
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

- 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
- 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.
Fürsprecher 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
- Susanne Wolf-Mettler, Dr. iur.
Rechtsanwältin, Zürich
Art. 13-19, Anhang
- Nicole Zeller, lic. iur.
Rechtsanwältin in Zürich
Art. 129-133, 135, 142
- Werner Wenger, Dr. iur.
Rechtsanwalt und Notar in Basel
Art. 178, 186
- Catherine Westenberg, Dr. iur., MBA
Advokatin in Basel
Art. 20, 22-24
- Markus Wirth, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt in Zürich
Art. 188, 189

- 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

1. **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.

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 reconnaissable pour 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.

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.

- 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 Ortsrecht** 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).

Umsritten 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 aufgrund 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);

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

I. Entstehungsgeschichte	1
II. Allgemeines. Anwendungsbereich	4
III. Das Innenverhältnis (Abs. 1)	13
1. Anwendungsbereich	13
2. Anwendbares Recht	21
IV. Das Aussverhältnis (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 Aussverhältnis anwendbare Recht	36
V. Verhältnis Dritter – Vertreter (Abs. 4)	41
VI. Internationale Übereinkommen	43

Literatur

BASEDOW, Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe, *RebelsZ* 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.; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, Internationales Kaufrecht, *Freiburg* 1991; HANISCH, Das Genfer Abkommen über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf von 1983 als Beispiel angewandter Rechtsvergleichung, in: *Habscheid/Linder/Meyer-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); Vermehrlassung, N 927 ff. (Art. 127); Botschaft, Ziff. 282.4 (Art. 123); *AmtBull. SR* 1985, 164; *AmtBull. NR* 1986, 1358.

I. Entstehungsgeschichte

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

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

3 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

4 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.

5 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/GIRBERGER, Art. 126 N 5; s. hierzu auch *SIZ* 93 (1997), 328 f.). Art. 126 findet deshalb Anwendung bei ein-, zwei- oder mehrseitigen Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäften, ferner bei rechtsgeschäftsmähnlichen 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).

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-ZÄCH, *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.).

7 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/LIATOWITSCHEK, 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 Ausserverhältnis (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 fällt 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/WETTENSCHWILER, Art. 544 N 22; 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. SIEHR, Internationales Privatrecht, 257).

III. Das Innenverhältnis (Abs. 1)

1. Anwendungsbereich

13 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.):

14 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 denatigen Gewerbes gewöhnlich mit sich bringt») macht.

15 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) wolen 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.

16 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). Wiederrum 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 SCHNUR-RENBURGER, 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 **Lageort 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). **Feht 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 Verkehrs-schutzgründen – 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/HÜBER/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 DUTOIT, 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) aus-setzt. 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 Voraussetzungen 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 Drittherberührung 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. Schliesslich liegt die hier vertretene Ansicht ausserdem näher bei der Bundesgerichtspraxis (vgl. BGE 88 II 195; 95 II 442; 100 II 207 und Semilud 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 Umfangs 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 ENDBLEIN/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 Verhältnis des Vertretenen vertretungsbefugnisse 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. Vorbereiten	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 der Schweiz, ZBlV 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 Neuregelung 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; GUHLMEIRZ/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991; GULDENER, Zession, Legalzession und Subrogation im internationalen Privatrecht, Aarau 1929; HAY, Ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Frankfurt 1978; HOYER, Probleme des Bereicherungsanspruchs 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 Bereicherungsanspruch 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 aussereuropäischen 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 Piaget, 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. IPR); ZWEIFELER, 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 BGR 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 Erwerbbers», 26 II 372; BGE 12, 39; «la loi du lieu où le paiement a été effectué»). In BGE 78 II 385 änderte das BGR 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 Gesellschaftsstatut (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 Deliktstatut.

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 und Anleihen aufgrund von Prospekten, Zirkularen und ähnlichen Bekanntmachungen können nach dem auf die Gesellschaft öffentlichen Auswendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates geltend gemacht werden, in dem die Ausgabe erfolgt ist.

IV. Rattachements

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.

1. Prétentions découlant de l'émission publique de titres de participation et d'emprunts

IV. Collegamenti speciali

Le 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.

1. Pretese derivanti dall'emissione pubblica di titoli di partecipazione e di prestiti

Inhaltsübersicht

- | | |
|----------------------------------------------------|------|
| I. Normzweck; Allgemeines | Note |
| II. Vorbelegungen für die Anwendung von Art. 156 | 1 |
| 1. Allgemeines | 9 |
| 2. Die Voraussetzung einer internationalen Ausgabe | 9 |
| | 13 |

3. Die Voraussetzung einer öffentlichen Ausgabe 21
4. Anwendung nur bei der Begebung von Wertpapieren? 24
5. Anwendung nur bei falschen oder unvollständigen Prospekten, Zirkularen oder anderen Bekanntmachungen 28

III. Das Wahlrecht 30

IV. Die Anwendung der Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft und anderer öffentlich-rechtlicher Normen 34

V. Rechtsvergleichung 36

Literatur

ASSMANN, Prospekthafung (als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverpflichtungen nach deutschem und US-amerikanischem Recht), Habli. Frankfurt a.M. 1984, 1985; BERTSCHINGER, Bemerkungen zu aktuellen Fragen des Bankenaufsichtsrechts, AJP 2002, 1259 ff.; DAENIKER, Anlegerschutz bei Obligationenangeboten, Diss. Zürich 1992; BERS, Swiss Securities Regulation, 1998 (zit. Regulation); EBENROTH, Die internationale privatrechtliche Anknüpfung von Finanzinnovationen aus deutscher und schweizerischer Sicht, in: Forstmoser/Giger/Heini/Schloppe (Hrsg.), FS Max Keller, Zürich 1989, 391 ff.; EBENROTH/MESSER, Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen PRG, ZSR 1989 I, 49 ff.; EMCH/RENZ/ARPAAGUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; GRUNDMANN, Deutsches Anlegerschutzrecht in internationalen Sachverhalten, RebeLZ 1990, 283 ff.; HERZOG/AMSTUTZ, Rechtliche Überlegungen zur Haftung des Wirtschaftsprüfers für Comfort Letters, ST 74 (2000), 757 ff.; HOPT, Die Verantwortlichkeit 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; KLER, Die gesellschaftsrechtliche Bestimmungen des PRG, BJM 1989, 359 ff.; KONOROSY, Die Prospekthafung im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1999; KUSTER, Zum Begriff der Öffentlichkeit und Gewermissigkeit im Kapitalmarktrecht, SZW 1997, 10 ff.; LÖFFLER, Anleihen, nationale und internationale Anleiheformen als Finanzierungsinstrument und Kapitalanlage, Diss. Zürich 1987; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000; REUTTER/RASMUSSEN, Auswirkungen neuer EU-Richtlinien auf Kapitalmarkttransaktionen schweizerischer Emittenten, in: Reuter/Waeter/Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen 2006, 1 ff.; ROBERTO/WEGMANN, Prospekthafung in der Schweiz, SZW 74 (2002), 161 ff.; ROHR, Grundzüge des Emissionsrechtes, 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; WATTER, Prospekt(haft)pflicht heute und morgen, AJP 1992, 48 ff.; WERLEN, Die Neuregelung des europäischen Primärkapitalmarktes durch die Prospektrichtlinie, in: von der Crone/Forstmoser/Waeter/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktes, 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); Vemeinlassung, 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 «Prospekthafung» zusammen-

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 Einzelnehmer 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 zumindeste 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 (ABI 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 Vertriebsmittenbeziehungen. 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 Begebungsland (bzw. die Begebungsländer) oder das Sitzland des Emittenten statuieren (vgl. auch SCHNYDER, 637; WÄTTER, 56; abt. 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 ausbelegten Emission dieselben Informationen erhält wie der Investor im Sitzland des Emittenten, falls dort strengere Bestimmungen bestehen (vgl. N 7). Umgekehrt gilt auch,

dass derjenige Emittent, der nach seinem Gesellschaftsstatut nur geringe Offenlegungspflichten hat, sich zumindest an die Vorschriften des Ausgabestaates 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 (ABI 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 Verzugsabstandes 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

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 Zusammenfassung 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 diesbez. freie 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 DURTOT, 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 Obligationenleihen 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/ARPAUGAS, 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 Börseneinführungsprospekte oft decken (vgl. auch Art. 32 ff. des Kotierungsreglementes und BSK OR II-WÄTTER, Art. 1156 N 13), dagegen der Umstand, dass das Wahrecht 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-WÄTTER, 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-WÄTTER, Art. 1156 N 12 für Notes; vgl. auch KONDOROSY, 21 f.). Entsprechend sind im Bereich des IPRG die Ansprüche aus einer Privatplatzierung nach vertraglichen Grundätzen 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 lassen, sich auf «ihre» Recht zu berufen. Ein solches Ansinnen ist m.E. aber abzulehnen: Wer «privat» aus dem Ausland eine Investition eingegangen ist, hat eben kein berechtigtes Vertrauen darauf, dass er sich bei Falschangaben auf Schweizer Recht abstützen kann. Immerhin ist anzumerken, dass im internationalen Kontext eine Platzierung als privat gelten kann, die nach Schweizer Auffassung öffentlich ist. So können etwa diesbezüg. 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 dem anderen Fällen muss m.E. das KAG im Lichte von Art. 156 ausgelegt werden und 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 fänden, 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

30 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.

31 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 Kausalzusammenhanges 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 denn die internationalen Unterschiede auch bedeutend grösser als beim Inhalt der Verantwortlichkeitsnormen, weshalb meist die Beantwortung dieser zweiten Frage entscheidend sein wird.

32 Meines Erachtens bestirnt die *lex fori*, wann das Wahlrecht spätestens auszuüben ist und ob die Wahl im Prozess auch konkludent, z.B. durch Rechtsrügen 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 angehen kann, 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 Registrierungsspflicht nach amerikanischem 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 Ausgabeland, der sich auf das Gesellschaftsstatut berufen will, in seiner Klage nicht stützen (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 amerikanischen 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. *III 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.). Vereinheitlichungsbemühungen 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

