

## Buchbesprechungen Recensions

**JEAN-PHILIPPE KLEIN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 32–40 OR, Stellvertretung, 3. A., Schulthess Verlag, Zürich 2020, 480 Seiten, CHF 228.–, ISBN 978-3-7255-8046-0.**

Seit wenigen Wochen liegt die Neukommentierung der Art. 32–40 OR im Zürcher Kommentar vor. Formal handelt es sich dabei um die 3. Auflage des von HUGO OSER begründeten und zusammen mit WILHELM SCHÖNENBERGER weitergeführten Kommentars, materiell aber hat der Kommentator, JEAN-PHILIPPE KLEIN, nicht eine Neubearbeitung auf bestehender Grundlage, sondern ein neues Werk mit einer eigenständigen Struktur vorgelegt. Auch inhaltlich finden sich erhebliche Abweichungen. So vertritt KLEIN beispielsweise – im Anschluss an PAUL PIOTET – die Auffassung, dass Art. 39 OR in Abs. 1 und 2 unterschiedliche Positionen des negativen Vertragsinteresses meint (N 51 f. zu Art. 39 OR), während OSER und SCHÖNENBERGER in der zweiten Auflage die – heute herrschende – Ansicht vertraten, dass in Abs. 1 (Schaden «aus dem Dahinfallen des Vertrages») das negative, in Abs. 2 («weiterer Schaden») das positive Vertragsinteresse gemeint ist.

Der eigentlichen Kommentierung ist eine «Allgemeine Einleitung zu den Art. 32–40» vorangestellt. Darin gibt KLEIN vorab einen «historischen Überblick» über das Stellvertretungsrecht (N 1–17), sodann befasst er sich mit dem «Anwendungsbereich des Stellvertretungsrechts» (N 18–163). In diesem zweiten Teil handelt er auch Fragen ab, welche üblicherweise nicht unter dem Titel «Anwendungsbereich» behandelt werden, so etwa die verschiedenen Arten der Stellvertretung (kaufmännische Stellvertretung, Vertretung von Personengesellschaften, Organvertretung) und die Abgrenzung zu mehr oder weniger verwandten Tatbeständen (Bote, Organ, Grundverhältnis). Auch die Wissensvertretung, welche mit der Stellvertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR nichts gemein hat, wird hier angesprochen (N 58), wenn auch nur ansatzweise (Näheres in N 22 ff. zu Art. 32 OR).

Der Schwerpunkt der gesetzlichen Regelung liegt bei den Voraussetzungen der Vertretungswirkung (Art. 32–35, 37 und 38 OR). Diese Bestimmungen bilden auch den Schwerpunkt der Kommentierung. In der im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten und strittigen Frage, ob der Vertreter handlungsfähig sein muss oder ob Urteilsfähigkeit genügt, spricht sich KLEIN im letzteren Sinne aus (N 3 zu Art. 32 OR). Hervorzuheben ist die eingehende Behandlung von Art. 32 Abs. 2 OR, den KLEIN teilweise abweichend

von der herrschenden Lehre interpretiert (N 96 zu Art. 32 OR [eigenes Verständnis des Satzteils «aus den Umständen schliessen musste»]), wenn auch weitgehend mit gleichen Ergebnissen. Vieles überzeugt (so etwa N 90 zu Art. 32 OR [kritische Stellungnahme zu BGE 90 II 285 betr. die Abgrenzung von direkter und indirekter Stellvertretung]), anderes weniger (so etwa N 191 ff. zu Art. 33 OR zum Verhältnis von Vertrauensprinzip und gutem Glauben). Nicht zu überzeugen vermag vor allem die Kommentierung von Art. 39 OR (dazu später).

KLEINS Kommentierung entspricht in ihrer Bedeutung jener von ROGER ZÄCH und ADRIAN KÜNZLER im Berner Kommentar (2. A., Bern 2014). Bei beiden Werken handelt es sich nicht um reine Praxiskommentare, sondern um Werke mit teilweise monographischem Charakter. Als solche beschränken sie sich nicht auf die Wiedergabe von Lehre und Rechtsprechung und bleiben auch nicht bei mehr oder weniger gesichertem Wissen stehen. So unterzieht KLEIN – wie bereits gesagt – Art. 32 Abs. 2 OR teilweise einer Neuinterpretation oder er hinterfragt die herrschende Auffassung, wonach Abs. 1 von Art. 39 OR auf Ersatz des negativen, Abs. 2 auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses gerichtet ist, und kommt zum Schluss, dass beide Absätze unterschiedliche Positionen des negativen Vertragsinteresses zum Gegenstand haben, Ersatz des positiven Interesses also ausscheidet.

Nach der Auffassung KLEINS wäre es bei einer Haftung aus culpa in contrahendo (als solche qualifiziert er die Haftung nach Art. 39 OR) «unlogisch und geradezu widersprüchlich, [...] Ersatz des Erfüllungsinteresses zu gewähren», dies umso mehr, «als der falsus procurator überhaupt nie Vertragspartner werden sollte» (N 51 zu Art. 39 OR). Indes ist es keine Frage der Logik, ob der Gesetzgeber Ersatz nur des negativen oder auch – alternativ – des positiven Vertragsinteresses gewähren will. Auch hindert den Gesetzgeber nichts daran, den Vertreter trotz fehlendem Eigengeschäftsführungswillen auf Ersatz des letzteren haften zu lassen oder ihn sogar an den abgeschlossenen Vertrag zu binden (vgl. Art. 645 Abs. 1 OR [dazu N 62 der Allgemeinen Einleitung] und § 179 Abs. 1 BGB). Solche Anordnungen enthalten auch nichts Widersprüchliches. Immerhin war es ja der vollmachtlose Vertreter, der im Vertragspartner die Erwartung auf das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages geweckt hat. Insgesamt erscheint die Kommentierung von Art. 39 OR nicht bis ins Letzte durchdacht und auch nur ungenügend auf das allgemeine Haftungsrecht abgestimmt (s. etwa N 17 zur Kausalität). Zudem lässt die Auseinandersetzung mit der Lehre teilweise zu wünschen übrig. Insbesondere bleibt die Dissertation von GUIDO VON MOOS aus dem Jahre

2017 (Die Haftung des Vertreters ohne Vollmacht nach Art. 39 OR) mehr oder weniger unberücksichtigt.

Es ist hier selbstverständlich nicht der Ort, das vorgestellte Werk im Einzelnen zu «kommentieren». Hingegen mag es sinnvoll erscheinen, auf einige aus Sicht des Rezensenten besonders interessante Kommentarstellen hinzuweisen:

- N 139 ff. der Allgemeinen Einleitung: Abgrenzung von Bote und Stellvertreter und rechtliche Bedeutung der Unterscheidung;
- N 155 ff. der Allgemeinen Einleitung: Tragweite von Art. 396 Abs. 2 OR (Wirkung der dort aufgestellten Vermutung nur im Innen- oder auch im Aussenverhältnis?);
- N 159 ff. der Allgemeinen Einleitung: Tragweite von Art. 543 Abs. 3 OR (Parallelregel zu Art. 396 Abs. 2 OR);
- N 22 ff. zu Art. 32 OR: Wissenszurechnung. Siehe zu dieser Thematik auch § 166 BGB und die dazu ergangene umfangreiche Lehre und Rechtsprechung (neustens MARTIN SCHWAB, Wissenszurechnung in arbeitsteiligen Organisationen, JuS 2017, 512 ff.);
- N 116 ff. zu Art. 32 OR: mittelbare Stellvertretung;
- N 182 ff. zu Art. 33 OR: Duldungs- und Anscheinsvollmacht;
- N 66–68, 78, 80 zu Art. 35 OR: postmortale Vollmacht.

Der Kommentar enthält ein Stichwortverzeichnis. Dass darin «nur Verweise auf zentrale Ausführungen aufgenommen wurden», wie es im Vorwort (S. V) heisst, entspricht nicht der Wahrnehmung des Rezensenten. Im Gegenteil scheint das Register relativ umfassend und gut strukturiert, indem Stichwörter wie Stellvertretung oder Vollmacht mit zahlreichen Unterstichwörtern versehen sind. Wie auch im Berner Stellvertretungskommentar fehlt ein Gesetzesregister. Hinsichtlich der Art. 32–40 OR wird dies niemand vermissen, hinsichtlich sonstiger Bestimmungen (z.B. Art. 396 Abs. 2 und Art. 543 Abs. 3 OR) wäre hingegen eine registermässige Erschliessung aus Sicht des Rezensenten wünschenswert gewesen.

KLEINS Kommentar ist vorab Nachschlagewerk für den Praktiker, darüber hinaus aber auch ein eigenständiges wissenschaftliches Werk, das alle wesentlichen Fragen des bürgerlichen Stellvertretungsrechts aufgreift und eingehend behandelt. Dass nicht alle Ausführungen gleichermaßen überzeugen, vermag die beeindruckende Leistung KLEINS insgesamt nicht zu schmälern. Es bleibt zu hoffen, dass Lehre und Rechtsprechung dem Werk die gebührende Beachtung schenken werden.