

Die Strafbarkeit des direkten bürgerlichen Stellvertreters nach Art. 158 Ziff. 2 StGB

Mit einer ausführlichen Darstellung
des bürgerlichen Stellvertretungsrechts

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

.I

Bernhard Isenring

von

Mogeisberg und Flawil SG

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Andreas Donatsch

c

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Zitierte Literatur	XXVII
Weiterführende Literatur	XXXV
Ausgangslage, Zielsetzung und Vorgehensweise	1
Privatrechtlicher Teil	7
1. Überblick	9
1. Vornahme von Rechtshandlungen	9
II. Das Bedürfnis nach Vertretung und rechtliche Möglichkeiten	9
III. Erscheinungsformen direkter Vertretung	11
IV. Privatautonomie und Vertretung	13
V. Bemerkungen zur Ausschliesslichkeit	13
VI. Repräsentationstheorie, Vertretung im Wissen und Vertretungs Wirkung	14
VII. Der Interessenkonflikt bei direkter Stellvertretung	15
VIII. Aktive und passive Stellvertretung	18
2. Direkte bürgerliche Stellvertretung	19
I. Voraussetzungen der Vertretungs Wirkung	19
1. Die fünf Voraussetzungen im Überblick	19
2. Vertretungsfreundliches Rechtsgeschäft	20
3. Die Person des Vertreters	21
A) Erforderliche Eigenschaften des bürgerlichen Stellvertreters	21
B) Abgrenzung zum Boten	22
C) Abgrenzung zur Hilfsperson	24
	IX

Inhaltsverzeichnis

4.	Die Person des Vertretenen	~	24
5.	Handeln in fremdem Namen		25
	A)	Grundsatz: Offenlegung der Vertretungssituation	26
	B)	Ausnahme: Gleichgültigkeit des Dritten	28
	C)	Handeln für wen es angeht und Handeln auch im eigenen Namen	29
	D)	Abgrenzung: Handeln unter falschem Namen	30
6.	Handeln mit Vertretungsmacht		30
II.	Zur Abstraktheit der Vollmacht		32
1.	Definitionen		32
	A)	Grund-, Innen- und Aussenverhältnis	33
	B)	Weisungen	34
	C)	Interne und externe Vollmacht	35
2.	Rechtsgeschichtlicher Überblick		35
	A)	Die Entwicklung bis zur naturrechtlichen Mandatsvollmacht	35
	B)	Konsequenz des Vollmachtsauftrages bzw. der Mandatsvollmacht	38
	C)	Weitere Entwicklung: Die Abstraktheit der Vollmacht	39
	D)	Stellungnahme	41
3.	Abstraktheit der Vollmacht im Entstehen		41
	A)	Unabhängigkeit der Bevollmächtigungserklärung	41
	B)	Charakteristik der Bevollmächtigungserklärung	43
	C)	Adressat der Bevollmächtigung	44
	a)	Herrschende Lehre in der Schweiz, Österreich und Deutschland	44
	b)	Konsequenz im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 2 StGB	48
	c)	Exkurs: Möglichkeit der indirekten Bevollmächtigung	48
	D)	Grundsatz der Formfreiheit	49
	a)	Bevollmächtigung zum Abschluss formbedürftiger Geschäfte	49
	b)	Stillschweigende Bevollmächtigung	49
	c)	Duldungs- und Anscheinsvollmacht	50
4.	Abstraktheit der Vollmacht im Bestand und Erlöschen		52

5.	Abstraktheit der Vollmacht im Umfang	53
A)	Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis	53
B)	Umfangmässige Abstraktheit «in Reinform»	54
C)	Missbrauch der Vertretungsmacht	55
a)	Abschwächung der umfangmässigen Abstraktheit der Vollmacht	55
b)	Tatbestand des Missbrauchs der Vertretungsmacht	57
c)	Rechtsfolgen des Missbrauchs der Vertretungsmacht	59
d)	Zusammenfassung	60
D)	Situation in der Schweiz: Kritik an der Missbrauchslehre	61
E)	Konsequenzen im privatrechtlichen Bereich	63
F)	Tabellarische Übersicht	65
G)	Konsequenzen bezüglich Art. 158 Ziff. 2 StGB	67
6.	Zusammenfassung	67
III.	Umfang der Vollmacht	69
1.	Auslegung der Bevollmächtigungserklärung	69
2.	Spezial-, Gattungs- und bürgerliche Generalvollmacht	70
3.	Einzel- und Kollektivvollmacht	72
IV.	Erlöschen der Vollmacht	73
1.	Erlöschen ipso iure, Befristung und Bedingung	73
2.	Widerruf, Beschränkung der Vollmacht und Verzicht	73
3.	Gesetzliche Erlöschungsgründe	75
V.	Handeln in fremdem Namen ohne Vollmacht	76
1.	Schematische Übersicht I: Umfang der Vollmacht	76
2.	Schematische Übersicht II: Handeln in fremdem Namen mit und ohne Vollmacht	77
3.	Mögliche Konstellationen	77
4.	Grundsatz: Keine Vertretungswirkung	79
5.	Möglichkeit der Genehmigung i.S.v. Art. 38 Abs. 1 OR	80
A)	Das Fremdgeschäft im Schwebezustand	80
B)	Beendigung des Schwebezustandes	82
C)	Schematische Übersicht III: Beendigung des Schwebezustandes	85

Inhaltsverzeichnis

D)	Charakter und Wirkung der Genehmigung	86
a)	Einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft	86
b)	Grundsätzlich: Keine Möglichkeit einer Teilgenehmigung	87
c)	Ex-tunc-Wirkung und Adressat der Erklärung	88
E)	Zusammenfassung	88
	Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutglaubensschutzes	90
A)	Die Tatbestände des Gutglaubensschutzes im Überblick	90
B)	Die Rechtsfolge dieser Tatbestände im Überblick	91
C)	Gutglaubensschutz Dritter	92
a)	Allgemeines zum Iguten Glauben des Dritten	92
b)	Formen der Kundgabe bzw. Mitteilung der Vollmacht	94
c)	Die Verwendung einer gefälschten bzw. einer verfälschten Vollmachtsurkunde	98
d)	Der Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR	99
e)	Der Anwendungsbereich von Art. 34 Abs. 3 OR	101
D)	Exkurs: Die Bestimmung von Art. 36 OR	102
a)	Ausgangslage	102
b)	Der Regelungsgehalt von Art. 36 Abs. 1 OR	102
c)	Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 OR	103
E)	Abgrenzung: Das Verhältnis von Art. 34 Abs. 3 zu Art. 36 Abs. 2 OR	105
a)	Das Verhältnis bei vollständigem Widerruf der Vollmacht	105
b)	Das Verhältnis bei Vollmachtsbeschränkungen	108
F)	Gutglaubensschutz des Vertreters i.S.v. Art. 37 OR	109
G)	Haftung des falsus procurator gegenüber dem Vertretenen	110
a)	Das unerwünschte bzw. aufgezwungene Rechtsgeschäft	110

b)	Schadensberechnung mittels Vornahme eines Deckungsgeschäftes	112
aa)	Konkrete Berechnungsmethode	112
bb)	Abstrakte Berechnungsmethode	113
c)	Fazit: Das aufgezwungene Rechtsgeschäft als Schaden oder Gewinn	114
7.	Zusammenfassung	114
8.	Rekapitulation: Die Konstellation definitiven' Ausbleibens der Vertretungs Wirkung	115
VI.	Handeln in fremdem Namen in Überschreitung der Vertretungsmacht	116
1.	Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung	116
A)	Überblick I	116
B)	Quantitative Vollmachtsüberschreitung	117
C)	Qualitative Vollmachtsüberschreitung	118
a)	Durch Abschluss eines rechtlich unzutreffenden Geschäftes	118
b)	Durch Abschluss eines inhaltlich unzutreffenden Geschäftes	118
c)	Durch Abschluss eines personell unzutreffenden Geschäftes	119
2.	Rechtsfolgen der Vollmachtsüberschreitung	119
A)	Bei quantitativer Überschreitung	119
a)	Analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR	119
b)	Schematische Übersicht IV: quantitative Vollmachtsüberschreitung	122
B)	Bei qualitativer Überschreitung	123
a)	Keine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR	123
b)	Schematische Übersicht V: qualitative Vollmachtsüberschreitung	125

Inhaltsverzeichnis

VII.	Spezialfälle vollmachtlosen Handelns	126
1.	Ausgangslage	126
2.	Kollusion	126
A)	Definition ini Allgemeinen und im Stellvertretungsrecht	126
B)	Der Tatbestand der Kollusion im Stellvertretungsrecht	127
a)	Einverständliches Zusammenwirken zwischen Vertreter und Drittem	127
b)	Schädigungsabsicht, eventuelle Schädigungs- .-absicht	128
c)	Definitionsvorschlag	128
C)	Rechtsfolge der Kollusion im Stellvertretungsrecht	128
3.	In-sich-Geschäfte	129
A)	Überblick	129
B)	Doppelvertretung	130
C)	Selbstkontrahieren	131
D)	Rechtliche Konsequenzen von In-sich-Geschäften	131
4.	Fremdgeschäft im eigenen Interesse	132
VIII.	Konsequenz definitiv ausbleibender Vertretungswirkung	134
1.	Ausgangslage	134
2.	Kein Eintritt des falsus procurator in das Fremdgeschäft	134
3.	Die Haftung des falsus procurator gegenüber dem Dritten	135
A)	Zur Rechtsnatur der Haftung gemäss Art. 39 OR	135
B)	Urteils- oder Handlungsfähigkeit als Haftungsvoraussetzung?	137
C)	Die Haftung gemäss Art. 39 Abs. 1 OR	138
D)	Die Haftung gemäss Art. 39 Abs. 2 OR	141
a)	Ersatz weiteren Schadens nach Billigkeit bei Verschulden des Vertreters	141

b)	Bemerkungen zur Möglichkeit einer Haftungsreduktion	141
c)	Zum Wahlrecht des Dritten	143
E)	Das Zusammenspiel von Art. 37 und Art. 39 Abs. 1 OR	143
F)	Schadensberechnung beim negativen und positiven Interesse	144
a)	Zum Schadensbegriff im Zivilrecht	144
b)	Negatives Interesse	145
c)	Positives Interesse	146
4.	Die Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten	147
A)	Überblick	147
B)	Vertrauens-Haftung aus eigenem Verschulden?	148
C)	Hüfpersonenhaftung aus culpa in contrahendo?	148
	Strafrechtlicher Teil	151
1.	Einführung in den strafrechtlichen Teil	153
1.	Die Tathandlung als Schlüssel - Element	153
II.	Drei Thesen im Überblick	153
III.	Von Art. 159 alt StGB zu Art. 158 StGB	154
IV.	Dogmatische Einordnung des Art. 158 StGB	157
1.	Das Vermögen als geschütztes Rechtsgut	157
2.	Art. 158 StGB als Verletzungs- und Erfolgsdelikt	158
3.	Art. 158 StGB als echtes Sonderdelikt.	159
A)	Überblick	159
B)	Sondereigenschaften des Treubruch-Täters	159
C)	Sondereigenschaften des Missbrauch-Täters	161
4.	Die Strafandrohung von Art. 158 StGB	162
2.	Objektiver Tatbestand	165
I.	Der objektive Tatbestand im Überblick	165
II.	Die tatbestandsmässige Handlung	165
1.	Ausgangslage	165
2.	Die tatbestandsmässige Handlung gemäss herrschender Lehre	167
A)	Überblick	167

Inhaltsverzeichnis

B)	Enge Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung	167
a)	Ausgangspunkt: Die Auslegung von § 266 D-StGB	167
b)	Die enge Auslegung gemäss Stratenwerth/Jenny	168
C)	Weitere Auslegung der tatbestandsmässigen Handlung	169
a)	Auslegung gemäss Donatsch	169
b)	Auslegung gemäss Niggli	170
D)	Kritik an der herrschenden Lehre	171
3.	Die tatbestandsmässige Handlung nach vorliegend vertretener Ansicht	172
A)	Überschreitung einer rechtsgültig bestehenden Vollmacht	172
a)	Rekapitulation: Der privatrechtliche Tatbestand der Vollmachtsüberschreitung	172
b)	Die Vollmachtsüberschreitung als einzige mögliche Tathandlung	174
B)	Die rechtsgültig bestehende Vollmacht	176
C)	Die Überschreitungshandlung	177
a)	Überblick	177
b)	Das Ausmass der Überschreitung, insbesondere Kollusion	179
c)	In-sich-Geschäft als tatbestandsmässige Handlung	180
D)	Strafrechtliche Relevanz eines Handelns ohne jegliche Vollmacht?	180
a)	Die Möglichkeit eines untauglichen Versuches?	180
b)	Fazit: Fehlende strafrechtliche Relevanz	182
III.	Der tatbestandsmässige Erfolg	183
1.	Überblick	183
2.	Rekapitulation: Privatrechtliche Folgen einer Vollmachtsüberschreitung	184
3.	Zum Vermögensschaden im Allgemeinen	186
A)	Definition des strafrechtlichen Schadensbegriffes	186
a)	Grundsatz: Unfreiwillige, tatsächliche Vermögensverminderung	186

b)	Ausnahme: Die schadensgleiche Vermögensgefährdung als Schaden	187
c)	Entgangener Gewinn als Schadenselement	188
B)	Die verschiedenen Berechnungsmöglichkeiten des Vermögensschadens	189
a)	Grundsatz: Berechnung gemäss Differenztheorie	189
aa)	Der Vermögensvergleich	189
bb)	Schadensberechnung bei unerwünschten Rechtsgeschäften über ein Deckungsgeschäft	190
b)	Ausnahme: Berechnung mittels objektiv-individuellen Vermögensbegriffs	194
aa)	Der objektiv-individuelle Vermögensbegriff	194
bb)	Anwendungsbereich des objektiv-individuellen Vermögensbegriffs	195
4.	Schaden beim Vertretenen kraft Gutgläubensschutzes Dritter	196
A)	Rekapitulation: Eintritt von Vertretungswirkung kraft Gutgläubensschutzes Dritter	196
B)	Ausgangslage: Vorliegen eines «aufgezwungenen» Rechtsgeschäftes	198
C)	Vermögensschaden bei vorsätzlicher Vollmachtsgabe?	199
a)	Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung?	199
b)	Vorsätzliche Vollmachtsgabe als rechtfertigende Einwilligung?	200
D)	Vermögensschaden bei fahrlässiger Vollmachtsgabe	201
5.	Schaden beim Vertretenen kraft Gutgläubensschutzes des Vertreters?	202
6.	Schaden beim Vertretenen bei Eintritt des Schwebezustandes	203
A)	Schadensgleiche Vermögensgefährdung durch den Schwebezustand	203
a)	Ausgangslage	203
b)	Situation bei definitivem Ausbleiben der Vertretungswirkung	205

Inhaltsverzeichnis

aa)	Rückabwicklungskosten und Prozessrisiko als mögliche Schadensposten	205
bb)	C.i.e.-Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten als möglicher Schadensposten	206
cc)	Haftung des Vertretenen gegenüber dem Dritten aus Art. 36 Abs. 2 OR als möglicher Schadensposten	207
c)	Situation bei nachträglicher Genehmigung des Geschäftes	208
B)	Fazit •	210
7.	Schaden bei Überschreitung einer Kollektivvollmacht	211
8.	Schaden bei einer Kollusion	211
9.	Ait. 172 ^{ter} StGB bei geringem Vermögensschaden	212
IV	Kausalität zwischen Missbrauch und Schaden	213
V.	Fazit: Der objektive Tatbestand	214
3.	Subjektiver Tatbestand	217
I.	Der subjektive Tatbestand im Überblick	217
II.	Vorsatz und Eventualvorsatz -	218
1.	Direkter Vorsatz	218
2.	Eventualvorsatz	218
III.	Eventualvorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit?	219
IV.	Absicht unrechtmässiger Bereicherung	221
1.	Absicht und Eventualabsicht	221
2.	Bereicherung und deren Unrechtmässigkeit	223
V.	Subjektiver Tatbestand bei Art. 172 ^{ter} StGB	225
VI.	Fazit: Der subjektive Tatbestand	226
1.	Handeln mit direktem Vorsatz und Absicht	226
2.	Handeln mit Eventualvorsatz und Absicht	226
3.	Handeln mit Eventualabsicht	226
4.	Die einschränkende Wirkung des subjektiven Tatbestandes	227
4.	Zur Versuchsproblematik	229
I.	Überblick	229
II.	Vollendeter Versuch	229
III.	Unvollendeter Versuch	231

IV	Untauglicher Versuch	232
V.	Tätige Reue	232
5.	Rechtswidrigkeit und Schuld	235
I.	Überblick	235
II.	Rechtfertigungsgründe	235
III.	Schuldausschlussgründe	236
6.	Abgrenzungsfragen	237
I.	Überblick	237
II.	Zum Verhältnis zwischen Art. 158 Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB	237
III.	Missbrauchstatbestand und Veruntreuung	240
IV.	Missbrauchstatbestand und;Betrug	244
V.	Missbrauchstatbestand und ungetreue Amtsführungy	245
	Zusammenfassung	247
	Stichwortverzeichnis	253