCHER, IVR, 161).
- 10 Nicht in enger Verbindung mit dem *Orisrecht* der tatsächlichen Vornahme und daher nach dem *Vertragsstatut* anzuknüpfen sind im Zusammenhang mit den Untersuchungsobliegenheiten z.B. die folgenden Fragen:

- ob die Ware einzeln oder in Stichproben zu prüfen sei;
- die Frist, innert der eine Prüfung zu erfolgen hat und welche Folgen es hat, wenn die Untersuchung unterlassen wird (BGE 101 II 83 f.; SIEHR, 107);
- welche Mahn- und Beanstandungsfristen im Zusammenhang mit einer Prüfung gelten;
- Anforderungen an eine eventuelle Rüge, etc.

III. Subjektive Anknüpfung

Ausser Frage steht, dass die Parteien die ausdrückliche Geltung des Vertragsstatutes für die Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten im Rahmen der dispositiven Bestimmungen vereinbaren können (IPRG-Kommentar-KELLER/GINSBERGER, Art. 125 N 29). Allerdings folgt aus der Unterstellung des Vertrages unter ein bestimmtes Recht noch nicht zwingend die Geltung dieses Vertragsstatutes für die Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten (vgl. BGE 56 II 46).

12 Unstritten ist dagegen, ob eine kollisionsrechtliche Teilrechtswahl getroffen werden kann (vgl. VON SPRECHER, 43; VISCHER, IVR, 165; IPRG-Kommentar-KELLER/GINSBERGER, Art. 125 N 30). Obwohl aus praktischen Gründen nicht ratsam, spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass die Parteien die Art und Weise der Erfüllung einem bestimmten Recht, und zwar als sog. Nebenstatut auch einer anderen Rechtsordnung als dem Vertragsstatut unterstellen (so auch der deutsche BGH, Urteil vom 7.7.1980, IPRspr. 1980 Nr. 137b; IPRax 1981, 93; REITHMAN/MARTINY, Rz 201; a.A. IPRG-Kommentar-KELLER/GINSBERGER, Art. 125 N 30; VISCHER/HUBER/OSER, Rz 878).

IV. Internationale Übereinkommen

- 13 Besonderheiten gelten etwa für die Ablieferungsmodalitäten beim Speditionsvertrag oder bei der Löschung von Seefrachtverträgen. Auch sind Handelsgebräuche am Erfüllungsort zu beachten (REITHMAN/MARTINY, Rz 201). Als Beispiele besonderer Regelungen auf Grund internationaler Übereinkommen seien genannt:
- Warschauer Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12.10.1929 (SR 0.748.410-410.2);
 - Athener Übereinkommen über die Beförderung von Reisenden und ihrem Gepäck auf See vom 13.12.1974 (SR 0.747.356.1);
 - Brüsseler Übereinkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung von Reisenden auf See vom 29.4.1961 (SR 0.747.355.1);
 - Übereinkommen über den internationalen Eisenbahnverkehr vom 9.5.1980 (COTIF, SR 0.742.403.1);
 - Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr vom 19.5.1956 (CMR, SR 0.741.611);

- Haager Übereinkommen betr. das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht vom 15.6.5 (SR 0.221.211.4; vgl. dazu Art. 118 Abs. 1 IPRG);
- UNCITRAL-Kaufrechtsabkommen vom 1.1.1988 (in der Schweiz am 1.3.1991 in Kraft getreten);
- Genfer Einheitliches Wechsel- und Checkrecht 1930/31 (SR 0.221.554.1/0.221.555.1; vgl. dazu Art. 124 N 8).

Art. 126

d. Stellvertretung

- ¹ Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung untersteht das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter dem auf ihren Vertrag anwendbaren Recht.
- ² Die Voraussetzungen, unter denen eine Handlung des Vertreters den Vertretenen gegenüber dem Dritten verpflichtet, untersteht dem Recht des Staates, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat oder, wenn eine solche fehlt oder für den Dritten nicht erkennbar ist, dem Recht des Staates, in dem der Vertreter im Einzelfall hauptsächlich handelt.
- ³ Steht der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zum Vertretenen und besitzt er keine eigene Geschäftsniederlassung, so befindet sich der Ort seiner Niederlassung am Sitz des Vertretenen.
- ⁴ Das nach Absatz 2 anwendbare Recht gilt auch für das Verhältnis zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter und dem Dritten.

d. Repräsentation

- ¹ Lorsque la représentation repose sur un contrat, les rapports entre représentant et représenté sont régis par le droit applicable à leur contrat.
 - ² Les conditions auxquelles les actes du représentant lient le représenté et le tiers contractant sont régies par le droit de l'Etat de l'établissement du représentant ou, si un tel établissement fait défaut ou encore n'est pas reconnu, par le tiers contractant, par le droit de l'Etat dans lequel le représentant déploie son activité prépondérante dans le cas d'espèce.
 - ³ Lorsque le représentant est lié au représenté par un contrat de travail et n'a pas d'établissement commercial propre, son établissement est réputé se trouver au siège du représenté.
 - ⁴ Le droit désigné à l'al. 2 régit également les rapports entre le représentant sans pouvoir et le tiers.
- ¹ In caso di rappresentanza negoziale, il rapporto tra rappresentato e rappresentante è regolato dal diritto applicabile al loro contratto.
- ² Le condizioni alle quali un atto del rappresentante vincola il rappresentato nei confronti del terzo sono regolate dal diritto dello Stato in cui il rappresentante ha la stabile organizzazione o, se tale organizzazione manca o non è riconoscibile per il terzo, dello Stato in cui egli agisce principalmente nel caso concreto.

d. Rappresentanza

³ Se il rappresentante è vincolato al rappresentato da un rapporto di lavoro, non possiede un proprio domicilio di affari, il luogo della sua stabile organizzazione è quello di sede del rappresentato.

⁴ Il diritto applicabile secondo il capoverso 2 regola anche il rapporto tra il rappresentante non autorizzato ed il terzo.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Allgemeines. Anwendungsbereich	4
III. Das Innenverhältnis (Abs. 1)	13
1. Anwendungsbereich	13
2. Anwendbares Recht	21
IV. Das Ausussenverhältnis (Abs. 2 und 3)	23
1. Allgemeines	23
2. Das Handeln im Rahmen der erteilten Vollmacht	25
3. Handeln ohne Vollmacht	32
4. Genehmigung	34
5. Das nach Abs. 2 und 3 auf das Ausussenverhältnis anwendbare Recht	36
V. Verhältnis Dritter – Vertreter (Abs. 4)	41
VI. Internationale Übereinkommen	43

Literatur

BASEDOW, Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe, *RechtZ* 1981, 196 ff.; BERGER, Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR mit vergleichender Berücksichtigung Deutschlands, Frankreichs, Englands sowie der internationalen Verträge und Vertragsentwürfe, Diss. Zürich 1974; DIETZ, Verantwortlichkeit der Bank gegenüber Kunden für deren Vermögensverluste, *SZW* 69 (1997), 193 ff.; ENDERLEN/MASIKOW/STROHBACH, Internationales Kaufrecht, Freiburg 1991; HANISCH, Das Genfer Abkommen über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf von 1983 als Beispiel angewandter Rechtsvergleichung, in: Habscheid/Linder/Meier-Hayoz (Hrsg.), FS Hans Giger, Bern 1989, 251 ff.; MARUGG, Die Anknüpfung der organschaftlichen Vertretungsmacht bei der Aktiengesellschaft im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1975; SCHNURRENBERGER, Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht sowie nach internationalem Privatrecht, Diss. Basel 1969; SIEHR, Gemeinsame Kollisionsregeln für das Recht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse, in: Schwander (Hrsg.), FS Rudolf Moser, Zürich 1987, 101 ff. (zit. Gemeinsame Kollisionsregeln); WÄTTER, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985 (zit. Verpflichtung).

Materialien

Schlussbericht, 229 ff. (Art. 127); Vernehmlassung, N 927 ff. (Art. 127); Botschaft, Ziff. 282.4 (Art. 123); AmdtBull. SR 1985, 164; AmdtBull. NR 1986, 1358.

I. Entstehungsgeschichte

1 Art. 126 wurde im Parlament gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf (dort als Art. 123) unverändert übernommen.

Vor Inkrafttreten des IPRG galt für die Bevollmächtigung das Recht am Wohnsitz des Vertretenen, für die Aussenwirkungen dieser Bevollmächtigung das Recht am Ort, wo die Vollmacht ausgeübt wurde (BGE in ASA 1983/84, 501, 505 f.; BGE 100 II 207; vgl. auch detailliert ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vor Art. 1 OR N 153 ff.).

Das bisher nur in wenigen Ländern in Kraft getretene (vgl. KROPHOLLER, Int. Privatrecht, 301) und wohl in der Schweiz kaum mehr in Kraft tretende (vgl. VISCHER/HUBER/OSER, Rz 1009) Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht vom 14.3.1978 (im folgenden HÜK 1978) ist nach der Botschaft (Ziff. 282.4) wesentlich von den Vorarbeiten zum schweizerischen IPRG beeinflusst worden und hat diese seinerseits beeinflusst (SIEHR, Gemeinsame Kollisionsregeln, 108), weshalb das HÜK 1978 indirekt zur Auslegung der schweizerischen Bestimmung herangezogen werden kann. Die französische Fassung des HÜK 1978 (*Convention sur la Loi Applicable aux Contrats d'intermédiaires et à la Représentation*) und der englische Titel (*Convention on the Law Applicable to Agency*) zeigen im Übrigen, wie verschieden die nationalen Rechtsordnungen die Stellvertretung bezüglich ihrer vertraglichen Grundlage behandeln (vgl. auch N 43).

II. Allgemeines; Anwendungsbereich

Art. 126 findet bei all jenen international gelagerten Sachverhalten Anwendung, bei denen eine Person (der Vertretene) einen Vertreter einsetzt, damit dieser mit einem Dritten mit Wirkung für den Vertretenen Rechtsgeschäfte abschliesst.

Obwohl sich Art. 126 unter den Regeln über «Obligationenrecht – Verträge» findet, gilt die Norm nicht nur für die vertragliche, sondern ganz allgemein für die gewillkürte Vertretung (ähnlich IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 5; s. hierzu auch StZ 93 (1997), 328 f.). Art. 126 findet deshalb Anwendung bei ein-, zwei- oder mehrseitigen Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäften, ferner bei rechtsgeschäftsfähnlichen Willenserklärungen wie z.B. der Erhebung einer Mängelrüge durch einen Vertreter. Unseres Erachtens wird auch faktisches Verhalten mit rechtsgeschäftlicher Wirkung erfasst oder die Frage, wann eine konkludente Annahme einer Offerte durch einen Vertreter Wirkung für den Vertretenen entfaltet. Ebenfalls nach Art. 126 beurteilt sich die passive Stellvertretung (vgl. zu dieser Vertretungsart BSK OR I-WÄTTER, Art. 32 N 6).

Nicht erfasst wird von Art. 126 die gesetzliche Vertretung, wie sie namentlich im Familien-, Erb- und Vormundschaftsrecht vorkommt (vgl. Art. 48 Abs. 1 für die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft, Art. 82 für die Vertretung des Kindes, Art. 85 und 92 für die Vertretung des Nachlasses) und auch für die Vertretung öffentlich-rechtlicher Körperschaften charakteristisch ist (vgl. Art. 33 Abs. 1 OR für das materielle Schweizer Recht, ferner BK-ZACH, Vor Art. 32–40 OR N 74); für letztere Verhältnisse hat ein schweizerisches Gericht u.E. das lokale öffentliche Recht der in Frage stehenden Partei zu beachten, dies allenfalls gestützt auf Art. 19 (vgl. hierzu ZR 104 [2005], Nr. 28, 109 f.).

Ebenfalls nicht erfasst wird von Art. 126 die Vertretung durch Gesellschaftsorgane, welche in Art. 155 und 158 geregelt wird (vgl. Art. 158 N 5 ff.; Entscheid des Bundesgerichtes 4C.28/2003 vom 15.12.2003, E. 2 sowie Entscheid des Bundesgerichtes 4C.157/2003 vom 2.11.2004, E. 2.2; Entscheid des Bundesgerichts vom 3.9.1999 betreffend die Vertretung eines New Jersey Trust [teilweise abgedruckt in SZIER 2002, 402 ff.]; ZR 95 [1996] Nr. 16, 54; BGE 101 II 170; BGE 95 II 448; SCHNYDER/LATOWITZ, Rz 596; ausführlich hierzu MARUGG, 37 ff.). Unter Art. 126 fällt aber – zumindest im Grundsatz – die Vertretung von Gesellschaften durch Prokuristen und

Handlungsbevollmächtigte (BSK OR I-WATTER, Art. 458 N 20, Art. 462 N 12), da diese Personen eben gerade nicht als Organe auftreten, oder zumindest nicht als solche auftreten sollen. Immerhin ist anzumerken, dass die Regelung des IPRG auf diesem Gebiet nicht besonders überzeugend ist, da Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen in aller Regel in einem Arbeitsverhältnis zu der von ihnen vertretenen Gesellschaft stehen, weshalb im Ausnahmefall (wie bei Organen, vgl. Art. 154 f.) im Prinzip das Recht im Sitzland der vertretenen Gesellschaft anwendbar ist (vgl. Abs. 3); anders als bei den Organen fehlt dann aber beim Prokuristen ein besonderer Schutz des Dritten analog zu Art. 158. Es erscheint daher angezeigt, dass dort, wo ein Prokurist (bzw. sein ausländisches Pendant) ähnliche Kompetenzen wie ein Organ hat – oder solche Kompetenzen zu haben vorgibt –, die Regeln der Organvertretung und insb. Art. 158 angewendet werden (ähnlich i.E. IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 11, die auf den Einzelfall abstellen wollen). Hingegen dürfte auf den «selbstständigen» Prokuristen Art. 126 anzuwenden sein.

8 Denkbar ist auch, dass in einem Einzelfall abzuklären ist, ob ein Organ ohne (volles) Zeichnungsrecht allenfalls mit einer «normalen» gewillkürten (bürgerlichen) Vollmacht ausgestattet wurde; in einem solchen Fall gilt dann Art. 126 für das Handeln dieses Organs.

9 Für die Vertretung einfacher Gesellschaften – also von Einheiten ohne eigene Rechts- und Handlungsfähigkeit – gilt, falls sie sich eine Organisation gegeben haben (Art. 150), wie bei Personengesellschaften das Gesellschaftsstatut und damit für die Vertretung Art. 155 lit. 1 und Art. 158 (vgl. auch Art. 3 lit. a HÜK 1978 – dazu N 3, 43). Bei nicht organisierten Einheiten (dazu BSK OR II-PESTALOZZI/WERTSCHWILER, Art. 544 N 32; IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 150 N 19 ff.) gilt Art. 126. Nicht als Stellvertreter – sondern im eigenen Namen – handelt der Trustee für den Trust (vgl. Art. 3 lit. b HÜK 1978; Art. 4 lit. b des Genfer Abkommens, dazu N 44, sowie das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, dessen Ratifikation durch die Schweiz kurz bevorsteht).

10 Unstritten ist, ob Art. 126 auch auf die Frage der Vertretungsfähigkeit eines Rechtsgeschäftes anwendbar ist, oder ob diese Frage durch das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht beantwortet wird (für letzteres ZK-SCHÖNENBERGER/JACGI, Vor Art. 1 OR N 167; BERGER, 157; für Art. 126 Abs. 2 IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 53). Nach der hier vertretenen Ansicht sind alle involvierten Rechtsordnungen zu beachten (vgl. N 30).

11 Das auf den Hauptvertrag zwischen dem Vertretenen und dem Dritten anwendbare Recht regelt die Frage, wie ein Willensmangel des Vertreters bzw. wie ein Wissen des Vertreters um relevante Umstände zu behandeln ist (ebenso IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 57). Hingegen bestimmt das auf das Innenverhältnis anwendbare Recht (N 21 ff.) die Frage, wie sich ein Willensmangel in der Bevollmächtigung auswirkt, und das nach Art. 126 Abs. 2 anwendbare Recht, ob ein solcher interner Mangel auf die Vertretungswirkung Einfluss hat.

12 Die von Art. 126 erfassten Problemkreise lassen sich an den drei Rechtsverhältnissen aufzeigen, die zwischen den drei beteiligten Parteien bestehen:

- a) Das Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter, auch «Innenverhältnis» genannt, wird durch Abs. 1 geregelt (vgl. N 13–22). Es geht hier insb. um die Bestimmung des intern geltenden Umfangs der Vollmacht.
- b) Das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, bzw. das «Ausserverhältnis», ist Gegenstand der Regelung in Abs. 2 und 3 (vgl. N 23–40); zentrale Frage

ist hier, ob der Dritte einen direkten Anspruch gegen den Vertretenen erwirbt; zu unterscheiden sind dabei in aller Regel die Fälle, in denen das Handeln des Vertreters von einer Vollmacht gedeckt ist, und diejenigen, wo diese Voraussetzung nicht gegeben ist.

c) Die Rechtsbeziehung zwischen dem Vertreter und dem Dritten ist nur dann von Bedeutung, wenn der Dritte keinen Vertragsanspruch gegen den Vertretenen erhält; diese Frage wird in Abs. 4 geregelt (N 41 f.). Nicht durch Art. 126 wird das Verhältnis zwischen einem nicht ermächtigten «Vertreter» und dem Vertretenen erfasst (vgl. StHR, Internationales Privatrecht, 257).

III. Das Innenverhältnis (Abs. 1)

1. Anwendungsbereich

Im Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen können folgende Fragestellungen entstehen, deren Regelung sich nach dem gemäss Abs. 1 bestimmten Recht richtet (vgl. N 21 f.):

Die Bestimmung des **Umfanges der Vollmacht** bzw. die Beantwortung der Frage, was der Vertreter gemäss internem Verhältnis machen darf. Das anwendbare materielle Recht wird hier im Allgemeinen entweder auf die Willenserklärung des Vertretenen oder auf ein (allenfalls abweichendes) Verständnis dieser Erklärung durch den Vertreter abstellen. In gewissen Konstellationen kann das anwendbare Recht auch eine Vermutung für den Umfang der Vollmacht aufstellen, wie es etwa das Schweizer Recht in Art. 396 Abs. 2 OR (Ermächtigung zu allen Rechtshandlungen, die zur Ausführung des Auftrages gehören), Art. 459 OR (vgl. zu diesem internen Aspekt BSK OR I-WATTER, Art. 459 N 7 ff.) oder in Art. 462 OR («alle Rechtshandlungen, die der Betrieb eines denitrigen Gewerbes gewöhnlich mit sich bringt») macht.

Zum Umfang der Vollmacht gehört auch die Frage, ob der Vertreter einen Unterbevollmächtigten ernennen bzw. die Vollmacht übertragen darf (vgl. zu diesem meist als Substitution bezeichneten Sachverhalt BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 20). Das Schweizer Recht stimmt entsprechend mit Art. 8 lit. a und b HÜK 1978 (dazu N 3, 43) überein. KELLER/GIRSBERGER (IPRG-Kommentar, Art. 126 N 25; vgl. immerhin auch N 12) wohnen diese Frage demgegenüber offenbar nach Abs. 2 anknüpfen; nach dieser Norm beantwortet sich aber nur die Frage, ob ein Dritter allenfalls dennoch einen Vertragsanspruch gegen den Vertretenen erhält, obwohl die Vollmacht unbefugterweise übertragen wurde. Ob der Vertreter nach dem internen Verhältnis einen Substituten ernennen darf (oder sich damit u.U. schadenersatzpflichtig macht, vgl. N 20), muss sich aber einzig nach dem zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter anwendbaren Recht richten.

Mit der Frage des Vollmachtsumfangs hängt auch zusammen, ob der Vertreter allein oder nur mit einem anderen Vertreter zusammen handeln darf (vgl. zur Kollektivvertretung im schweizerischen materiellen Recht BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 24). Wiederum ist der Meinung von IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 25 (vgl. aber auch daselbst N 12) zu widersprechen, die diese Frage nur nach Abs. 2 anknüpfen wollen. Analog zur Substitution (vgl. N 15) fragt sich nach Abs. 2 nur, ob der Dritte allenfalls dennoch einen Vertragsanspruch erhält, obwohl der Kollektivvertreter alleine aufgetreten ist.

Durch das Innenverhältnis wird auch geregelt, ob der Vertreter ein Geschäft mit sich selber (Selbstkontrahieren) oder als Doppelvertreter abschliessen darf (wie hier Art. 8

lit. c HÜK 1978; vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichtes 4C.28/2003 vom 15.12.2003, E. 2; ebenso – allerdings wenig konsistent zu der ansonst vertretenen Ansicht – IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 17 und auch bereits SCHNURBENBERGER, 162), ferner die Frage, ob der Vertreter gegen die Interessen des Vertretenen handeln darf (dazu für das Schweizer Recht BSK OR I-WÄTTER, Art. 33 N 19), was allerdings kaum eine Rechtsordnung erlauben wird. Entscheiden kann das anwendbare Recht immerhin, inwieweit der Vertreter sich nach den Interessen des Vertretenen zu richten hat und wie diese zu eruieren sind.

18 Zum Innenverhältnis gehören auch die Fragen der *Widerrufbarkeit* der Vollmacht (vgl. Art. 34 Abs. 1 und Art. 37 OR für das materielle Schweizer Recht), der Wirkung von *Tod, Handlungsunfähigkeit, Konkurs* und ähnlichen Sachverhalten auf die Vollmacht (vgl. Art. 35 OR für das materielle Schweizer Recht) und der Pflichten im Zusammenhang mit der Vollmachtsurkunde (vgl. Art. 36 OR für das materielle Schweizer Recht).

19 Dem Innenverhältnis ist schliesslich je nach Sachlage auch die Frage zuzuordnen, ob die *Ermittlung einer Vollmacht formbedürftig* ist (vgl. dazu etwa BSK OR I-WÄTTER, Art. 33 N 14 f.). Im Einzelfall ist hier allerdings zusätzlich auf das auf den Hauptvertrag zwischen dem Vertretenen und dem Dritten anwendbare Recht abzustellen, bzw. auf den Lagerort bei Grundstücken. Dies gilt namentlich dort, wo diese Formvorschriften zum Schutz der Vertragsparteien aufgestellt worden sind. Schliesslich kann nach dem Grundsatz «*locus regit actum*» alternativ auf das am Ort der Vollmachtserteilung geltende Recht abgestellt werden, vgl. Art. 124 Abs. 1 (so früher schon ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Vor Art. 1 OR N 15 f.).

20 Handelt der Vertreter gegenüber einem Dritten ohne Vollmacht bzw. über die erteilte Vollmacht hinaus und erhält der Dritte dennoch einen Vertragsanspruch, weil der Dritte im Aussenverhältnis (dazu N 23 ff.) als schutzwürdig erscheint, so wird der Vertreter dem Vertretenen gegenüber im Innenverhältnis in aller Regel *schadenersatzpflichtig*, wobei das anwendbare Recht Umfang und Voraussetzungen regelt.

2. Anwendbares Recht

21 Abs. 1 bestimmt, dass sich das Innenverhältnis nach dem auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter («Grundverhältnis») anwendbaren Recht richtet. Das IPRG geht also davon aus, dass zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter noch eine Rechtsbeziehung neben der eigentlichen Vollmacht besteht, auch wenn das anwendbare Recht die Vollmacht als abstrakt, in ihrer Existenz also unabhängig vom Bestand des Grundgeschäftes, bezeichnet (vgl. zum Schweizer Recht BSK OR I-WÄTTER, Art. 32 N 12 ff.; ferner WÄTTER, Verpflichtung, N 10 für die Rechtslage in Deutschland). Andere Systeme gehen von einer Einheit aus, so insb. der romanische Rechtskreis und das österreichische Recht (Nachweise bei HANISCH, 257 ff. und WÄTTER, Verpflichtung, N 9).

22 Das Grundverhältnis ist oft ein Auftrag, Arbeitsvertrag oder Gesellschaftsvertrag (vgl. die Aufzählung in Art. 34 Abs. 1 OR). Fehlt eine Rechtswahl in diesem Grundverhältnis, so gilt demnach für den Fall, wo Vertreter und Vertretener nicht im gleichen Land ihren Wohnsitz haben, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Beauftragten, bzw. der Ort der Niederlassung oder der Arbeitsort, das anwendbare Recht bestimmen (vgl. Art. 117 Abs. 2 und 3 lit. c, Art. 121 und 150 Abs. 2).

IV. Das Aussenverhältnis (Abs. 2 und 3)

1. Allgemeines

Im Aussenverhältnis geht es im Kern um die Frage, ob der Dritte durch das Handeln des Vertreters einen direkten Anspruch (meist einen Vertragsanspruch, vgl. aber N 5 oben) gegen den Vertretenen erwirbt. Dabei sind in aller Regel drei Stufen der Fragestellung auseinanderzuhalten:

a) Was ist die Folge, wenn der Vertreter mit dem Dritten kontrahiert und sich dabei im Rahmen der im Innenverhältnis erteilten Vollmacht bewegt; welche weiteren Voraussetzungen muss er erfüllen, um eine Vertretungswirkung herbeizuführen? Dazu N 25 ff.

b) Was ist die Folge, wenn der Vertreter im Innenverhältnis keine – oder keine so weit reichende – Vollmacht hatte? Ist dann dem Dritten u.U. *dennoch* – z.B. aus Verkehrsschutzgründen – ein Vertragsanspruch gegen den «Vertretenen» einzuräumen? Dazu N 32 f.

c) Falls das Handeln des Vertreters keine direkte Wirkung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten entfaltet, kann der Vertretene das *Geschäft genehmigen* und damit diese Wirkung dennoch herbeiführen? Was sind die Rechtsfolgen, falls er das Geschäft nicht genehmigt? Dazu N 34 f.

Alle drei Fragen werden nach dem gem. Abs. 2 und 3 bestimmten Recht beantwortet. Dazu N 36 ff.

2. Das Handeln im Rahmen der erteilten Vollmacht

Gemäss der Botschaft (Ziff. 282.4) und IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER (Art. 126 N 19 ff.) lassen sich Bestand, Umfang und Wirkung der Vollmacht nicht trennen – Abs. 2 und 3 sollen deshalb praktisch alle Elemente der Stellvertretung regeln (differenzierend VISCHER/HUBER/OSER, Rz 1010 ff.). KELLER/GIRSBERGER (a.a.O. N 32 f.) nehmen sogar an, dass das Innenverhältnis im Verhältnis zum Dritten niemals massgebend sein könne bzw. keine Bedeutung habe (vgl. aber immerhin auch a.a.O. N 23 zur allfälligen Behandlung des Innenverhältnisses als *Vorfrage*). Das kann nach der hier vertretenen Ansicht (ebenso DUTOT, Art. 126 N 6) – Ausnahmefälle vorbehalten – nicht richtig sein, und zwar deshalb, weil diese Ansicht den Schutz des Vertreters völlig missachtet: Auch er hat nämlich ein Interesse daran, dass seine im Rahmen des Innenverhältnisses getätigten Handlungen nach aussen Vertretungswirkung entfalten – da er sich ja ansonsten Schadensersatzansprüchen sowohl des Vertretenen (z.B. weil er ein vor teilhaftes Geschäft nicht abgeschlossen hat) oder des Dritten (z.B. nach Art. 39 OR) aussetzt. Hätte das Innenverhältnis tatsächlich keine Bedeutung, könnte es sein, dass sich der Vertreter nach dem nach Abs. 1 anwendbaren Recht als bevollmächtigt betrachte, er es aber nach Abs. 2 nicht ist, was *keine Interessengerechte Lösung darstellt*.

Nach der hier vertretenen Ansicht bestimmt deshalb das nach Abs. 2 und 3 anwendbare Recht in den Fällen, in denen sich der Vertreter im Rahmen der nach Abs. 1 gemäss jenem Recht definierten Vollmacht bewegt, nur alle übrigen Voraussetzungen, die notwendig sind, um eine Vertretungswirkung herbeizuführen, also die Fragen, ob ein Handeln in fremdem Namen notwendig ist und ob eine Vertretungswirkung allenfalls auch dann eintritt, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist (vgl. dazu Art. 32 Abs. 2 OR).

Diese Auffassung vertritt sich durchaus mit dem Gesetzestext, kann doch die von IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER (Art. 126 N 32) vertretene Ansicht nicht belegen, wes-

halb Abs. 1 überhaupt im Gesetz steht, wenn doch alle relevanten Elemente der Vertretung mit Drittherführung von Abs. 2 und 3 geregelt sein sollen (vgl. N 16 f. und 25).

- 28 Im Weiteren stimmt die hier vertretene Ansicht besser mit dem HÜK 1978 (vgl. N 3, 43) überein, wo in Art. 8 Abs. 2 lit. c bestimmt wird, dass das auf das Innenverhältnis anwendbare Recht die Frage regelt, ob der Vertreter auch dann mit Vertretungswirkung handeln kann, wenn die Gefahr einer Interessenkollision besteht. Schlusslich liegt die hier vertretene Ansicht ausserdem näher bei der Bundesgerichtspraxis (vgl. BGE 88 II 195; 95 II 442; 100 II 207 und SemJud 1984, 242).

- 29 Nach den vorgenannten Grundsätzen ist also etwa die Frage der Begründung der Vollmacht (vgl. HÜK 1978, Art. 8 Abs. 2 lit. a), der Zulässigkeit der Substitution (HÜK 1978, Art. 8 Abs. 2 lit. b), des Erlöschens und des Umfanges der Vollmacht nach dem nach Abs. 1 bestimmten Recht zu beurteilen. Liegt nach diesem Recht keine Vollmacht vor, so kann aber das nach Abs. 2 und 3 anwendbare Recht *dennoch* eine Vertretungswirkung anordnen, namentlich um den Dritten zu schützen (vgl. N 32 ff.).

- 30 Die Frage, ob ein Geschäft vertretungsfeindlich sei (vgl. N 10), ist gemäss IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER (Art. 126 N 25 und 58) nach Abs. 2 anzuknüpfen: Auch hier muss aber Ausgangspunkt der Untersuchung das nach Abs. 1 bestimmte Recht sein. Erlaubt es für das konkrete Geschäft keine Vertretung, ist nach dem nach Abs. 2 und 3 anwendbaren Recht aber zu fragen, ob der Dritte nicht dennoch einen Vertragsanspruch erhalten solle, was zentral davon abhängen wird, ob das betreffende Geschäft nach jenem Recht vertretungsfähig ist. Wo man nach einem der beiden Rechtssysteme auf eine Vertretungswirkung schliessen muss, ist zudem nach dem auf das abgeschlossene Rechtsgeschäft (Hauptvertrag) anwendbaren Recht zu prüfen, ob dieses nicht ein Vertretungsverbot aufstellt. Ein solches Verbot ist aber aus Gründen des Verkehrsschutzes und des Schutzes des Vertreters nur mit Zurückhaltung zu beachten (vgl. N 10 zur Meinung, das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht bestimme diese Frage).

- 31 Im Übrigen darf die hier aufgeworfene Abgrenzungsfrage zwischen Abs. 1 und 2 in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden. Zunächst wird das nach Abs. 1 und Abs. 2 anwendbare Recht in sehr vielen Fällen übereinstimmen (vgl. N 21 f. und 36 ff.). Sodann hat Abs. 2 insofern eine Abs. 1 überragende Bedeutung, als in den Fällen, in denen das Vorliegen einer Vollmacht nach Abs. 1 verneint werden muss, das nach Abs. 2 anwendbare Recht eben dennoch eine Vertretungswirkung anordnen kann. Damit dürfte auch die vorstehend vertretene, von KELLER/GIRSBERGER abweichende Meinung in der Praxis kaum unterschiedliche Auswirkungen haben.

3. Handeln ohne Vollmacht.

- 32 Handelt der Vertreter ohne bzw. ohne eine weit genug reichende Vollmacht, fragt sich gemäss dem nach Abs. 2 und 3 anwendbaren Recht, ob dem Dritten u.U. nicht *dennoch* – namentlich aus Verkehrsschutzgründen – ein Vertragsanspruch gegen den «Vertretenen» einzuräumen sei. Das schweizerische materielle Recht regelt solche Fragen in den Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3, Art. 459 und 460 Abs. 3 OR (Art. 37 OR beschlägt demgegenüber eine Frage des Innenverhältnisses, vgl. BSK OR I-WATTER, Art. 37 N 1); hierher gehören auch Fragen wie die Vertretungswirkung bei einem alleinigen Handeln eines Kollektivvertreters oder bei unerlaubter Substitution (vgl. vorne N 15 f.).

- 33 Diese Fragen werden in nationalen Rechten teilweise unter dem Stichwort «Vertretungsmacht» behandelt (vgl. dazu BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 13); für den Bereich des IPR dürfte der Ausdruck, nachdem er im Gesetz nicht verwendet wird, eher zu vermeiden sein, da er zu stark in der deutschen Lehre der abstrakten Vertretungsmacht ver-

haftet ist (a.A. IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 14, 26 ff.). Besser ist es, i.S.v. Art. 14 f. Genfer Abkommen (vgl. N 44) von einem «Handeln ohne Vollmacht», bzw. einem «Handeln über die Vollmacht» hinaus zu sprechen.

4. Genehmigung

- 34 Falls das Handeln des Vertreters keine direkte Wirkung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten entfaltet, weil der Vertreter keine Vollmacht hatte, und eine Vertretungswirkung auch nicht aus Verkehrsschutzüberlegungen eintritt, fragt sich, ob der «Vertretene» das Geschäft nachträglich genehmigen und damit eine Vertretungswirkung dennoch herbeiführen kann. Das Schweizer materielle Recht behandelt diesen Aspekt in Art. 38 OR. Auch diese Frage regelt sich gemäss dem nach Abs. 2 und 3 anwendbaren Recht (a.A. BERGER, 168 f.); dieses bestimmt auch, an wen sich die Genehmigung zu richten hat (vgl. dazu für das Schweizer materielle Recht BSK OR I-WATTER, Art. 38 N 5).

- 35 Gemäss dem nach Abs. 2 und 3 bestimmten Recht beurteilt sich auch die Frage, welche Ansprüche der Dritte gegen den Vertreter hat, wenn der «Vertretene» das Vertreterhandeln nicht genehmigt. Das so bestimmte Recht wird dem Dritten entweder einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter oder sogar einen Vertragsanspruch gegen diesen geben.

5. Das nach Abs. 2 und 3 auf das Ausserverhältnis anwendbare Recht

- 36 Anzuwenden ist (mangels einer Rechtswahl, vgl. N 40) in erster Linie das Recht des Staates, in dem der Vertreter – für den Dritten erkennbar – seine Niederlassung i.S.v. Art. 20 Abs. 1 lit. c (für natürliche Personen) oder Art. 21 Abs. 3 (bei Gesellschaften) hat (ebenso Art. 11 Abs. 1 HÜK 1978 – dazu N 3, 43). Abs. 2 ist damit primär auf die berufsmässige Vertretung zugeschnitten, insb. auf Agenturverhältnisse, ferner etwa auf die (insb. ausprozessuale) Vertretung durch einen ausländischen Rechtsanwalt.

- 37 Hat der Vertreter mehrere Niederlassungen, ist das Recht am Ort derjenigen Niederlassung massgebend, von der aus der Vertreter für den Dritten erkennbar handelt, subsidiär diejenige, mit der sein Handeln erkennbar die engste Berührung hat.

- 38 Hat der Vertreter keine (oder keine erkennbare) Niederlassung, gilt das Recht desjenigen Ortes, wo der Vertreter hauptsächlich handelt (vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. d HÜK 1978; BGE 131 III 516 f.). Bei Geschäften unter Anwesenheit ist das in aller Regel der Ort des Vertragsschlusses; bei Distanzgeschäften der Ort, von dem aus der Vertreter Willenserklärungen abgibt bzw. entgegennimmt (IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 44). Auch hier spielt u.E. die Erkennbarkeit eine wichtige Rolle, sind doch auch die Interessen des Dritten an dem auf das Ausserverhältnis anwendbaren Recht angemessen zu berücksichtigen (a.M. IPRG-Kommentar-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 45). Wenn z.B. der Vertreter das Geschäft hauptsächlich in einem Land vorbereitet, die Willenserklärungen aber in einem zweiten Land entgegennimmt, muss das Recht dieses zweiten Landes gelten; analoges gilt, wo ein Kollektivvertreter den Hauptkontakt zum Dritten hält: Hier muss das Recht des Landes, in welchem dieser Vertreter tätig ist, Anwendung finden.

- 39 Als unwiderlegbare Vermutung bestimmt Abs. 3 ferner, dass für Vertreter, die in einem Arbeitsverhältnis zum Vertretenen stehen und die keine eigene Niederlassung haben, sich diese am Ort des Sitzes (genauer u.E. der Ort der Niederlassung, die den Arbeitnehmer beschäftigt) des Vertretenen befinden (ebenso Art. 12 HÜK 1978 – dazu N 3, 43). Voraussetzung für die Anwendung von Abs. 3 ist, dass das Arbeitsverhältnis für den Drit-

ten erkennbar ist (ebenso IPRG-Kommentar-KELLER/GHRSBERGER, Art. 126 N 48). Zugeschnitten ist Abs. 3 etwa auf den international tätigen Handelsreisenden (vgl. Art. 347 ff. OR für das materielle schweizerische Recht).

40 Denkbar ist auch eine Rechtswahl im Ausnahmefall, wobei diese zwischen dem Vertretenen und dem Dritten zu treffen ist (a.A. DIETZ, 194). Der Vertretene kann allerdings auch für diese Vereinbarung den Vertreter einsetzen. Besondere Formvorschriften bestehen für diese Rechtswahl nicht (anders Art. 14 HÜK 1978). Damit genügt es z.B., wenn der Vertretene in einer Vollmachtsurkunde festhält, welches Recht auf das Vertretungsverhältnis auch im Ausnahmefall anzuwenden sei. Schliesst der Dritte ohne Vorbehalt einen Vertrag mit dem Vertreter gestützt auf diese Urkunde, gilt die Rechtswahl als getroffen.

V. Verhältnis Dritter – Vertreter (Abs. 4)

41 Dieses Verhältnis ist nur dann von Interesse, wenn der Dritte keinen Anspruch gegen den Vertretenen erwirbt und dieser auch nicht bereit ist, das Geschäft nachträglich zu genehmigen. Das materielle Recht hat dann zu entscheiden, ob der Dritte vom ohne Vollmacht handelnden Vertreter Schadenersatz fordern kann, oder ob er allenfalls den vermeintlich gegen den «Vertretenen» erworbenen vertraglichen Anspruch gegen den Vertreter geltend machen kann.

42 Gemäss Abs. 4 ist auf diese Frage das nach Abs. 2 bestimmte Recht anwendbar, was zwar – zumindest im Falle einer gar nicht existierenden Vollmacht – logisch nicht ganz schlüssig ist, bestimmt aber die sachgerechteste Lösung darstellt. Anzuführen ist, dass für den nicht ermächtigten Arbeitnehmer ohne eigene Geschäftsniederlassung die Vermutung nach Abs. 3 gelten muss.

VI. Internationale Übereinkommen

43 Das bis heute nicht in Kraft getretene HÜK 1978 (vgl. N 3 oben) ist international vereinheitlichtes Kollisionsrecht und ist in fünf Kapitel gegliedert, nämlich den Anwendungsbereich (Art. 1–4), das Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter (Art. 5–10), die Beziehungen zum Dritten (Art. 11–15), allgemeine Bestimmungen (Art. 16–22) und Schlussbestimmungen (s. hierzu etwa BASEDOW, 206 ff.). Wie schon oben (N 3) erwähnt, entsprechen sich das HÜK und Art. 126 weitgehend; auf Abweichungen wurde vorstehend jeweils verwiesen.

44 Beim (von der Schweiz unterzeichneten, aber mangels genügender Ratifikationen noch nicht in Kraft getretenen) Genfer Abkommen über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf von 1983 (vgl. dazu insb. HANISCH, 261 ff.; ferner den Kommentar in ENDBERLEN/MASKOW/STROHBACH, 352 ff. sowie VISCHER/HUBER/OSER, Rz 1039 ff. m.w.H.) handelt es sich um einen Versuch, das materielle Recht (und nicht das Kollisionsrecht) auf dem Gebiet der Stellvertretung zu vereinheitlichen, wobei sich der Anwendungsbereich mit dem Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf deckt. Das Genfer Abkommen statuiert, dass ein Handeln des Vertreters ohne Vertretungsbefugnis (oder in deren Überschreitung) den Vertretenen im Grundsatz nicht bindet, macht jedoch eine Ausnahme, falls der Dritte aus dem Verhalten des Vertretenen vernünftigerweise und in gutem Glauben schliessen durfte, dass der Vertreter ermächtigt gewesen sei (Art. 14).

Zweiter Abschnitt: Ungerechtfertigte Bereicherung

Vorbemerkungen zu Art. 127–128

Inhaltsübersicht

	Note
1. Praxis des Bundesgerichtes vor Inkrafttreten des IPRG	1
2. Vorarbeiten	2
3. Überblick über die gesetzliche Regelung	4
4. Spezialnormen	5
5. Qualifikation	6
6. Rück- und Weiterverweisung	7

Literatur

BALASTER, Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Winterthur 1955; VON BAR, Internationales Privatrecht, Besonderer Teil, München 1991; BECK, Die Bürgschaft im internationalen Privatrecht, ZBJV 1935, 514; BENNETT, Choice of Law Rules in Claims of Unjust Enrichment, IntCompLQ 1990, 167 ff.; VON CAEMMERER, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Ernst Rabel, Tübingen 1954, 333 ff.; FISCHER G., Die Neuordnung des Kollisionsrechtes der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag im IPR-Reformgesetz von 1999, IPRax 2002, 1 ff.; ENGSELE, Das Kollisionsrecht der ungerechtfertigten Bereicherung – Möglichkeiten der Rechtsvereinheitlichung in der EG anhand einer Untersuchung des deutschen und englischen Rechts, JZ 1993, 1025 ff.; GRAWEHR, Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht der Schweiz unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, französischen, englischen und US-amerikanischen Rechts, St. Gallen 1991; GUHL/MERZ/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991; GULDENER, Zession, Legalzession und Subrogation im internationalen Privatrecht, Auar 1929; HAY, Ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Frankfurt 1978; HOYER, Probleme des Bereicherungsstatus im österreichischen IPR, ZfRy, 1979, 1 ff.; IMHOFF-SCHIEBER/PATOCCHI, Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflicts of Law, Zürich 1990; KNOCK, Die Aufgliederung der Konditionen in der modernen Zivilrechtsdogmatik in ihren Auswirkungen auf das IPR, 1963; LORENZ, Der Bereicherungsausgleich im deutschen IPR und in rechtsvergleichender Sicht, FS Konrad Zweigert, Tübingen 1981, 199 ff.; REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983; SCHLECHTRIEM, Bereicherungsansprüche im IPR, in: von Caemmerer (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausserevertraglichen Schuldverhältnisse, Tübingen 1983, 29 ff. (zit. in: von Caemmerer); SCHLECHTRIEM, Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlerhafter Banküberweisungen im IPR, IPRax 1987, 356 f. (zit. IPRax 1987); SCHLUEP, Über Eingriffskonditionen, in: Sturm (Hrsg.), Mélanges Paul Piollet, Bern 1990, 174 ff.; SCHWIND, Internationales Privatrecht, 1990; STENDORFF, Das Akkreditiv im IPR der Schuldverträge, in: Ficker (Hrsg.), FS Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, 761 ff.; VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962 (zit. IVR); ZWIEGER, Bereicherungsansprüche im IPR, Süddeutsche Juristenzeitung (Heidelberg) 1947, 247 ff.

1. Praxis des Bundesgerichtes vor Inkrafttreten des IPRG

1 Wohl der damals h.L. verpflichtet, beurteilte das BGE bis 1952 Bereicherungsansprüche nach der *lex loci actus* (BGE 77 II 86, 94 f.; Ort der Übergabe des Geldes; 31 II 665; «wo die Bereicherung stattgefunden haben soll, also i.d.R. nach dem Rechte des Wohnortes des Erwerbers», 26 II 372; BGE 12, 39; «la loi du lieu où le paiement a été effectué»). In BGE 78 II 385 änderte das BGE seine Rechtsprechung und unterstellte Bereicherungsansprüche im Zusammenhang mit einem unterliegenden Rechtsverhältnis dem Statut, das

X. Vertretung (lit. i)

- 19 Neben die in lit. h geregelte Schuldenhaftung tritt die Frage, wer die Haftung einer Gesellschaft begründen kann, somit die Frage der **Vertretung der Gesellschaft**. Auch sie untersteht dem Gesellschaftsrecht (vgl. BGer vom 2.11.2004, 4C.157/2003). Es regelt die **Vertretungsmacht der Organe und Hilfspersonen** und ihren Umfang. Auszunehmen ist, wie oben erläutert (N 7), die **Deliktfähigkeit** und die Frage, wer die Gesellschaft durch Delikte verpflichtet. Sie untersteht dem Deliktsrecht.

- 20 Die Vertretungsmacht steht immer in engem Zusammenhang mit dem **Schutz gutgläubiger Dritter**. Bis zu einem gewissen Grade verdient ihr Vertrauen auf das Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltes oder ihres Geschäftssitzes Schutz. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber in Art. 158 eine Sonderanknüpfung vorbehalten, nach der ausländische Gesellschaften sich gegenüber gutgläubigen Dritten nicht auf Beschränkungen berufen können (z.B. nach der angelsächsischen *ultra-vires*-Lehre), die am gewöhnlichen Aufenthalt oder am Geschäftssitz der gutgläubigen Partei unbekannt sind.

Art. 156

- IV. Sonderanknüpfungen
Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Bekanntmachungen können nach dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates geltend gemacht werden, in dem die Ausgabe erfolgt ist.

IV. Rattachements spéciaux
1. Préentions déconflant de l'émission publique de titres de participation et d'emprunts
Les prétentions qui dérivent de l'émission de titres de participation et d'emprunts au moyen de prospectus, circulaires ou autres publications analogues, sont régies soit par le droit applicable à la société, soit par le droit de l'Etat d'émission.

IV. Collegamenti speciali
1. Pretese derivanti dall'emissione pubblica di titoli di partecipazione e di prestiti per mezzo di prospetti, circolari od analoghe pubblicazioni possono essere fatte valere giusta il diritto applicabile alla società ovvero giusta il diritto dello Stato di emissione.

Inhaltsübersicht

- I. Normzweck; Allgemeines
II. Vorbemerkungen für die Anwendung von Art. 156
1. Allgemeines
2. Die Voraussetzung einer internationalen Ausgabe

Note
1
9
9
13

3. Die Voraussetzung einer öffentlichen Ausgabe
4. Anwendung nur bei der Begebung von Wertpapieren?
5. Anwendung nur bei falschen oder unvollständigen Prospekten, Zirkularen oder anderen Bekanntmachungen

III. Das Wahlrecht

- IV. Die Anwendung der Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft und anderer öffentlich-rechtlicher Normen

V. Rechtsvergleichung

Literatur

ASSMANN, Prospekthftung (als Haftung für die Verletzung kapitalmarkbezogener Informationsverpflichtungen nach deutschem und US-amerikanischem Recht), Habil. Frankfurt a.M. 1984, 1985; BERTSCHINGER, Bemerkungen zu aktuellen Fragen des Bankenaufsichtsrechts, AJP 2002, 1259 ff.; DAENIKER, Anlegerschutz bei Obligationenanleihen, Diss. Zürich 1992; DEBS, Swiss Securities Regulation, 1998 (zit. Regulation); EBENROTH, Die internationale privatrechtliche Anknüpfung von Finanzinnovationen aus deutscher und schweizerischer Sicht, in: Forstmoser/Giger/Hoini/Schloep (Hrsg.), FS Max Keller, Zürich 1989, 391 ff.; EBENROTH/MESSER, Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, ZSR 1989 1, 49 ff.; EMCH/RENZ/ARPAUG, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; GRUNDMANN, Deutsches Anlegerschutzrecht in internationalen Sachverhalten, RabelsZ 1990, 283 ff.; HERZOG/AMSTUTZ, Rechtliche Überlegungen zur Haftung der Banken bei Emissionen, München 1991; Internationalization of the Securities Markets – Report of the Staff of the U.S. Securities and Exchange Commission to the Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs and the House Committee on Energy and Commerce, Washington 1987 (zit. Report); KEUTNER, Die Emission von Euro-Anleihen aus der Sicht der Marktteilnehmer, Diss. St. Gallen 1989; KLEIN, Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG, BJM 1989, 359 ff.; KONDOROSY, Die Prospekthftung im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1999; KUSTER, Zum Begriff der Öffentlichkeit und Gewerbmässigkeit im Kapitalmarktrecht, SZW 1997, 10 ff.; LÖFFLER, Anleihen, nationale und internationale Anleihenformen als Finanzierungsinstrument und Kapitalanlage, Diss. Zürich 1987; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000; REUTER/RASMUSSEN, Auswirkungen neuer EU-Richtlinien auf Kapitalmarkttransaktionen schweizerischer Emittenten, in: Reuter/Waeter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen 2006, 1 ff.; ROBERTO/WEGMANN, Prospekthftung in der Schweiz, SZW 74 (2002), 161 ff.; ROHR, Grundzüge des Emissionsrechts, Zürich 1990; SCHLEIFFER, Zum Prospekt nach Obligationenrecht, ST 79 (2005), 1021 ff.; SCHNYDER, Kollisionsrechtliche Fragen zu (grenzüberschreitenden) Übernahmen, in: Dufour/Hertig (Hrsg.), Kolloquium Erwerb von Beteiligungen am Beispiel öffentlicher Übernahmeangebote, Lausanne 1990; WÄTER, Prospekt(haft)pflicht heute und morgen, AJP 1992, 48 ff.; WELLEN, Die Neuregelung des europäischen Primärkapitalmarkts durch die Prospekttrichtlinie, in: von der Crone/Forstmoser/Waeter/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarkts, FS für Dieter Zolli zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 453 ff.; ZOLL, Die Änderung von Anleihebedingungen, SZW 1990, 129 ff.

Materialien

Schlussbericht, 265 (Art. 153 Abs. 2); Vernehmlassung, N 1102 ff. (Art. 153 Abs. 2); Botschaft, Ziff. 294.41 (Art. 151); AmtBull. SR 1985, 168; 1987, 192; AmtBull. NR 1986, 1360.

I. Normzweck; Allgemeines

- Im Rahmen einer sog. «Sonderanknüpfung» regelt diese Norm das anwendbare Recht in Bezug auf Ansprüche aus der öffentlichen Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen aufgrund von Prospekten und ähnlichen Mitteilungen, mithin auf Ansprüche, die im materiellen Schweizer Recht unter dem Stichwort der «Prospekthftung» zusammen-

dass derjenige Emittent, der nach seinem Gesellschaftsstatut nur geringe Offenlegungspflichten hat, sich zumindest an die Vorschriften des Ausgabegesetzes zu halten hat, wenn er dessen Kapitalmarkt beanspruchen will; ansonsten hätte der ausländische Emittent gegenüber dem inländischen einen Vorteil.

Für den Schweizer Investor ist dieser Umstand von doppelter Bedeutung: Oft wird er vom strengen Heimatrecht profitieren können, da die Anforderungen des Schweizer Rechts an den Prospekt nur gering sind, vgl. z.B. Art. 652a OR mit dem am 31.12.2003 in Kraft getretenen EU-Prospektrichtlinie vom 4.11.2003 (2003/71/EG) betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Prospektrichtlinie 2001/34/EG (ABl EG L 345 vom 31.12.2003, 64 ff.). Andererseits ist das Schweizer Recht immer noch strenger als dasjenige von Off-Shore-Zentren, die v.a. bei der Begebung von Obligationen ihre Bedeutung haben, gebrauchen doch auch Schuldner aus Industrieländern oft Tochtergesellschaften aus solchen Ländern als formelle Emittenten, um Verrechnungssteuern zu vermeiden (vgl. generell zum Prospektinhalt WÄTTER, 53 ff.).

Art. 156 ist als allseitige Kollisionsnorm ausgestaltet (so auch IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 156 N 1), will also insb. nicht nur die Anwendung der Schweizer Schutzvorschriften für Investoren sicherstellen.

II. Vorbemerkungen für die Anwendung von Art. 156

1. Allgemeines

Art. 156 bestimmt das anwendbare Recht für Fälle, in denen eine öffentliche (N 21 ff.) und internationale (N 13 ff.) Platzierung von Wertpapieren (N 24 ff.) erfolgt ist und ein Investor Ansprüche gegen den Emittenten oder gegen andere involvierte Personen (N 31) geltend machen will, wobei sich die Ansprüche auf falsche oder unvollständige Angaben in Prospekten, Zirkularen oder ähnlichen Bekanntmachungen (N 28 f.) zu stützen haben.

Die Norm ist nicht anwendbar auf vertragliche Ansprüche, die die Investoren im Zusammenhang mit der Begebung von Wertpapieren oft auch haben (vgl. dazu WÄTTER, 56 f.; ebenso SCHWANDER, Int. Privatrecht BT, Rz 797). z.B. aus ihrer vertraglichen Beziehung zu einer Bank oder zum Emittenten; letzteres kommt in der Praxis gerade bei internationalen Anleihen in aller Regel aber nicht vor, da die Wertpapiere in einer ersten Phase fast stets von einem Emissionskonsortium übernommen werden (N 4).

Nicht erfasst von Art. 156 sind ferner Ansprüche aus dem Wertpapier, die mit dessen Ausgabe nichts zu tun haben, oft aber auch im Prospekt umschrieben sind, z.B. Ansprüche gegen den Emittenten oder gegen eine Syndikatsbank wegen der Frage, ob die Anleihe wegen Eintritts eines Verzugsstandes fällig sei bzw. fällig zu stellen sei (vgl. BGE 129 III 71 ff. E. 3). Für diese Ansprüche gilt das Vertragsstatut, wobei in aller Regel eine Rechtswahl in den Anleihebedingungen getroffen worden ist.

Fraglich ist, ob auch sog. secondary placements, bei denen nicht der Emittent, sondern z.B. ein bisheriger Grossaktionär Wertpapiere des Emittenten der Öffentlichkeit anbietet, unter Art. 156 fallen können. Das amerikanische Recht behandelt z.B. solche Platzierungen analog zur Emission durch den Emittenten (vgl. § 2 [1] des Securities Act von 1933), verlangt also u.a. auch die Erstellung eines Prospektes. Meines Erachtens sind solche Sekundärplatzierungen nach Art. 156 anzuknüpfen, da die Interessenlage analog

gefasst werden und die im nationalen Recht in den Art. 752 OR und 1156 OR geregelt sind.

2 Art. 156 wurde im Parlament gegenüber der bundesrätlichen Botschaft (dort Art. 151) nicht verändert.

3 Art. 156 regelt nach hier vertretener Auffassung eine kapitalmarktrechtliche Fragestellung, auch wenn die systematische Stellung der Norm auf eine Behandlung gesellschaftsrechtlicher Problemkreise hinzudeuten scheint (ebenso EBENROTH/MESSER, 78 ff.). Praktisch bedeutet dies, dass Art. 156 z.B. auch anwendbar ist, wenn ein Einzelunternehmer oder ein Trust (vgl. KLEIN, 362 f. und 370) eine Anleihe begibt. Ferner ist es für die Anknüpfung irrelevant, ob Ansprüche aus Prospekthafung bei Emissionen in den fraglichen Rechtskreisen gesellschaftsrechtlich (so in der Schweiz Art. 752 OR) oder kapitalmarktrechtlich (so namentlich das amerikanische Recht in den §§ 11 und 12 Securities Act von 1933) ausgestaltet sind. Art. 156 (und nicht Art. 133 Abs. 2) ist auch anwendbar, falls eine der in Frage kommenden Rechtsordnungen nur deliktsrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit der Prospekthafung kennt (vgl. auch ASSMANN, 225 ff. zur Anwendung der Lehre der culpa in contrahendo).

4 Art. 156 kann nicht verstanden werden, ohne die nationalen und internationalen Regeln und Usancen auf dem Primärmarkt zu kennen (dazu HOPT, 11 ff., 62 ff.; WÄTTER, 50; ROHR, 102 ff.). International begebene Wertpapiere werden in aller Regel von einem Emissionskonsortium fest übernommen, das diese seinerseits interessierten Investoren anbietet, primär den eigenen bekannten Kunden. Nur in Einzelfällen werden Wertpapiere vom Emittenten direkt oder durch Banken kommissionsweise angeboten.

5 Wichtig für das Verständnis von Art. 156 ist ferner, dass Regeln über den Vertrieb von Wertpapieren in den meisten Ländern von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zumindest mitgeprägt werden. Einzelne Länder kennen eine Registrierungspflicht (so v.a. die USA, vgl. §§ 5 und 6 des Securities Act von 1933), andere statuieren detaillierte Prospektpflichten (vgl. WÄTTER, 52 f.) und regulieren diejenigen Personen, die Wertpapiere vertreiben dürfen – so das europäische Recht (vgl. die neue Prospektrichtlinie, dazu N 7) und die Richtlinie vom 21.4.2004 (2004/39/EG) über Märkte für Finanzinstrumente (ABl EG L 145 vom 30.4.2004, 1 ff.) und auch das Schweizer Recht (vgl. etwa Art. 3 und 10 des Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24.3.1995). Wer Wertpapiere ausserhalb seines Sitzlandes begeben will, muss deshalb meist lokale Banken oder Broker in den Vertrieb miteinbeziehen. Aus einer wohl ähnlichen Überlegung heraus argumentierte der BR in der Botschaft, dass sich die alternative Anknüpfung von Sitzstaat und Ausgabestaat schon wegen der Natur der Schutz- und Publizitätsvorschriften rechtfertige, welchen oft Ordre Public-Charakter zukomme (Botschaft, Ziff. 294.41; vgl. auch HOPT, N 231).

6 Die praktische Bedeutung von Art. 156 liegt v.a. darin, dass Emittenten gezwungen sind, auf international begebenen Wertpapieren das für Investoren günstigere Recht anzuwenden, insb. also die strengeren Offenlegungsvorschriften zu beachten, die entweder das Behebungsland (bzw. die Behebungsländer) oder das Sitzland des Emittenten statuieren (vgl. auch SCHNYDER, 637; WÄTTER, 56; abl. GRUNDMANN, 305 ff. mit m.E. nicht einleuchtenden Argumenten). Der Prospektinhalt hat sich damit am Recht des Landes mit den strengsten Vorschriften zu orientieren, was gerechtfertigt ist, um Ungleichheiten zwischen in- und ausländischen Investoren und Emittenten zu vermeiden. Anders gesagt bewirkt Art. 156, dass z.B. der Schweizer Investor bei einer hierzulande öffentlich ausgetragenen Emission dieselben Informationen erhält wie der Investor im Sitzland des Emittenten, falls dort strengere Bestimmungen bestehen (vgl. N 7). Umgekehrt gilt auch,

derjenigen bei einer normalen Primärmarkttransaktion ist, bei der eine Bank die Emission fest übernimmt; oft wird aber das durch Art. 156 anwendbar erklärte Sachrecht keine Prospektpflicht und damit auch keine Prospekthaftung vorsehen.

2. Die Voraussetzung einer internationalen Ausgabe

13 Vorausgesetzt ist für die Anwendbarkeit von Art. 156 zunächst, dass das Sitzland des Emittenten (N 24 ff.) und der Ausgabe- oder Begebungsort der Wertpapiere aus einanderfallen (SCHWANDER, Int. Privatrecht BT, Rz 796). Herkömmlicherweise wird zwischen internationalen und multinationalen Platzierungen unterschieden, wobei letztere im Zeichen der Globalisierung der Finanzmärkte immer häufiger werden. Bei der internationalen Platzierung (oft auch als Auslandsanleihe bezeichnet) wendet sich der Emittent an Investoren in einem anderen Land (LÖFFLER, 66 f.). Bei der multinationalen Emission werden Investoren in mehreren Ländern, meist auch in demjenigen des Sitzes des Emittenten, angegangen (vgl. auch HOPF, N 29).

14 Im Eurobondmarkt werden Papiere gleichsam überregional emittiert, da auf diesem Markt nationale Vorschriften ganz oder doch grösstenteils fehlen. Historisch wurden die ersten bedeutenden Eurobondanleihen zuerst von amerikanischen (ab ca. 1963), später von japanischen Unternehmen begeben. 1983 folgten auch international angebotene Aktienplatzierungen (KEUTNER, 27 ff.; ferner zum ganzen auch Report, II-29 ff.); m.E. ist Art. 156 auch auf solche «überregionalen» Emissionen anwendbar, sofern die Emission als öffentliche Ausgabe in einem der involvierten Länder zu qualifizieren ist (dazu N 15 ff.).

15 Die Bestimmung des Ausgabeortes kann in der Praxis fast stets anhand der Zusammensetzung des Emissionssyndikates erfolgen: Wird eine Obligationenleihe eines japanischen Emittenten durch ein Syndikat der drei Schweizer Grossbanken platziert, ist offensichtlich geplant, die Anleihe in der Schweiz zu begeben bzw. in der Schweiz Investoren zu werben (vgl. auch ROBERTO/WEGMANN, 163). Besteht das Syndikat aus Banken aus verschiedenen Ländern, sollen die Papiere nach der Absicht des Emittenten (der ja einen entsprechenden Emissionsvertrag unterschrieben hat, vgl. ROHR, 299 ff.) multinational platziert werden (vgl. auch N 5). Neben dieser Bestimmung nach dem Emissionssyndikat haben die anderen Bestimmungsfaktoren (vgl. N 16 ff.) in praktischer Hinsicht nur sekundäre Bedeutung.

16 Denkbar ist, dass die Papiere auch in Ländern platziert werden, denen keine Syndikatsbank angehört. So könnte etwa eine einem Syndikat angehörende Schweizer Grossbank auch den liechtensteinischen Markt bearbeiten. Die grenzüberschreitende Werbung kann sich in der Praxis darin zeigen, dass der klagende Investor Wohnsitz in einem solchen «Drittland» hat; dieser Investor muss dann aber zeigen, dass ein öffentliches Angebot (N 21 ff.) in seinem Land erfolgte. Zu beachten ist auch, dass auf dem Emissionsmarkt die grenzüberschreitende Tätigkeit durch öffentlich-rechtliche Regeln stark eingeschränkt ist (N 5), wobei aber z.B. im EU-Raum der diesbezügliche Dienstleistungsverkehr nun gesichert ist, vgl. Art. 33 der Richtlinie vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente (N 5).

17 Der «Ort der Zeichnung», auf den IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 156 N 5 und DURRUT, Art. 156 N 1 für die Bestimmung des Ausgabeortes primär abstellen wollen, dürfte demgegenüber höchstens ein *tertiäres Kriterium* sein: Falls nämlich tatsächlich Werbung im vorgenannten Sinn in einem «Drittland» (d.h. in einem Land, in dem keine Syndikatsbank ihren Sitz hat) erfolgt, liegt dort ein Ausgabeort, auch wenn Zeich-

nungen nur bei Syndikatsbanken im Ausland entgegengenommen werden. Würde man der zitierten Meinung von VISCHER folgen, könnte die Anwendbarkeit eines Rechtssystems durch Bestimmung eines arbiträren Zeichnungsortes allzu leicht ausgeschlossen werden.

18 Indiz für den Ausgabeort ist bei Obligationenanleihen oft auch die Währung: Emittiert ein japanisches Unternehmen eine Anleihe in Schweizer Franken, ist in aller Regel anzunehmen, dass die Schweiz zumindest auch Ausgabeort sein soll. Ein weiteres Indiz für den Ausgabeort kann das auf die Anleihe in den Anleihebedingungen anwendbar erklärte Recht sein: Falls dieses vom Gesellschaftsstatut verschieden ist, plant der Emittent offenbar, die Papiere international, namentlich auch in dem Markt, dessen Recht gewählt wurde, zu begeben (vgl. EMCH/RENZ/ARPAGHAUS, Rz 1991).

19 Fast standardmässig findet sich in heutigen Prospekten die Aussage, dass eine bestimmte Platzierung nicht für Investoren, die Bürger der USA seien oder dort Wohnsitz haben, bestimmt sei (sog. «U.S. sales restriction», vgl. auch N 37). Falls sich das Konsortium wirklich an diese Regel hält, ist keine Ausgabe in den USA anzunehmen. Generell dürfen aber solche Verkaufsrestriktionen nur Hinweise für den Ausgabeort sein; massgebend ist das tatsächliche Verhalten.

20 Falsch gestellt ist m.E. die Frage, ob die Einführung eines Titels an der Börse ebenfalls als Ausgabe zu qualifizieren sei. Die Kotierung an Börsen erfolgt teilweise erst nach der Ausgabe, wobei im Emissionsprospekt jeweils angekündigt wird, wo für die emittierten Papiere eine Kotierung beantragt wird. Gibt z.B. ein englisches Unternehmen in der Schweiz Titel heraus, deren Kotierung in Luxemburg beantragt werden soll (was in der Praxis relativ oft vorkommt), ist Luxemburg kein Ausgabeort. Fragen kann man sich hingegen, ob die Haftung für falsche Angaben im Börseneinführungsprospekt (vgl. Art. 1156 OR) ebenfalls unter Art. 156 fällt (ebenso IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 156 N 5). Dafür sprechen würde der Umstand, dass sich in der Praxis Emissions- und Börseneinführungsprospekt oft decken (vgl. auch Art. 32 ff. des Kotierungsreglementes und BSK OR II-WARTER, Art. 1156 N 13), dagegen der Umstand, dass das Wahlrecht bei der Börseneinführung nicht gelten sollte, da Investoren nur ein schützenswertes Interesse am Recht des Staates im Sitzland der Börse haben. Gesamthaft ist i.S. einer ausdehnenden Auslegung m.E. auch die Haftung aus Falschangaben im Börseneinführungsprospekt unter Art. 156 zu subsumieren.

3. Die Voraussetzung einer öffentlichen Ausgabe

21 Vorausgesetzt ist für die Anwendbarkeit von Art. 156 weiter, dass Wertpapiere (N 24 ff.) öffentlich begeben werden, womit umgekehrt der Investor bei reinen Privatplatzierungen (zum Begriff BSK OR II-WARTER, Art. 1156 N 8, vgl. auch N 12) daselbst zu «Notes» auf vertragliche Ansprüche (dazu N 10) angewiesen ist, auch wenn er nach Schweizer Sachrecht in Einzelfällen Ansprüche aus Prospekthaftung haben kann (vgl. BSK OR II-WARTER, Art. 1156 N 12 für Notes; vgl. auch KONDOROSY, 21 f.). Entsprechend sind im Bereich des IPRG die Ansprüche aus einer Privatplatzierung nach vertraglichen Grundrissen anzuknüpfen, somit in aller Regel nur nach dem Sitzland des Emittenten; allenfalls kann auch nach dem Sitzland der die Platzierung durchführenden Bank angeknüpft werden, falls nicht – wie üblich – eine Rechtswahl erfolgte.

22 Der Begriff der Öffentlichkeit in Art. 156 deckt sich in etwa mit demjenigen in Art. 652a Abs. 2 OR, wo eine Einladung als «öffentlich» definiert ist, die sich nicht an einen begrenzten Kreis von Personen richtet. Als praktische Richtschnur wird oft die

Zahl 20 zu kontaktierender Investoren angegeben: Eine breitere Suche nach Interessenten gilt als öffentlich (vgl. auch Art. 3a Abs. 2 BankV, BSK OR II-ZINDEL/ISLER, Art. 652a N 2 f. sowie ausführlich KUSTER, 10 ff.; KONDOROSY, 24 ff., 240 f.).

23 Theoretisch lässt sich fragen, ob der Begriff «öffentlich» im Bereich des IPR nicht sehr weit ausgelegt werden sollte, um Schweizer Investoren die Möglichkeit zu belassen, sich auf «ihre» Recht zu berufen. Ein solches Ansinnen ist m.E. aber abzulehnen: Wer «privat» aus dem Ausland eine Investition eingeleitet hat, hat eben kein berechtigtes Vertrauen darauf, dass er sich bei Falschangaben auf Schweizer Recht stützen kann. Immerhin ist anzumerken, dass im internationalen Kontext eine Platzierung als privat gelten kann, die nach Schweizer Auffassung öffentlich ist. So können etwa diesbezügliche allgemeinen strengen amerikanischen Recht nach der sog. Regulation D, Rules Governing the Limited Offer and Sale of Securities without Registration under the Securities Act of 1933 (17 CFR 230.501-508), bzw. Rule 501 ff. natürliche Personen, deren Vermögen US-\$ 1 Mio. übersteigt – nebst anderen Ausnahmen – in unbeschränkter Zahl angegangen werden, ohne dass dies als öffentliches Angebot gelten würde; eine viele solcher «sophisticated investors» auch in der Schweiz einbeziehende Platzierung müsste nach Schweizer Sachrecht demgegenüber als öffentlich gelten und kollisionsrechtlich unter Art. 156 fallen.

4. Anwendung nur bei der Begebung von Wertpapieren?

24 Der Gesetzestext spricht von der Ausgabe von Beteiligungspapieren (also Aktien und Partizipationsscheine bzw. entsprechende ausländische Titel) und Anleihen, womit in Teilbeträgen aufgesplattete Grossdarlehen mit einheitlichen Bedingungen gemeint sind (zum Begriff BSK OR II-WATTER, Art. 1156 N 2). Diese Umschreibung ist in verschiedener Hinsicht zu präzisieren:

25 Zunächst sind auch Mischformen erfasst, also die Begebung von Options- oder Wandelanleihen, daneben aber auch andere von einem Emittenten begebene Werte, wie namentlich Warrants (in Wertpapieren verbrieft Optionen auf andere Wertpapiere).

26 Weiter ist zu fordern, dass die Wertpapiereigenschaft keine Rolle spielen darf (ebenso IPRG-Kommentar-VISCHER, Art. 156 N 15). Dies gilt schon im materiellen Schweizer Recht (BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 3) und muss im internationalen Kontext umso eher gelten. Ob also Wertpapiere oder Wertrechte emittiert werden, darf keine Rolle spielen: Von einem Emittenten begebene Optionen fallen deshalb ebenso unter Art. 156 wie Warrants (N 25).

27 Für die Begebung von kollektiven Kapitalanlagen bestimmt Art. 2 Abs. 4 KAG, dass ausländische kollektive Kapitalanlagen, deren Anteile in der Schweiz vertrieben werden, unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung den einschlägigen Bestimmungen des KAG unterstellt sind (vgl. Botschaft zum AFG in BBl 1993 II 217, vgl. auch die Art. 44 ff. des AFG). Fraglich ist, ob diese Norm sich auch auf die Verantwortlichkeitsbestimmungen bezieht, was wohl zu einer Nichtanwendung von Art. 156 führen müsste. Meines Erachtens ist zu differenzieren, ob es sich um eine gesellschaftsrechtlich strukturierte kollektive Kapitalanlage handelt; dann ist Art. 156 ohne weiteres anzuwenden. In den anderen Fällen muss m.E. das KAG im Lichte von Art. 156 ausgelegt werden und dem Anteilseininhaber ebenfalls ein Wahlrecht zugestanden werden, womit er sich neben dem Verantwortlichkeitsrecht des KAG auch auf das allenfalls vorteilhaftere ausländische Recht des Errichtungsstandes der kollektiven Kapitalanlage stützen kann.

5. Anwendung nur bei falschen oder unvollständigen Prospekten, Zirkularen oder anderen Bekanntmachungen

Art. 156 ist nur anwendbar, wenn sich die Ansprüche auf falsche oder unvollständige Angaben in Prospekten, Zirkularen oder anderen Bekanntmachungen stützen (zum Begriff im materiellen Recht BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 14). Ausgeschlossen sind damit etwa Ansprüche wegen unterlassener Registrierung der Ausgabe (N 5, 35), aber auch Ansprüche, die sich auf die Anleihebedingungen stützen (N 10 f.).

28 Nicht entscheidend ist für die Anknüpfung, ob auf einer Mitteilung oder einem Zirkular vermerkt ist, dass das entsprechende Schriftstück nicht rechtsverbindlich sei und sich die vollen Angaben nur im Prospekt finden, was praktisch sehr häufig vorkommt; immerhin dürfte das anwendbare Recht dann für solche Mitteilungen oft keine – oder nur eine reduzierte – Haftung statuieren (vgl. WATTER, 60 für die Enthaltungsklausel im Schweizer Recht).

III. Das Wahlrecht

29 Sind die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 156 gegeben, hat der klagende Investor das Recht, sich vor Gericht entweder auf das Gesellschaftsstatut des Emittenten (Art. 154) oder auf das Recht des Ausgabeortes (N 13 ff., speziell N 15 f. oben) zu berufen (vgl. hierzu SCHLEIFER, 1021; BERTSCHINGER, 1262; HERZOG/AMSTUTZ, 764 f.; DAENIKER, Regulation, 75; KONDOROSY, 249 ff.). Erfolgt die Ausgabe an mehreren Orten, hat der Investor m.E. nur das Recht, neben dem Sitzland denjenigen Ausgabeort zu wählen, an dem er die Wertpapiere erworben hat (vgl. Art. 15). Begibt also ein japanisches Unternehmen Wertpapiere in Deutschland, England und der Schweiz, steht dem Schweizer Investor m.E. nur die Wahl des japanischen oder schweizerischen Rechts zu, da er kein berechtigtes Vertrauen in die Anwendung des britischen Rechts hat.

30 Der Investor wird sich bei seinem Entscheid natürlich von der Frage leiten lassen, welches Recht für ihn günstiger ist. Dabei wird er zwei Fragenkomplexe zu unterscheiden haben: Zunächst wird er untersuchen müssen, welches Rechtssystem ihm die günstigeren Verantwortlichkeitsnormen bietet, was er v.a. anhand des Kreises der haftbaren Personen, der Art der Schadensberechnung, der Bestimmung des Kausalzusammenhangs und des erforderlichen Verschuldens (und dessen Nachweises) entscheiden wird. In der praktischen Hauptfrage nach der Pflichtverletzung wird er sich sodann meist damit auseinandersetzen haben, ob der Emittent Angaben im Prospekt unrichtig oder namentlich unvollständig wiedergegeben hat; anders gesagt muss der Investor sich fragen, welches Recht die umfassenderen Inhaltsvorschriften an den Prospekt stellt (WATTER, 3 ff.). Hier sind dann die internationalen Unterschiede auch bedeutend grösser als beim Inhalt der Verantwortlichkeitsnormen, weshalb meist die Beantwortung dieser zweiten Frage entscheidend sein wird.

31 Meines Erachtens bestimmt die lex fori, wann das Wahlrecht spätestens auszuüben ist und ob die Wahl im Prozess auch konkludent, z.B. durch Rechtsraterklärungen nur zu einem Rechtskreis, erfolgen kann (vgl. auch Art. 135, 138, 139, speziell Art. 138 N 12, 13, 24). Wo das Prozessrecht über diese Frage schweigt (was in aller Regel der Fall sein wird), muss m.E. gelten, dass die Wahl mit der ersten Prozessschrift zu erfolgen hat, da es nicht angeht, dass der Kläger ein Optionsrecht auf die Bestimmung eines Sachrechts in späteren Phasen des Prozesses hat, das er z.B. je nach der Verteidigung des Beklagten in der Klageantwort ausüben kann. Wo keine Wahl erfolgt, darf m.E. die lex fori als gewählt gelten, falls der Kläger diese wählen könnte, was in aller Regel der Fall sein wird (vgl. auch Art. 151 Abs. 3).

- 33 Oft wird die Wahl aber schon vorprozessual erfolgen. Eine einmal getroffene Wahl ist endgültig.

IV. Die Anwendung der Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft und anderer öffentlich-rechtlicher Normen

- 34 Ob die Art. 1157 ff. OR über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen (bzw. analoge ausländische Vorschriften) auf eine Anleihe anwendbar sind, richtet sich m.E. nach dem auf die Anleihe anwendbaren Recht, mithin entweder (und üblicherweise) nach einer Rechtswahl, ansonsten nach dem Sitzland des Emittenten (Art. 117). Das nach dieser Regel anwendbare Recht hat dann zu bestimmen, ob die entsprechenden binnenstaatlichen Normen überhaupt Anwendung finden. Das ist z.B. beim Schweizer Recht nicht der Fall (differenzierend BSK OR II-STEINMANN, Art. 1157 N 9; ZOBL, 145; anders SemJUD 1983, 406 ff.).
- 35 Andere öffentlich-rechtliche Normen – z.B. die Registrierungspflicht nach amerikani-schem und japanischem Recht (vgl. N 5, 28) – finden in aller Regel nur Anwendung, wenn Wertpapiere im entsprechenden Land ausgegeben werden (oder sich – wie im Falle der USA – an Bürger dieses Landes richten). Auf sie kann sich der Investor im Ausgabe-land, der sich auf das Gesellschaftsstatut berufen will, in seiner Klage nicht abstützen (vgl. N 28), auch wenn an die Nichtregistrierung im Land des Emittenten Rechtsfolgen anknüpfen (vgl. etwa § 12[a] des amerikanischen Securities Act). Begibt also ein US-amerikanisches Unternehmen Wertpapiere in der Schweiz, kann sich der Schweizer Investor zwar auf die Haftungsbestimmungen des amerikanischen Rechts berufen – und z.B. geltend machen, dass der Prospektinhalt unvollständig sei und nicht dem amerika-nischen Standard entspreche – hingegen kann er aus der Nichtregistrierung in den USA nichts für sich ableiten.

V. Rechtsvergleichung

- 36 In Deutschland wird ein Wahlrecht abgelehnt (HOPT, N 242; GRUNDMANN, 305 ff.); als anwendbar gilt das Recht am «Erfolgsort», der in aller Regel – aber nicht notwendigerweise – mit dem schweizerischen Ausgabeort identisch sein wird.
- 37 In den USA wird amerikanisches Recht angewandt, wenn die Ausgabe unter anderem an einen amerikanischen Staatsbürger oder eine in den USA ansässige Person erfolgt, womit das hierzulande existierende Erfordernis der öffentlichen Ausgabe praktisch nicht existiert; diese Regelung führt denn auch zu den «sales restrictions» (vgl. N 19). Rechtstechnisch erfolgt in den USA die Diskussion allerdings vor allem im Zusammenhang mit der Frage, ob amerikanische Gerichte «jurisdiction» haben – was i.d.R. auch Anwendung des amerikanischen Rechts nach sich zieht. Zuständigkeit wurde in der bisherigen Praxis bisher (vgl. dazu Report, VII-9 ff.) dann als gegeben angesehen, wenn entweder relevante Handlungen in den USA («conduct tests», vgl. z.B. *ITT vs. Vencap Ltd*, 519 F. 2d 1001 [2d Cir./1975]) stattgefunden haben oder Auswirkungen auf dem amerikanischen Markt oder amerikanische Investoren festgestellt werden konnten («effects tests», vgl. als ersten relevanten Entscheid *Schoenbaum vs. Firstbrook*, 405 F. 2d 200 [2d Cir./1968], *rev'd on other grounds*, 405 F. 2d 215, *cert. denied*, 395 U.S. 906 [1969]; aber auch *Leasco Data Processing vs. Maxwell*, 468 F. 2d 1326 [2d Cir./1972]).
- 38 In der EU wurden mit Inkrafttreten der EU-Prospektrichtlinie einheitliche Bestimmungen für die Erstellung, Billigung und Verbreitung eines im Primärmarkt zu benützenden Prospekts eingeführt (vgl. hierzu WERLEN, 454 ff.; REUTTER/RASMUSSEN, 14 ff.). Die an

die Börsenzulassung anknüpfenden Folgepflichten im Bereich der Offenlegung werden seit dem 20.1.2005 ebenfalls einheitlich durch die EU-Transparenzrichtlinie geregelt (Richtlinie vom 15.12.2004 (2004/109/EG) zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem regulierten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (ABl. EG L 390 vom 31.12.2004, 38 ff.). Vereinheitlichungsbestrebungen für die Haftungsbestimmungen bestehen dagegen bislang auf europäischer Ebene keine.

Art. 157

2. Namens- und Firmenschutz
 1 Wird in der Schweiz der Name oder die Firma einer im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaft verletzt, so richtet sich deren Schutz nach schweizerischem Recht.

2 Ist eine Gesellschaft nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragen, so richtet sich der Schutz ihres Namens oder ihrer Firma nach dem auf den unlauteren Wettbewerb (Art. 136) oder nach dem auf die Persönlichkeitsverletzung anwendbaren Recht (Art. 132, 133 und 139).

2. Protection du nom et de la raison sociale
 1 La protection du nom et de la raison sociale des sociétés inscrites au registre suisse du commerce contre les atteintes portées en Suisse est régie par le droit suisse.

2 A défaut d'inscription au registre suisse du commerce, la protection du nom et de la raison sociale est régie par le droit applicable à la concurrence déloyale (art. 136) ou aux atteintes à la personnalité (art. 132, 133 et 139).

2. Protezione del nome e della ditta
 1 La protezione del nome o della ditta di una società iscritta nel registro svizzero di commercio è regolata dal diritto svizzero se il pregiudizio è stato arrecato in Svizzera.

2 Se la società non è iscritta nel registro svizzero di commercio, la protezione del nome o della ditta è regolata dal diritto applicabile alla concorrenza sleale (art. 136) o alla lesione della personalità (art. 132, 133 e 139).

Inhaltsübersicht

	Note
I. Allgemeines	1
1. Regelungsgegenstand	1
2. Entstehungsgeschichte	2
3. Grundsätzliche Bemerkung	3
II. Namens- und Firmenschutz von im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaften (Abs. 1)	4
1. Anwendungsbereich	4
2. Rechtsfolge	8
3. Einzelfragen	12
III. Namens- und Firmenschutz von nicht im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Gesellschaften (Abs. 2)	13
1. Anwendungsbereich	13
2. Rechtsfolge	15
IV. Staatsverträge	22

vgl. dazu *CELLI*, Handelsname, 307 ff., 321 ff. m.w.H.). Grundgedanke auch dieser Abkommen ist der Inländerbehandlungsgrundsatz (vgl. *CELLI*, Handelsname, 314 ff., 339; vorne N 24 f.).

Art. 158

3. Beschränkung der Vertretungsbefugnis
Eine Gesellschaft kann sich nicht auf die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Organs oder eines Vertreters berufen, die dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung der anderen Partei unbekannt ist, es sei denn, die andere Partei habe diese Beschränkung gekannt oder hätte sie kennen müssen.

3. Restriction des pouvoirs de représentation
La société ne peut pas invoquer des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant qui sont inconnues du droit de l'Etat de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'autre partie, à moins que celle-ci n'ait connu ou dû connaître ces restrictions.

3. Limitazione del potere di rappresentanza
La società non può invocare la limitazione del potere di rappresentanza di un organo o di un rappresentante se tale limitazione non è prevista dal diritto dello Stato della stabile organizzazione o della dimora abituale dell'altra parte, eccetto che quest'ultima sapesse o dovesse sapere di tale limitazione.

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines; Anwendungsbereich	Note
II. Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 158	1
1. Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach Gesellschaftsstatut	6
2. Unbekanntheit dieser Beschränkung in der für den Dritten relevanten Rechtsordnung	12
3. Gutgläubigkeit des Dritten	14
III. Rechtsfolge	16
IV. Prozessuales	19
V. Berufung auf Beschränkungen, die nur das Umweltrecht vorsieht	20
VI. Rechtsvergleichung	21

Literatur

EBENROTH/MESSER, Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, ZSR 1989 I, 49 ff.; *KLEIN*, Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG, BJM 1989, 359 ff.; *MOSER*, Personalstatut und Aussehenverhältnis der Aktiengesellschaft, in: Boenle (Hrsg.), FS Wolfhard, Friedrich Buggi, Zürich 1971, 283 ff.; *REUTTER/RASMUSSEN*, Auswirkungen neuer EU-Richtlinien auf Kapitalmarkttransaktionen schweizerischer Emittenten, in: Reuter/Watter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen, Zürich 2006, 1 ff.; *RUSCH*, Interzession im Interesse des Aktionärs, Diss. Zürich 2004; *WATTER*, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», Diss. Zürich 1985.

Materialien

Schlussbericht, 273 f. (Art. 156); Vernehmlassung, N 1120 ff. (Art. 156); Botschaft, Ziff. 294.43 (Art. 153); AmtBull SR 1985, 169; 1987, 192; AmtBull NR 1986, 1360.

I. Allgemeines; Anwendungsbereich

Art. 158 wurde im Parlament gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf (dort Art. 153) nur sprachlich leicht verändert (vgl. zum Meinungsstand vor Inkrafttreten des IPRG: *MOSER*, 289 ff.).

Die Vertretung der juristischen Person (und organisierter einfacher Gesellschaften und Personengesellschaften) durch ihre Organe (bzw. gesellschaftsrechtlich vertretungsbefugte Personen) wird grundsätzlich durch das Gesellschaftsstatut geregelt, vgl. Art. 155 lit. 1 (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes 4C.157/2003 vom 2.11.2004, E. 2.2.). Das nach dieser Norm anwendbare Recht bestimmt insb. auch den Umfang der Vertretungsmacht der Organe und die Möglichkeit der Gesellschaft, diese Vertretungsmacht zu begrenzen. Zu solchen Grenzen gehören etwa die Zweckgrenze des Schweizer Rechts (dazu N 8), Einschränkungen von Selbstkontrollieren und Doppelvertretung, aber auch die Beschränkungen auf eine Kollektivvertretung. Das Gesellschaftsstatut bestimmt auch, ob die Gesellschaft einzelnen Organen verbindliche, allenfalls auch gegenüber Dritten wirkende Grenzen ihrer Vertretungsbefugnis auferlegen darf (vgl. N 9-11).

Art. 158 schränkt nun die Möglichkeiten des Gesellschaftsstatutes ein, im internationalen Verhältnis Beschränkungen der genannten Art Dritten gegenüber für rechtsverbindlich zu erklären. Art. 158 findet aber nur Anwendung, wenn der Dritte gutgläubig ist, und kann damit als Parallelvorschrift zu Art. 36 verstanden werden (vgl. auch *EBENROTH/MESSER*, 84). Art. 158 ist wie diese auch als ganzseitige Kollisionsnorm ausgestaltet.

Art. 158 gilt auch, wenn ein Sachrecht nicht die Vertretungsbefugnis, wohl aber die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft so einschränkt, dass diese gar nicht Partei gewisser Rechtsgeschäfte sein kann, wie das etwa bei der (nur noch am Rande geltenden, vgl. N 8) englischen *ultra vires-Lehre* der Fall ist (i.E. ebenso *KLEIN*, 373; *EBENROTH/MESSER*, 85).

Art. 158 ist nach dem Wortlaut anwendbar auf Beschränkungen der Vertretungsbefugnis von Organen und Vertretern; mit dem Ausdruck «Vertreter» sind neben den Exekutivorganen einer juristischen Person zunächst die vertretungsberechtigten Gesellschafter von Personengesellschaften und einfachen Gesellschaften erfasst (vgl. Art. 126 N 9 zur einfachen Gesellschaft). Unter Art. 158 fallen nach der hier vertretenen Ansicht auch Prokuristen, die eine einem Organ vergleichbare Vertretungsbefugnis haben (vgl. Art. 126 N 7) und wohl auch faktische Organe, wobei sich die Frage, wer faktisches Organ ist, u.E. nur nach dem Gesellschaftsstatut und nicht nach dem Umweltrecht des Dritten richtet.

II. Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 158

1. Beschränkung der Vertretungsbefugnis nach Gesellschaftsstatut

Art. 158 setzt zunächst voraus, dass das Gesellschaftsstatut eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis (oder der Rechtsfähigkeit, vgl. N 4) zulässt und eine solche Beschränkung auch Dritten gegenüber für verbindlich erklärt. Ausgangspunkt ist damit eine umfassende Vertretungsbefugnis, die den Organen alle Handlungen erlaubt, die eine Gesellschaft überhaupt abschliessen kann, anders gesagt alle Rechtsgeschäfte, die – in der Sprache von Art. 53 ZGB – nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.

- 7 Solche Begrenzungen kommen in den meisten Rechtskreisen vor; international häufig sind folgende Fälle:
- 8 a) Die Begrenzung der Handlungen auf den Zweck der juristischen Person – so das Schweizer Recht in Art. 718a Abs. 1 OR (vgl. BSK OR II-WÄTTER, Art. 718a N 2 ff.) – oder auf in den Statuten aufgeführte «powers» (so die nur teilweise noch existierende «ultra vires»-Lehre, vgl. WÄTTER, N 173b; RUSCH, 188). Die der EU angehörenden Länder kennen diese Grenze nach Art. 9 Abs. 2 der Ersten Richtlinie des Rates vom 9.3.1968 (1968/151/EWG) zur Koordinierung der Schutzbestimmungen (ABl EWG L 65 vom 14.3.1968, 8 ff.; nachfolgend EG-1-Publizitätsr.) nicht mehr bzw. erlauben sie nur dann, wenn die Gesellschaft darlegen kann, dass dem Dritten bekannt war (oder er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte), dass eine konkrete Handlung den Unternehmensgegenstand überschritt (vgl. DUTOIT, Art. 158 N 1).
- 9 b) Die meisten Länder kennen die Möglichkeit der Gesellschaft, eine Kollektivvertretung vorzuschreiben (vgl. Art. 718a Abs. 2 OR für das Schweizer Recht und Art. 9 Abs. 3 der EG-1-Publizitätsr.; ferner § 78 des dt. Aktiengesetz) oder den Vertretungskreis der Organe auf eine Filiale oder den Hauptsitz zu beschränken (vgl. dazu BSK OR II-WÄTTER, Art. 718a N 15 ff.).
- 10 c) Beschränkt werden – z.T. nur durch die Rspr. – die Möglichkeiten des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung (vgl. für das Schweizer Recht BSK OR II-WÄTTER, Art. 718a N 12 f.) oder die Möglichkeit, Unterbevollmächtigte zu benennen (BSK OR II-WÄTTER, Art. 718 N 30). Teilweise werden auch Eigengeschäfte (d.h. Transaktionen mit Dritten, die aber ausschliesslich im eigenen Interesse stattfinden) beschränkt (vgl. das Beispiel bei MOSER, 288 betr. Bürgschaften namens der Gesellschaft für eine Schuld des Organs).
- 11 d) Denkbar ist es auch, dass das innerstaatliche Recht andere Schranken, z.B. summarische Begrenzungen, zulässt; deren Wirkung gegenüber Dritten ist allerdings meist schon nach dem Gesellschaftsstatut begrenzt, bzw. im Ausnahmefall nur dann wirksam, wenn der Dritte die Grenze kannte. Dies gilt auch für interessenwidriges Handeln des Organs bzw. Missbrauch seiner Vertretungsmacht (dazu für das Schweizer Recht BSK OR II-WÄTTER, Art. 718a N 8 ff.). Möglich ist auch, dass das innerstaatliche Recht gewisse Geschäfte generell nicht erlaubt (so wohl die Schweizer Rspr. unter der Herrschaft des inzwischen aufgehobenen BGE 95 II 442).
- 12 2. Unbekanntheit dieser Beschränkung in der für den Dritten relevanten Rechtsordnung
- 13 Die Anwendung von Art. 158 setzt weiter voraus, dass (primär) das Recht der Niederlassung des Dritten (Art. 20 Abs. 1 lit. c und 21 Abs. 2) bzw. dasjenige seines gewöhnlichen Aufenthaltes (Art. 20 Abs. 1 lit. b), also sein sog. «Umweltrecht», die vom Gesellschaftsstatut aufgestellte Begrenzung nicht kennt bzw. solche Beschränkungen Dritten gegenüber als nicht verbindlich erklärt.
- 14 Irrelevant ist dabei (im Gegensatz zu Art. 36 – und je nach Sachlage auch zu Art. 126), wo das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Auch wenn am Handlungsort die fragliche Beschränkung bekannt ist, kann sich der in einem anderen Land wohnende Dritte auf Art. 158 berufen (ebenso IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 158 N 3). Immerhin ist anzumerken, dass sich durch diese Regel eine objektiv kaum gerechtfertigte Diskrepanz zu Art. 126 ergibt, da dort der Dritte weder sein «Umweltrecht», noch das Recht am Handlungsort zu seinem Schutz anrufen kann.

3. Gutgläubigkeit des Dritten

Verlangt ist schliesslich, dass der Dritte die konkrete Grenze weder kannte noch hätte kennen müssen (vgl. auch Art. 36 Abs. 1; Entscheid des Bundesgerichtes 4C.157/2003 vom 2.11.2004, E. 2.3). Fraglich ist damit insb., welcher Sorgfaltsmassstab an die Nachforschungen des Dritten zu stellen sind, insb., ob er ein Register im Sitzland der Gesellschaft einzusehen habe oder sich z.B. bei einer rechtskundigen Person im Sitzland der Gesellschaft zu erkundigen habe, ob dieses Land Beschränkungen erlaube (vgl. SCHWANDER, Int. Privatrecht BT, Rz 816). Dieses «Erkundigen» ist im internationalen Bereich bei grösseren Transaktionen insb. im Finanzbereich üblich, wo jeweils Anwälte im Rahmen einer «Opinion» bestätigen, dass die für eine Gesellschaft handelnden Personen diese für das in Frage stehende Geschäft auch tatsächlich verpflichten können.

Vom Dritten zu verlangen, in ein allfällig vorhandenes Register im Sitzland der Gesellschaft Einblick zu nehmen oder sich gar über den Rechtszustand im betreffenden Land zu erkundigen, würde aber zu hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht stellen und Art. 158 jeden Sinnes berauben (ebenso IPRG-Kommentar-Vischer, Art. 158 N 3). Gehen muss daher, dass sich die Pflicht des Dritten, nähere Erkundigungen einzuholen, nur aus den konkreten Umständen des Parteiverhältnisses ergeben kann, z.B. aus dem Umstand, dass alle bisherigen Verträge von den Vertretern einer Gesellschaft nur zu zweit abgeschlossen wurden und nun ein Organ plötzlich alleine auftreten will. An die Sorgfaltspflicht des Dritten sind dabei schon deshalb nur geringe Anforderungen zu stellen, weil sein Umweltrecht die fragliche Begrenzung ja nicht kennt, er daher mit der Problematik zwangsläufig nicht vertraut ist. Auch wenn also der Dritte keine «Opinion» einholt (N 14), kann er sich in aller Regel auf seinen guten Glauben berufen.

III. Rechtsfolge

Kennt das Umweltrecht des Dritten die nach Gesellschaftsstatut vorgesehene Beschränkung der Vertretungsbefugnis nicht bzw. erklärt es diese Dritten gegenüber als für nicht rechtswirksam, gilt damit für die Frage, ob ein konkretes Rechtsgeschäft für eine Gesellschaft verbindlich sei, das (weniger weitgehende) Umweltrecht des Dritten, anstatt das auf diese Frage ansonsten anwendbare Gesellschaftsstatut. Praktisch bedeutet dies, dass dank Art. 158 ein Rechtsgeschäft für die durch ein nicht befugtes Organ aufgetretene Gesellschaft verbindlich ist, obwohl nach Gesellschaftsstatut keine Bindungswirkung eingetreten wäre.

Nach Gesellschaftsstatut wird sich dann die Frage richten, inwieweit die Gesellschaft von ihrem ohne Befugnis handelnden Organ Ersatz fordern kann.

Art. 158 ist u.E. auch anzuwenden, wenn das Umweltrecht bloss eine günstigere Rechtsfolge für den Dritten vorsieht, also z.B. die Handlungen des ohne Befugnis auftretenden Organs nicht einfach als nichtig betrachtet, sondern dem Dritten (wenigstens) einen Schadenersatzanspruch gegen die Gesellschaft oder z.B. einen Vertragsanspruch gegen das Organ zugesteht.

IV. Prozessuales

Prozessual präsentiert sich für das Gericht, welches das IPRG anzuwenden hat, die Lage folgendermassen: Falls die am Prozess beteiligte Gesellschaft behauptet, ein Rechtsgeschäft sei mangels Vertretungsbefugnis der für sie handelnden Organe nicht abgeschlossen, kann die andere Partei (oder das Gericht von sich aus, vgl. Art. 16) einwenden, diese Begrenzung sei in ihrem Umweltrecht nicht vorgesehen. Die Gesellschaft kann diese

Einwendung dadurch entkräften, dass sie nachweist, dass der Dritte die nach Gesellschaftsstatut mögliche Beschränkung kannte oder hätte kennen sollen; analog zu Art. 3 ZGB ist denn der gute Glaube des Dritten zu vermuten bzw. der Beweis für das Kennen oder für das Kennenmüssen (also die mangelnde Sorgfalt des Dritten) der Gesellschaft aufzuerlegen.

V. Berufung auf Beschränkungen, die nur das Umweltrecht vorsieht

Eine Gesellschaft kann sich im Grundsatz nicht auf eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis berufen, die das Gesellschaftsstatut nicht vorsieht. U.E. ist aber denkbar, dass mit dem Dritten kraft Rechtswahl dessen Umweltrecht für Handlungen der Organvertreter für anwendbar erklärt wird (vgl. Art. 126 N 40 zur subjektiven Anknüpfung der Vertretungsmacht); in dieser Konstellation kann sich die Gesellschaft selber auf ein weitergehendes (d.h. mehr Beschränkungen zulassendes) Umweltrecht des Dritten berufen.

VI. Rechtsvergleichung

Es wurde in N 8 schon erwähnt, dass in der EU im Bereich der Vertretung der Gesellschaft das Gemeinschaftsrecht auf einem Minimalstandard harmonisiert worden ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 der EG-1-Publikation), womit die Gefahr, unbekannten Beschränkungen der Vertretungsmacht ausgesetzt zu sein, in diesem Raum natürlich sinkt.

Art. 159

4. Haftung für ausländische Gesellschaften
Werden die Geschäfte einer Gesellschaft, die nach ausländischem Recht gegründet worden ist, in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so untersteht die Haftung der für sie handelnden Personen schweizerischem Recht.

4. Responsabilité pour une société étrangère
Lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit suisse.

4. Responsabilità per società straniere
Se gli affari di una società costituita giusta il diritto straniero sono gestiti in Svizzera o a partire dalla Svizzera, la responsabilità delle persone che agiscono per essa è regolata dal diritto svizzero.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines 1
- II. Anwendungsvoraussetzungen 4
- III. Rechtsfolge 12
- IV. Die handelnden Personen 18
- V. Haftung der Gesellschaft 21
- VI. Art. 159 als alternative Anknüpfung 22
- VII. Art. 159 als Durchgriffsnorm? 23
- VIII. Schlussbemerkungen 25

Literatur

KNELLER, Die Haftung für die Verwaltung einer liechtensteinischen Stiftung unter besonderer Berücksichtigung des Art. 159 IPRG, Diss. Zürich 1993; WERLEN, Haftung für ausländische Gesellschaften, Sonderanknüpfung gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit, Diss. Zürich 1999; s. im Weiteren die Vorbemerkungen zu Art. 150-165.

Materialien

Schlussbericht, 274 f. (Art. 157); Vernehmlassung, N 1128 ff. (Art. 157); Botschaft, Ziff. 294.44 (Art. 154); AmtBull StR 1985, 169; 1987, 192; AmtBull NR 1986, 1360.

I. Allgemeines

Die Inkorporationslehre erlaubt, wie oben erläutert (Art. 154 N 12), das Auseinanderfallen von statutarischem Sitz (im Inkorporationsstaat) und effektivem Verwaltungssitz. Dass dies zu Missbräuchen führen kann, liegt auf der Hand. Die Expertenkommission versuchte, diesem Problem mit einer materiellen Haftungsnorm folgenden Wortlautes zu Leibe zu rücken (Art. 157 Expertenentwurf):

«Wird durch eine Gesellschaft, auf die nur wegen der Erfüllung der Publizitätsvorschriften ausländisches Recht anwendbar ist, der Anschein erweckt, sie unterstehe schweizerischem Recht, und werden ihre Geschäfte in der Schweiz oder von der Schweiz aus geführt, so haften für ihre Schulden gegenüber Dritten die Personen, die sie beherrschen, für sie handeln oder ihre Tätigkeit bestimmen, solidarisch».

Mit dieser Norm, deren Sachgerechtigkeit zu berechtigten Fragen Anlass gibt (vgl. REYMOND J.-A., 298, 300), hat die Kommission Geister gerufen, die sie nicht mehr los wurde. In der Tat sah sich bereits der BR gezwungen, nach Auswertung der Vernehmlassung den Vorschlag i.S. des nachträglich Gesetz gewordenen Textes neu zu formulieren. Aus heute nicht eruierten Gründen wurde der neue Text aber dem Parlament mit einer Marginalie vorgeschlagen, die derjenigen des alten Texts entspricht: «Haftung für Schulden ausländischer Gesellschaften». Ausserdem paraphrasierte die Botschaft den Schlussbericht der Expertenkommission (Botschaft, Ziff. 294.44; Schlussbericht, 274 f.), und der Berichtersteller der Nationalratskommission führte wörtlich aus:

«Es geht also bei diesem Artikel um die sogenannte Durchgriffshaftung. Die Verantwortlichen, welche die Gesellschaft beherrschen, für sie handeln oder direkt oder indirekt ihre Tätigkeit bestimmen, sollen für die Schulden der Gesellschaft nach schweizerischem Recht haftbar sein» (AmtBull NR 1986, 1359).

Die einzige Änderung, die der Text in den Räten erfahren hat, betrifft die Marginalie. Sie wurde dem Inhalt des Textes angepasst und lautet nun: «Haftung für ausländische Gesellschaften». Darin liegt ein Indiz, das bei der Auslegung des Art. 159 behilflich sein kann. Die Änderung scheint zu belegen, dass das Parlament trotz der anders lautenden Texte bewusst keine materielle Haftungsnorm erliess, sondern eine einseitige Kollisionsnorm (EBENROTH/MESSER, 87). Die Botschaft und die Aussagen des Berichterstellers im NR können demnach vernachlässigt, und die Norm kann ihrem Wortlaut gemäss ausgelegt werden (REYMOND J.-A., 299).

Ziel der Norm ist es, i.S. einer einseitigen Kollisionsnorm (kritisch dazu SCHNYDER, Europa, 13 f.) den Schutz schweizerischer Gläubiger gegenüber Gesellschaften sicherzustellen, deren Sitz nur pro forma im Ausland liegt, die aber in Wirklichkeit ihre Geschäfte in der Schweiz oder von der Schweiz aus führen. Der Schutz soll darin be-