

STEFFEN MICHAEL JAUß

# Handeln in fremdem Namen

*Studien zum Privatrecht*

134

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 134





Steffen Michael Jauß

# Handeln in fremdem Namen

Ein Beitrag zur Dogmatik des Stellvertretungsrechts

Mohr Siebeck

*Steffen Michael Jauß*, geboren 1985; Studium des Lehramts an Sonderschulen in Heidelberg, 2011 Erste Staatsprüfung; Studium der Rechtswissenschaft in Frankfurt am Main, 2017 Erste juristische Prüfung; Juristischer Vorbereitungsdienst beim Pfälzischen OLG Zweibrücken, 2019 Zweite juristische Staatsprüfung; Studium der Altorientalistik und Vorderasiatischen Archäologie in Heidelberg und Frankfurt am Main, 2012 Bachelor of Arts, 2021 Master of Arts; 2024 Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Antike Rechtsgeschichte, Europäische Privatrechtsgeschichte und Zivilrecht der Universität Frankfurt am Main.  
orcid.org/0000-0003-0937-380X

D30

ISBN 978-3-16-164284-5 / eISBN 978-3-16-164285-2

DOI 10.1628/978-3-16-164285-2

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der eigenen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomarigen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Germany  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

matri et memoriae patris



# Vorwort

Vorliegende Arbeit hat der Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main im Sommersemester 2024 als Dissertation angenommen.

Sie wurde beständig unterstützt und begleitet von meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Guido Pfeifer, der auch das Erstgutachten erstattet hat. Hierfür gebührt ihm an erster Stelle Dank. Ebenso danke ich Frau Professorin Dr. Katja Langenbacher, die mir als Zweitgutachterin wertvolle Anregungen gegeben hat.

Aus den Personen, die mich in unterschiedlichster Weise unterstützt haben, sei Frau Dr. Lucia Franke besonders hervorgehoben. Von den mit ihr regelmäßig geführten fachlichen Gesprächen habe ich wiederholt sehr profitiert. Namentlich genannt seien weiterhin Frau Karoline Eder und Herr Dr. Julius Schuhmann, die mir nicht nur Zugang zu österreichischer und schweizerischer Fachliteratur erleichtert haben, sondern auch für Rückfragen zu den alpenländischen Rechtsordnungen zur Verfügung standen. Daneben gebührt dem Obergericht des Kantons Zürich Dank für das unkomplizierte Zurverfügungstellen insbesondere älterer schweizerischer Judikatur. Ihre Anfänge nahm diese Arbeit während der Lockdown-Phasen der Corona-Pandemie; ohne den Zugang zu historischen Quellen, die mir das Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in diesen Zeiträumen ermöglicht hat, hätte sie so nicht entstehen können. Mein tief empfundener Dank gilt schließlich meinen Eltern für vielfältigste Unterstützung, besonders aber meinem Vater. Er hat sie immer wieder durch eine pragmatisch-praktische Perspektive bereichert.

Die Drucklegung wurde großzügig gefördert von Herrn Rechtsanwalt Mag. Dr. Andreas Nödl, dem ich für diese Unterstützung besonders dankbar bin.

Frankfurt am Main, Dezember 2024

Steffen M. Jauß



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
Einleitung . . . . .	1
§ 1 Problemstellung . . . . .	1
A. (Stell-)Vertretungsbegriff . . . . .	2
B. Unklarheit des Vertretungstatbestandes . . . . .	5
§ 2 Forschungsstand . . . . .	8
§ 3 Zielsetzung und Gang der Untersuchung . . . . .	11
Teil 1: Ein Blick zurück . . . . .	13
§ 4 Statusrechtliche Anknüpfung seit dem Mittelalter . . . . .	13
A. Narrative zum Römischen Recht . . . . .	15
B. Auf diesen Narrativen fußende Lehren . . . . .	37
C. Tradition und Fortschritt an der Wende zum 19. Jahrhundert . . . . .	54
§ 5 Dogmatische Neukonzeption der Stellvertretung im 19. Jahrhundert . . . . .	70
A. Diskussion der Rechtsfolgenseite . . . . .	71
B. Vom Status zum Rechtsgeschäft . . . . .	89
C. Umwertung des Innenverhältnisses . . . . .	128
§ 6 Übernahme der neuen Figur in den Beratungen des BGB . . . . .	135
A. Konstruktion und Ableitung der Vertretungsfolgen . . . . .	138
B. Vertretungstatbestand . . . . .	145
C. Bedeutung der Vertretungsmacht . . . . .	156
§ 7 Entdeckung und Wandlung des Offenheitsprinzips . . . . .	159
A. Einflüsse der Erklärungstheorie . . . . .	164
B. Das Problem der indirekten Stellvertretung . . . . .	168
C. Aushöhlung des Offenheitsprinzips . . . . .	182

§ 8 <i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	205
Teil 2: Alternative Stellvertretungskonzeptionen im Schrifttum	209
§ 9 <i>Stellvertretung und Zurechnung</i> . . . . .	209
A. Stellvertretungsprinzip . . . . .	213
B. Stellvertretung und wirksame Stellvertretung . . . . .	221
§ 10 <i>Handeln in fremdem Namen als Repräsentation</i> . . . . .	227
A. Anknüpfungspunkte für die Repräsentation . . . . .	232
B. Begründungsansätze . . . . .	290
C. Kritik . . . . .	326
§ 11 <i>Stellvertretung als gestreckter Tatbestand</i> . . . . .	347
§ 12 <i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	353
Teil 3: Vertretung als Drittzuordnung eines Rechtsgeschäfts . .	357
§ 13 <i>Bestimmung der Parteien als Gegenstand der Willenserklärung</i> . .	357
A. (Dritt-)Zuordnung und Zurechnung . . . . .	361
B. Verhältnis zu verwandten Rechtsinstituten . . . . .	388
C. Vertretungstatbestand als Willenserklärung . . . . .	410
§ 14 <i>Vertretung und allgemeine Vorschriften</i> . . . . .	424
A. Verhältnis zu den Auslegungsvorschriften . . . . .	426
B. Mängel des Zuordnungswillens beim Vertreter . . . . .	444
C. Drittzuordnung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	473
D. Beweislastverteilung hinsichtlich der Zuordnung . . . . .	477
§ 15 <i>Sog. Durchbrechungen des Offenheitsprinzip</i> . . . . .	486
A. Unternehmensbezogenes Handeln . . . . .	489
B. Offenes Geschäft für den, den es angeht . . . . .	492
C. Verdecktes Geschäft für den, den es angeht . . . . .	501
§ 16 <i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	510
Zusammenfassung . . . . .	513
Literatur- und Quellenverzeichnis . . . . .	519
Personenregister . . . . .	549
Sachregister . . . . .	551

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Inhaltsübersicht . . . . .	IX
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
Einleitung . . . . .	1
§ 1 Problemstellung . . . . .	1
A. (Stell-)Vertretungsbegriff . . . . .	2
B. Unklarheit des Vertretungstatbestandes . . . . .	5
§ 2 Forschungsstand . . . . .	8
§ 3 Zielsetzung und Gang der Untersuchung . . . . .	11
Teil 1: Ein Blick zurück . . . . .	13
§ 4 Statusrechtliche Anknüpfung seit dem Mittelalter . . . . .	13
A. Narrative zum Römischen Recht . . . . .	15
I. Höchstpersönlichkeit der <i>obligatio</i> . . . . .	16
II. Ausnahmen für statusrechtliche Gewaltverhältnisse . . . . .	22
1. Rechtserwerb durch Sklaven und Hauskinder . . . . .	22
2. Prätorische Korrekturen . . . . .	24
a) Ursprung in Statusverhältnissen? . . . . .	26
b) Erfordernis offener Vollmacht? . . . . .	33
B. Auf diesen Narrativen fußende Lehren . . . . .	37
I. Drittberechtigung durch Zession und utiles Klagerecht . . . . .	38
II. Drittverpflichtung und Enthftung des Mittelsmanns . . . . .	41
III. Wechselwirkungen mit den Lehren des Naturrechts . . . . .	44
1. Stellvertretungslehren einiger Naturrechtslehrer . . . . .	45
2. Stellvertretung in den sog. Naturrechtskodifikationen . . . . .	50
C. Tradition und Fortschritt an der Wende zum 19. Jahrhundert . . . . .	54
I. Revision gemeinrechtlicher Dogmatik . . . . .	55
1. Weiterhin adjektivische Haftung und <i>actio utilis</i> . . . . .	56

2. Weiterentwicklung zu Doppelvertrag und Zessionstheorie . . . .	60
II. Perspektivwechsel: Der Stellvertreter als Agens . . . . .	64
<i>§ 5 Dogmatische Neukonzeption der Stellvertretung im 19. Jahrhundert</i> . . . . .	70
A. Diskussion der Rechtsfolgenseite . . . . .	71
I. Verhalten des Stellvertreters als Eigenhandeln . . . . .	73
II. Überleitung des Geschäftsabschlusses . . . . .	78
III. Zurechnung der Wirkungen des Stellvertreterhandelns . . . . .	82
IV. Stellvertretung als Zusammenwirken . . . . .	87
B. Vom Status zum Rechtsgeschäft . . . . .	89
I. Erfassung des stellvertretenden Handelns . . . . .	90
1. Formelle Offenbarungspflicht und konstitutives Offenbarungserfordernis . . . . .	90
2. (Wieder-)Entdeckung des Stellvertreterwillens . . . . .	93
a) Beurteilungsgewicht beim Stellvertreter . . . . .	94
b) Willensabhängigkeit der Stellvertretung . . . . .	98
3. Stellvertretung als Rechtsgeschäft . . . . .	102
a) Stellvertretung als Geschäftsgegenstand . . . . .	103
b) Einflüsse des Vertrauensschutzgedankens . . . . .	107
aa) Erkennbarkeit des Vertretungswillens oder Eigenwirkung	108
bb) Schutzwürdigkeitserwägungen . . . . .	112
4. Stellvertretung als Handeln in fremdem Namen . . . . .	113
II. Dogmatische Prämissen des neuen Stellvertretungstatbestandes . . . . .	116
III. Stellvertretung beim Besitzerwerb . . . . .	123
C. Umwertung des Innenverhältnisses . . . . .	128
I. Trennung von Innen- und Außenverhältnis . . . . .	129
II. Abstraktion der Vertretungsmacht im Innenverhältnis . . . . .	131
<i>§ 6 Übernahme der neuen Figur in den Beratungen des BGB</i> . . . . .	135
A. Konstruktion und Ableitung der Vertretungsfolgen . . . . .	138
B. Vertretungstatbestand . . . . .	145
I. Anknüpfung an Vertreterhandeln . . . . .	146
II. Vertrauensschutz . . . . .	152
C. Bedeutung der Vertretungsmacht . . . . .	156
<i>§ 7 Entdeckung und Wandlung des Offenheitsprinzips</i> . . . . .	159
A. Einflüsse der Erklärungstheorie . . . . .	164
B. Das Problem der indirekten Stellvertretung . . . . .	168
I. Fortgeltung der adjektivischen Haftung und utilen Klagen . . . . .	169
II. Stellvertretung und Geschäftsbesorgung . . . . .	175
III. Abwehr von Schloßmanns Stellvertretungslehre . . . . .	179

C. Aushöhlung des Offenheitsprinzips . . . . .	182
I. Geschäft für den, den es angeht . . . . .	187
II. Vom Rechtsgeschäft zum tatsächlichen Lebensvorgang . . . . .	196
III. Neue Betonung des Innenverhältnisses . . . . .	201
§ 8 <i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	205
 Teil 2: Alternative Stellvertretungskonzeptionen im Schrifttum	209
§ 9 <i>Stellvertretung und Zurechnung</i> . . . . .	209
A. Stellvertretungsprinzip . . . . .	213
B. Stellvertretung und wirksame Stellvertretung . . . . .	221
§ 10 <i>Handeln in fremdem Namen als Repräsentation</i> . . . . .	227
A. Anknüpfungspunkte für die Repräsentation . . . . .	232
I. Repräsentation als Vornahme eines fremden Geschäfts . . . . .	239
II. Repräsentation als Status des Handelnden . . . . .	247
1. Handeln in typischen Rechtsbeziehungen . . . . .	250
2. Handeln aufgrund einer Stellvertreterstellung . . . . .	258
a) Gewillkürte und gesetzliche Vertretung . . . . .	260
b) Überschießende Anwendung der personellen Repräsentationsidee . . . . .	263
aa) Beispiel 1: Culpa eines Mittelsmanns in Contrahendo . . . . .	264
bb) Beispiel 2: Die sog. Wissensvertretung . . . . .	272
3. Querbezüge zur Lehre von der juristischen Person . . . . .	285
B. Begründungsansätze . . . . .	290
I. Veränderung der Wirtschaftsordnung . . . . .	291
II. Konkrete Wertungsprobleme . . . . .	298
III. Internationalisierungstendenzen . . . . .	304
IV. Grundstrukturen der Rechtsgeschäftslehre . . . . .	313
1. Unmöglichkeitspostulat und Abstraktionsebene . . . . .	314
2. Privatautonomie, Wille und Stellvertretung . . . . .	319
C. Kritik . . . . .	326
I. Bildlich-gegenständliches Rechtsdenken und naturalistische Fehlschlüsse . . . . .	327
II. Vermengung verschiedener Zurechnungsprinzipien . . . . .	336
III. Verlust des Abgrenzungskriteriums . . . . .	342
§ 11 <i>Stellvertretung als gestreckter Tatbestand</i> . . . . .	347
§ 12 <i>Zwischenergebnis</i> . . . . .	353

Teil 3: Vertretung als Drittzurordnung eines Rechtsgeschäfts . . .	357
§ 13 Bestimmung der Parteien als Gegenstand der Willenserklärung . . .	357
A. (Dritt-)Zurordnung und Zurechnung . . . . .	361
I. Abgrenzung betroffener Freiheitssphären . . . . .	365
II. Willenserklärung und Rechtsgeschäft . . . . .	372
III. Sekundäre Wertungsfragen . . . . .	375
IV. Passivvertretung . . . . .	382
B. Verhältnis zu verwandten Rechtsinstituten . . . . .	388
I. Vertrag zugunsten Dritter . . . . .	389
II. Verfügung eines Nichtberechtigten . . . . .	394
III. Botenschaft . . . . .	401
C. Vertretungstatbestand als Willenserklärung . . . . .	410
I. Vertretungswille und Offenheitsprinzip . . . . .	411
1. Dualismus „Wille – Erklärung“ . . . . .	412
2. Regelungssystem und semantische Referenz . . . . .	416
II. Handeln in fremdem Namen und Rechtsschein . . . . .	421
§ 14 Vertretung und allgemeine Vorschriften . . . . .	424
A. Verhältnis zu den Auslegungsvorschriften . . . . .	426
I. Grundsätzliches Verhältnis des § 164 Abs. 1 S. 2 BGB zu §§ 133, 157 BGB . . . . .	427
II. Die Frage der Auslegungsregel in § 164 Abs. 2 BGB . . . . .	433
III. Das Problem des Handelns unter fremdem Namen . . . . .	437
B. Mängel des Zurordnungswillens beim Vertreter . . . . .	444
I. Mentalreservation . . . . .	446
1. Verhältnis des § 164 Abs. 2 BGB zu § 116 BGB . . . . .	447
2. Zur Verpflichtungsermächtigung analog § 185 Abs. 1 BGB . . . . .	450
II. Irrtumsanfechtung und § 164 Abs. 2 BGB . . . . .	454
1. Misslungene Vertretung . . . . .	456
2. Ungewollte Vertretung . . . . .	459
a) Anfechtbarkeit . . . . .	461
b) Anfechtungsberechtigung . . . . .	466
3. Irrtum über den Vertretenen . . . . .	470
C. Drittzurordnung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . . .	473
D. Beweislastverteilung hinsichtlich der Zurordnung . . . . .	477
§ 15 Sog. Durchbrechungen des Offenheitsprinzip . . . . .	486
A. Unternehmensbezogenes Handeln . . . . .	489
B. Offenes Geschäft für den, den es angeht . . . . .	492

I. Begründungsansätze . . . . .	493
II. Dispositivität des Offenheitsprinzips als eigentliches Problem . . . . .	497
C. Verdecktes Geschäft für den, den es angeht . . . . .	501
I. Bisherige Begründungsansätze . . . . .	501
II. Unterstellung der Drittzurordnung als eigentliches Problem . . . . .	506
§ 16 Zwischenergebnis . . . . .	510
Zusammenfassung . . . . .	513
Literatur- und Quellenverzeichnis . . . . .	519
Personenregister . . . . .	549
Sachregister . . . . .	551



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	abweichender Auffassung
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie)
abl.	ablehnend
Abud	Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae, Sectio iuridica
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Acta Jur Hung	Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	mit Ortsangabe: Amtsgericht; im Übrigen: Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AJCL	The American Journal of Comparative Law
aJMPS	allgemeine Juristische Monatsschrift für die Preußischen Staaten
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Ann. Sächs. OAG	Annalen des königl. Sächs. Oberappellationsgerichts zu Dresden
APal	Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo
Apg	Apostelgeschichte
ApRw	Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, Civilprozesses und Criminalrechts mit namentlicher Rücksicht auf Gerichtsaussprüche und Gesetzgebung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BauR	Baurecht
bayObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs
bayOGHE	Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses
BB	Betriebs-Berater
BBl.	(Schweizerisches) Bundesblatt
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
begr.	begründet
Beratung	Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, hg. von Jakobs/ Schubert (zit. mit Bandangabe)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
BR-Drs.	Bundesrat – Drucksache
BSK	Baseler Kommentar, Obligationenrecht
BT-Drs.	Deutscher Bundestag – Drucksache
Buschs Arch.	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts, begr. von Busch
C.	Codex Iustinianus
CGB	Civil-Gesetzbuch (des Kantons Bern)
CMBC	Codex Maximilianus Bavaricus Civilis
CR-OR	Commentaire Romand, Code des obligations
D.	Digesta
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DresdE	Dresdner Entwurf eines Obligationenrechts von 1866, sog. Dresdner Entwurf
DWB	Deutsches Wörterbuch, von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm (zit. mit Bandangabe)
E1	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung
E2	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Zweite Lesung, nach den Beschlüssen der Redaktionskommission
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift (zit. als solche und nicht unter einem evtl. Sachtitel)
Gai.	Institutiones Gai
Gl.	Glossa
GIU	Sammlung von Civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, begr. von Glaser/Unger
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gruchots Beiträge	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, hg. von Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart; begr. v. Grünhut
GS	Gedenkschrift
Gutachten E1	Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (zit. mit Bandangabe)
h. M.	herrschende Meinung
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB

HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (zit. mit Bandangabe)
HRP	Handbuch des Römischen Privatrechts (zit. mit Bandangabe)
i. E.	im Ergebnis
IC	Ius Commune, Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
InsO	Insolvenzordnung
Inst.	Institutiones Iustiniani
Ivra	IVRA – rivista internazionale di diritto romano e antico
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jahrb. Phil. Phän. Forsch.	Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung
JBl.	Juristische Blätter
Jen. LitZ	Jenaer Literaturzeitung
JherJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts; ab 1893 unter dem Titel: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
k. u. k.	kaiserlich und königlich
KBB	ABGB, Kurzkomentar; hg. von Koziol/Bydlinski/Bollenberger
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
KritBl.	Kritische Blätter civilistischen Inhalts
KritÜS	Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechts- wissenschaft
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissen- schaft
KritZ	Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (zit. mit Bandangabe)
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	Nomos-Kommentar BGB
öBGBI.	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
ObTribE	Entscheidungen des königlichen Geheimen Ober-Tribunals
OGH	Oberster Gerichtshof, ohne besondere Kennzeichnung der Republik Österreich
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht

OR	Obligationenrecht, im Besonderen: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911
OR 1881	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT – Principles of International Commercial Contracts
pr	principium
ProtADHGB	Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches
ProtBGB	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. von Rabel
Rdi	Recht Digital
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
RedKomE OR AT	Entwurf eines Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, Allgemeiner Theil, Beschlüsse der Redaktions-Kommission
revus	revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law
Rez.	Rezension
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History
RG	Reichsgericht
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts; ab 1953 unter dem Titel: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (sog. Reichsgerichtsärtekomentar)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHGE	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
Sächs. Arch. dt. bR	Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht
SächsOAG	Königlich Sächsisches Oberappellationsgerichts zu Dresden
Seufferts Arch.	J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Seufferts Bl.	Dr. J. A. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
Striethorsts Arch.	Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober-Tribunals, hg. von Striethorst
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SZ	Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
TeilE	Teilentwurf zum Allgemeinen Teil
TG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
vs.	versus
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B: Wertpapier- und Bankfragen, Rechtsprechung

WürttJB	Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege
ZCP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozess
Zeup	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht; ab 1907 unter dem Titel: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht; ab 1961 unter dem Titel: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJR	Zeitschrift für Japanisches Recht
ZPG	Zeitschrift für das Recht der Personengesellschaften und der Einzelunternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPRK	Zeitschrift für populäre Rechtskunde für Männer und Frauen aller Stände
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß



# Einleitung

## § 1 Problemstellung

Wer kann was Dummes, wer was Kluges denken,  
das nicht die Vorwelt schon gedacht?

*Johann Wolfgang von Goethe, Faust – der Tragödie zweiter Teil.*<sup>1</sup>

Mephistopheles' Worte, dem Baccalaureus hinterhergeworfen, lassen sich ohne Weiteres auf die Rechtsfigur „direkte Stellvertretung“<sup>2</sup> beziehen. Ohne auch nur den Anspruch von Vollständigkeit zu erheben, legt das Literatur- und Quellenverzeichnis der vorliegenden Arbeit davon ein beredtes Zeugnis ab. Wunder nimmt die reichhaltige literarische Produktion nicht. Die Anerkennung direkter Stellvertretung darf immerhin zu den Sternstunden der Rechtsgelehrsamkeit rechnen. Aus einer modernen Privatrechtsordnung ist sie kaum mehr wegzudenken, ihre praktische Relevanz kaum hoch genug einzuschätzen. Heute dient sie in unterschiedlichsten Lebenszusammenhängen der Verwirklichung verschiedenster Zwecke: sei es die schiere Ermöglichung des globalen Märkte erst eröffnenden Warenabsatzes durch Agenten in Übersee oder der für eine Dienstleistungsgesellschaft überhaupt so wichtigen Arbeitsteilung<sup>3</sup> im Wirtschaftsverkehr; sei es die rechtliche Erfassung des Auftretens ganzer Personenverbände oder verselbständigter Vermögensmassen am Markt; sei es die gesetzliche Zuweisung oder freie Delegation von Entscheidungsbefugnissen im unternehmerischen wie im häuslich-familiären Bereich; sei es die immer bedeutender werdende Vorsorge für ein selbstbestimmtes Leben in Krankheit und Alter; sei es die Regelung persönlicher Angelegenheiten auch über die beschränkte Zeit auf Erden hinaus. Dass man ihre dogmatische Struktur erst vor etwas mehr als eineinhalb Jahrhunderten zu erarbeiten begann, ist unter heutigen Juristen wohl kein Allgemeingut

---

<sup>1</sup> Akt II, hochgewölbtes enges gotisches Zimmer, Vers 6809f.

<sup>2</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit werden, soweit sich aus dem jeweiligen Sachzusammenhang nichts Abweichendes ergibt, die Begriffe „Stellvertretung“ bzw. „Vertretung“ synonym zu „direkte (Stell-)Vertretung“ gebraucht.

<sup>3</sup> Dass Stellvertretung alle damit verbundenen Fragen und Probleme beantwortet, soll nicht postuliert sein; vgl. zu diesem Irrtum schon *Doris*, Ermächtigung, 29 m. w. N. in Fn. 40.

mehr, noch lässt es viele aufhorchen.<sup>4</sup> Unüberschaubar viel Kluges und vielleicht auch manches Dumme hat man seitdem über sie geschrieben; in allen Facetten scheint sie ausgeleuchtet. Mephistopheles behält also Recht: Auch mit hiesiger Arbeit kann letztlich nichts geboten werden, das nicht die Vorwelt schon gedacht. Längst scheint alles Sagenswerte gesagt. Um die Grundfragen der Stellvertretung war es vielleicht auch deshalb seit längerem recht still geworden. Von der noch am Anfang des vorigen Jahrhunderts stehenden Klage, sie sei „ein abnormes Rechtsinstitut, das sich der Herleitung aus allgemeinen Principien [...] entschieden widersetzt“<sup>5</sup>, ist kaum ein Wort mehr zu vernehmen. Ganz im Gegenteil heißt es: „Mittlerweile [ruhe sie] auf einem soliden dogmatischen Fundament“, einzig Detailfragen des Gesellschaftsrechts und moderner Informationstechnologien befänden sich überhaupt noch im Fluss.<sup>6</sup> Und doch begegnet man nach wie vor einzelne Stimmen, die der Stellvertretung eine unzureichende Klärung sowohl ihrer Grundlagen als auch ihrer Grenzen, überhaupt die Reflexion unbeantworteter Grundsatzfragen der Rechtsgeschäftslehre attestieren<sup>7</sup> – und das keineswegs zu Unrecht.

### A. (Stell-)Vertretungsbegriff

Schon unter den Begriffen „Vertretung“ bzw. „Stellvertretung“ selbst versteht das Schrifttum mitunter sehr Verschiedenes. Das hängt zunächst wesentlich von der Perspektive ab,<sup>8</sup> die der jeweilige Autor<sup>9</sup> zu einzelnen Fragen einnimmt. Geradezu typisch sind daher nicht nur Abweichungen zwischen den einzelnen Autoren, sondern sogar zwischen Ausführungen zu verschiedenen Teilfragen in ein und demselben Werk. Beachtung schenkt man diesem Umstand heute kaum. Dabei läuft, wer sich seiner nicht bewusst ist, aber erstens Gefahr, Aussagen in falsche Kontexte einzuordnen und deshalb an anderen Autoren vorbeizuschreiben. Zweitens bleibt die dogmatische Erfassung der gesetzlichen Vorschriften zur Vertretung von diesen oft bloß vorausgesetzten Vorverständnissen nicht unbeeinflusst. Jene disparaten Stellvertretungsbegriffe verdienen daher schon an dieser Stelle eine knappe Skizze.

<sup>4</sup> Schmidt, JuS 1987, 425 (425).

<sup>5</sup> Binder, KritV 46 (1905), 347 (370).

<sup>6</sup> C. Förster, JURA 2010, 351 (351).

<sup>7</sup> So etwa Beuthien, in: FS Medicus, 1 (2); Klingbeil, ZIPW 6 (2020), 150 (150).

<sup>8</sup> Einen Perspektivunterschied erkennt Brehm, Rn. 440 immerhin im Verhältnis zum Common Law.

<sup>9</sup> Diese Arbeit verwendet aus Gründen der Lesbarkeit das generische Maskulinum. Gemeint sind aber jeweils alle Geschlechter.

Mitunter wird Stellvertretung als ein aus dem sozialen Leben folgendes Regelungsproblem aufgefasst. Man beschreibt sie als ein sich im Alltag ereignendes Tätigwerden in fremden Interessenssphären<sup>10</sup> oder bestimmten sozialen, meist arbeitsteiligen Zusammenhängen,<sup>11</sup> das eines rechtlichen Rahmens bedarf.<sup>12</sup> Nicht nur die Festlegung der Bedingungen rechtsgeschäftlicher Drittberechtigung und -verpflichtung scheint zu jener Regelungsaufgabe zu gehören, sondern etwa auch die Erweiterung der Haftungssphäre von Unternehmen auf das Handeln von Bediensteten<sup>13</sup> oder die Frage der Haftung für in der Belegschaft eines Unternehmens vorhandene Wissensbestände.<sup>14</sup> Dem steht an sich das Verständnis der Stellvertretung als rechtliche Rahmung solcher Lebenssachverhalte diametral gegenüber. Man beschreibt sie in diesem Sinne als Anordnung von Drittwirkungen, wo arbeitsteilig gewirtschaftet, Drittinteressengeschäfte abgeschlossen<sup>15</sup> oder jedenfalls in fremdem Namen gehandelt<sup>16</sup> werden. Freilich lässt sich letztgenannte Perspektive auf die erstgenannte beziehen. Dies trägt dann die Feststellung<sup>17</sup> und bisweilen auch Kritik,<sup>18</sup> die Rechtsordnung habe jenes Rege-

<sup>10</sup> Vgl. statt aller schon *Brinz*, KritBl 2 (1852), 1 (3): Vornahme einer dem anderen zustehenden Handlung; *Giesen*, Rn. 364: „Fälle des rechtsgeschäftlichen Handelns für einen anderen“ (Hervorhebung durch Verf.); *Isay*, Geschäftsführung, 171: offene Geschäftsführung; *Larenz*, AT, 530: Geschäftsvornahme anstelle und für einen anderen; *R. Leonhard*, AT, 298 f.: Abgabe einer Erklärung über einen fremden Herrschaftskreis; RGRK<sup>8</sup>/*Oegg*, Vor § 164 Ziff. 1: Handeln „für einen anderen, also in dessen Interesse, oder [...] an dessen Stelle“.

<sup>11</sup> Bspw. beschreiben sie *Boecken*, Rn. 597; *Heinrich Lange*, 290; *Medicus*, AT, Rn. 880; *Medicus/Petersen*, Rn. 880 als Vertragsschluss durch Einsatz eines Mittelsmanns; *Staudinger*<sup>12</sup>/*Dilcher*, Vor § 164 Rn. 1; *Oertmann*, Kommentar, Vor § 164 Ziff. 2; *Pawlowski*, AT, Rn. 665 als Mitwirkung bzw. Hilfe Dritter beim Rechtsgeschäft; beide Ideen zum Einsatz einer Hilfsperson verbindend etwa *Lorenz*, JuS 2010, 382 (382); *Schreindorfer*, 124 f.

<sup>12</sup> Vgl. die Skizze ihrer Vorteile für den Verkehr bei *Müller-Freienfels*, Vertretung, 54 f.

<sup>13</sup> Dazu S. 285 ff. und 337 ff.

<sup>14</sup> Dazu S. 281 ff.

<sup>15</sup> Vgl. statt aller *Crome*, System I, 454; *Dniestrzański*, Aufträge, 63; *Everding*, 12; *Heilfron*, 624; *Larenz*, Vertrag, 89; *Richardi*, AcP 169 (1969), 385 (395 f.); *Riezler*, AcP 98 (1906), 372 (387); *Schwonke*, 35; RGRK<sup>12</sup>/*Steffen*, § 164 Rn. 1.

<sup>16</sup> *Boemke/Ulrici*, 299–301; *Kaser*, in: Ausgewählte Schriften II, 245 (249); *D. Schwab/Löhnig*, Rn. 390; *Zankl*, 88.

<sup>17</sup> Vgl. statt aller *Soergel*<sup>13</sup>/*Leptien*, Vor § 164 Rn. 13: „das BGB hat von den verschiedenen Erscheinungsformen [...] nur diejenige als ‚Stellvertretung‘ anerkannt [...]“; RGRK<sup>8</sup>/*Oegg*, Vor § 164 Ziff. 1: „nur die rechtsgeschäftliche“; *Pickart*, WM 1959, 338 (338): „rechtsgeschäftliche Stellvertretung [sei] nur ein Ausschnitt aus dem Rechtsgebiet der Vertretung im weiteren Sinne“; RGRK<sup>12</sup>/*Steffen*, § 164 Rn. 1: „die §§ 164 ff. beziehen sich nur auf die rechtsgeschäftliche Vertretung“ (Hervorhebungen je durch Verf.).

<sup>18</sup> Statt aller *Derpa*, 118: Das „Dogma, eine Vertretung könne es nur im Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns geben“, sei Folge der sich allein darauf konzentrierenden gemeinrechtlichen Diskussionen; *Klingbeil*, ZfPW 6 (2020), 150 (152): Es werde nicht hinreichend versucht, „den Stellvertretungsgedanken systematisch als allgemeines Prinzip zu entfalten“; *H. J.*

lungsproblem unvollständig systematisiert, manche Fragen sogar offengelassen. Davon abermals strikt zu trennen<sup>19</sup> ist ein Begriff „Vertretung“ im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandsmoments.<sup>20</sup> Was dieses auszeichnet, wird wiederum einheitlich gefasst: Manchen scheint die Vertretungsmacht entscheidend; sie sei „das für jeden Vertreter kennzeichnende Merkmal“<sup>21</sup>, geradezu „apriorisches Erfordernis [jedenfalls] der Wirksamkeit der Vertretung“.<sup>22</sup> Anderen muss Stellvertretung „die Bedeutung einer wahren Handlung“<sup>23</sup> des Stellvertreters haben; „Stellvertretung bedeutet [für sie] demnach: Handeln in fremdem Namen.“<sup>24</sup>

Wer die vielfältigen diskutierten Aspekte, das disparate Meinungsspektrum und die teils überhaupt erst darauf aufbauende Dogmatik ernsthaft in Betracht ziehen will, kann mit einem einheitlichen, fest umrissenen Stellvertretungsbegriff schwerlich operieren. Deshalb wird ihm hier keine entscheidende Bedeutung beigemessen. Stattdessen soll „Vertretung“ hier grundsätzlich<sup>25</sup> – insoweit die gesetzliche Terminologie aufgreifend – bloß die in §§ 164–181 BGB, besonders in §§ 164–166 BGB<sup>26</sup> positivierte Rechtsfigur und „Stellvertretung“ auch deren Abstraktionen und historischen Vorläufer sowie ferner ihre Entsprechungen jedenfalls im österreichischen und schweizerischen Recht bezeichnen.<sup>27</sup>

---

*Wolff*, Organschaft, 167–169: Die Beschränkung von Vertretung auf die Abgabe von Willenserklärungen sei zu eng.

<sup>19</sup> Bereits *Scheurl*, KritÜS I (1853), 315 (319) warnte vor der Vermengung positiv-rechtlicher Wirksamkeits- bzw. Zulässigkeitsbedingungen mit den Elementen eines (vorpositiven) Stellvertretungsbegriffs.

<sup>20</sup> Zwar enthält der Wortlaut der §§ 164 ff. BGB kein Tatbestandsmerkmal „(Stell-)Vertretung“. Der Begriff „Vertretung“ begegnet aber in der amtlichen Überschrift des gesamten Titels wie einzelner Vorschriften, durch deren Gesamtschau sich gemeinsame Tatbestandsmomente identifizieren lassen, die als Kennzeichen jener Vertretung i. S. d. §§ 164 ff. BGB gelten können.

<sup>21</sup> *Müller-Freienfels*, Vertretung, 79; wohl auch RGRK<sup>12</sup>/*Steffen*, Vor § 164 Rn. 1: „Inanspruchnahme einer auf Rechtsgeschäft, Satzung oder Gesetz beruhenden Rechtzuständigkeit“; dagegen schon *Regelsberger*, Pandekten I, 582.

<sup>22</sup> So insbes. *Flume*, AT II, 763; *Larenz*, AT, 539 (Ergänzung durch Verf.).

<sup>23</sup> *Scheurl*, KritÜS I (1853), 315 (318).

<sup>24</sup> *Bettermann*, Stellvertretendes Handeln, 1; ähnlich *Hupka*, Vollmacht, 15 f.; *Kuhlenbeck*, 465 f.; MüKo<sup>6</sup>/*Schramm*, § 164 Rn. 1.

<sup>25</sup> Ausnahmen von dieser Regel ergeben sich insbes. durch Wiedergaben des Schrifttums, das diese Begriffe in anderem Sinne gebraucht; vgl. nur Anm. 26 auf S. 214 und Anm. 339 auf S. 262.

<sup>26</sup> Die amtliche Überschrift des Titels „Vertretung. Vollmacht“ lässt Raum zur Spekulation über das Verhältnis beider Begriffe. Im Rahmen dieser Arbeit wird differenziert: Die Vertretung ist i. e. S. nur in §§ 164–166 BGB geregelt, während die §§ 167 ff. BGB grundsätzlich die Vollmacht, aber auch den sie betreffende Rechtsschein sowie die Folgen einer Vertretung trotz Fehlens oder Überschreitung der Vollmacht behandeln.

<sup>27</sup> Dieselbe dürfte *Engel*, 257 f. mit „mécanisme qui permet d’accomplir un acte juridique pour ou contre autrui“ meinen, der im Anschluss ihre vielfältige tatsächliche Verwendbarkeit

### B. Unklarheit des Vertretungstatbestandes

Die abweichenden Perspektiven auf Stellvertretung finden nicht zuletzt Wiederhall in Verständnissen des gesetzlichen Vertretungstatbestandes, den man meist bloß reflexhaft dazu formuliert und selten näher entfaltet. Damit soll hier das jenen Vorschriften gemeinsame Tatbestandsmoment gemeint sein, das mithin den Anwendungsbereich der gesamten Rechtsfigur determiniert. Sedes materiae ist zunächst die grundlegende Regel des § 164 Abs. 1 BGB. Ihrem Wortlaut gemäß soll die „Willenserklärung“, die jemand „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht“ sowie „im Namen des Vertretenen“ abgibt, „unmittelbar für und gegen den Vertretenen“ wirken. Trotz einzelner Unkenrufe<sup>28</sup> kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Lex lata davon das Handeln im Namen des Vertretenen für das eigentlich charakteristische Tatbestandsmoment der Vertretung hält. Zwar ist die Abgabe einer Willenserklärung ebenfalls ein verbindendes Tatbestandselement, grenzt als spezifisches Momentum des Rechtsgeschäfts den Anwendungsbereich der §§ 164 ff. BGB aber bloß auf solche ein und kann ihn kaum charakterisieren. Dass auch das Tätigwerden innerhalb der Vertretungsmacht dafür nicht entscheidend sein soll, erhellt aus § 177 BGB. Dessen amtliche Überschrift kennt nämlich einen „Vertreter ohne Vertretungsmacht“, der vom Normwortlaut als jemand gekennzeichnet wird, der zwar „ohne Vertretungsmacht“<sup>29</sup>, aber doch ebenfalls „im Namen eines anderen“ einen Vertrag<sup>30</sup> abschließt.

Wer nach der exakten Bedeutung jenes den Vertretungstatbestand bildenden Handelns im Namen des Vertretenen (oder allgemeiner: in fremdem Namen) fragt, wird weitgehend ratlos zurückgelassen. Selbst Standardwerke paraphrasieren bisweilen bloß den Gesetzestext: Der Vertreter müsse eben „im Namen des Vertretenen“ handeln, auch wenn dies nicht „nicht ausdrücklich“ geschehen muss.<sup>31</sup> Im Übrigen werden Umschreibungen jenes Tatbestandsmerkmals an das grundlegendere Vorverständnis der Stellvertretung angelehnt. Die Formulierungen verbinden sich zu einem das Handeln in fremdem Namen umwabernden Nebel, der sich auch im Zuge der näheren Ausführungen selten lichtet und dessen dogmatische Struktur selbst dann allenfalls schemenhaft erkennen lässt. Der äl-

---

beschreibt; im Gegensatz zu *Rehbein*, 250 soll jene Rechtsfigur „im Sinne der §§ 164 ff.“ aber nicht schlechthin mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 164 Abs. 1 BGB identifiziert werden.

<sup>28</sup> *Müller-Freienfels*, Vertretung, 15 f.

<sup>29</sup> Umfasst ist freilich auch die Überschreitung einer evtl. bestehenden Vertretungsmacht.

<sup>30</sup> Dass die Beschränkung auf den Vertragsschluss für die Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht kennzeichnend ist, ergibt sich aus § 180 BGB, wo sie für einseitige Rechtsgeschäfte lediglich für unzulässig erklärt wird.

<sup>31</sup> So etwa Palandt<sup>3</sup>/*Danckelmann*, § 164 Ziff. 1; *Gröschler*, Rn. 619 f.; *Heinrich Lange*, 295; *Rüthers*, AT, Rn. 494.

teste und ausführlichste Kommentar zum BGB führt bspw. aus, dass „der Stellvertreter als solcher auftreten, also in fremdem Namen handeln muss“, und verweist für Näheres auf zwei Vorbemerkungen.<sup>32</sup> Dort ist dann zu lesen, man habe schon im 19. Jahrhundert herausgearbeitet, dass jenes „Vertreterhandeln *nach außen erkennbar* werden, also offenkundig sein muss“, und weiter, dass „stellvertretendes Handeln nur unter den Voraussetzungen möglich ist, dass der Vertreter sein Handeln in fremdem Namen erkennbar macht [...]“.<sup>33</sup> Bereits ob das Handeln in fremdem Namen nun eine Eigenschaft der Person, die „als Stellvertreter“ ein „Vertreterhandeln“<sup>34</sup> hervorbringt, oder aber ihrer Handlung, die „stellvertretend“ ist, sein soll, bleibt unklar. Das Schrifttum scheint insoweit uneins.

Teils wird in ersterem Sinne gefordert, dass der Vertreter in jener Eigenschaft handele;<sup>35</sup> dieselbe dabei trotz § 177 BGB mitunter dahin gefasst, dass Vertreter sei, wer Vertretungsmacht hat.<sup>36</sup> Teils scheint dem Auftreten des derart Charakterisierten mehr Bedeutung als der Eigenschaft selbst beigemessen: Als Vertreter soll man auch als Bote handeln können,<sup>37</sup> als Vertreter mit sogar als Vertreter ohne Vertretungsmacht,<sup>38</sup> zumindest dem gewillkürten Vertreter eigne insoweit ein Vertretungsermessen.<sup>39</sup> Von der Nummer Zwei unter den Großkommentaren wird das Handeln in fremdem Namen dagegen einerseits auf die bloße Erkennbarkeit jenes Auftretens „als (Stell-)Vertreter“<sup>40</sup> und dieses andererseits wohl zusehends in letzterem Sinne auf eine Eigenschaft gerade seiner Handlung bzw. deren Resultats<sup>41</sup> fokussiert. Vertretung erfordere nämlich, dass „der Handelnde erklärt, dass er die Willenserklärung *für* einen anderen abgibt, und dadurch *kundgibt*, dass das Geschäft mit allen seinen Wirkungen unmittelbar nur diesen treffen soll.“<sup>42</sup> Schon grammatisch unklar bleibt, was das auch vom übrigen Schrifttum so gebrauchte<sup>43</sup> „für“ in diesem Kontext meinen soll. Als Präposition kann es,

<sup>32</sup> Staudinger 2019/Schilken, § 164 Rn. 1.

<sup>33</sup> Staudinger 2019/Schilken, Vor § 164 Rn. 13 und 35 (Hervorhebung im Original).

<sup>34</sup> So bspw. die Überschriften bei Soergel<sup>14</sup>/Bayer, § 164 Rn. 9 u. 11.

<sup>35</sup> So etwa Planck<sup>9</sup>/Flad, Vor § 164 Ziff. 1.

<sup>36</sup> Pawlowski, AT, Rn. 675; ähnlich wohl Derpa, 95.

<sup>37</sup> Giesen, Rn. 377; MüKo<sup>9</sup>/Schubert, § 164 Rn. 86 f.; Stadler, 456 f.

<sup>38</sup> Erstmals OGHZ 1, 209 (211); vgl. statt aller Brox/Walker, 257; Soergel<sup>13</sup>/Leptien, § 177 Rn. 8; Soergel<sup>11</sup>/Schultze-von Lasaulx, § 164 Rn. 9.

<sup>39</sup> So unlängst Samari, 61–63.

<sup>40</sup> Vgl. Soergel<sup>14</sup>/Bayer, § 164 Rn. 8; schon Soergel<sup>13</sup>/Leptien, § 164 Rn. 1.

<sup>41</sup> Soergel<sup>14</sup>/Bayer, § 164 Rn. 8: „Fremdbezogenheit des Vertreterhandelns (Fremdwirkung)“; vgl. auch die Formulierung von Flume, AT II, 764, das Geschäft solle „nicht ein solches des Vertreters, sondern eines anderen“ sein; ähnlich Larenz, AT, 571: es solle für diesen gelten.

<sup>42</sup> So Soergel<sup>13</sup>/Leptien, § 164 Rn. 12 (Hervorhebungen durch Verf.); nur noch mögliche Formulierungen nennt Soergel<sup>14</sup>/Bayer, § 164 Rn. 9.

<sup>43</sup> Vgl. statt aller Bartels, JURA 2015, 438 (443); Brox, AT, Rn. 524; Pawlowski, AT, Rn. 702; Teichmann, 156.

wie manche präzisieren,<sup>44</sup> heißen, dass der Vertreter „anstelle, statt“ des Vertretenen auftritt.<sup>45</sup> Damit bliebe nicht nur offen, wann nun der Vertreter im Rechtsinne an des anderen Statt handeln soll; es wäre vielmehr zum Begriff Stellvertretung überhaupt tautologisch. Wie andere für entscheidend halten,<sup>46</sup> kann es auch „im Interesse“ meinen und dann als präpositionales Adverb die Vertreterhandlung charakterisieren.<sup>47</sup> Abermals bliebe offen, welchen Anforderungen jene Interessennahme konkret genügen muss. Auch die im zweiten Halbsatz gebrauchte und im übrigen Schrifttum nicht minder beliebte<sup>48</sup> Umschreibung als „Kundgabe, die Geschäftswirkungen sollen einen anderen treffen“, ist kaum klarer. Offenbar wird jene Drittwirkung nicht als bloß mitzuteilendes Faktum, sondern als normatives, eben „gesolltes“ Moment verstanden. Dies aber führt zu der Frage, wovon jenes Sollen abhängt und wie es sich zu seiner Kundgabe verhält. Ob die Kundgabe nur deklaratorischer Natur ist oder ob und unter welchen Voraussetzungen sie das Sollen konstituiert, bleibt meist ohne Antwort.<sup>49</sup> Nur einen Ausschnitt hiervon bildet die teils heftig diskutierte Frage, ob das Handeln in fremdem Namen nicht überhaupt die Bekundung eines Vertretungswillens sei,<sup>50</sup> dessen Bekundung bloß mit umfasse,<sup>51</sup> die Frage seines Erfordernisses erst bei einem Handeln in fremdem Namen aufgeworfen sei<sup>52</sup> oder ein etwaiger Vertretungswille gar keine Rolle spiele.<sup>53</sup>

<sup>44</sup> Insbes. *Müller-Freienfels*, Vertretung, 48 reduziert den Stellvertretungsbegriff hierauf; RGRK<sup>8</sup>/Oegg, Vor § 164 Ziff. 1 versteht allein das Handeln „namens“ des anderen“ in diesem Sinne und unterscheidet davon das Handeln „für“ einen anderen“.

<sup>45</sup> Vgl. DWB IV, Sp. 623–625; Wahrig, 563.

<sup>46</sup> Statt aller *Isay*, Geschäftsführung, 169: „als zu dessen Interessensphäre zugehörig“; RGRK<sup>8</sup>/Oegg, Vor § 164 Ziff. 1; ähnlich das Abstellen auf die vom Handeln betroffene Rechtsphäre bei *Hupka*, Vollmacht, 1; *Schwerdtner*, JURA 1979, 107 (107).

<sup>47</sup> Vgl. DWB IV, Sp. 653; Wahrig, 563.

<sup>48</sup> Vgl. statt aller *Bork*, Rn. 1378; *Enneccerus*, 447; *Faust*, 213; *Köhler*, 161; *Lehmann/Hübner*, 301; *Erman*<sup>17</sup>/*Finkenauer*, § 164 Rn. 4; *Schwerdtner*, JURA 1979, 107 (107); *Stadler*, 457; für die Schweiz etwa *BSK*<sup>7</sup>/*Watter*, Art. 32 Rn. 12.

<sup>49</sup> Für *Soergel*<sup>13</sup>/*Leptien*, Vor § 164 Rn. 21 ist sie offenbar konstitutiv: Der Stellvertreter müsse erkennbar machen, dass er für den Vertretenen handeln will. Was „für“ meint, bleibt abermals offen.

<sup>50</sup> Statt aller *Bork*, Rn. 1382; für *Flume*, JZ 1962, 280 (281) scheint das so selbstverständlich, dass er davon nicht näher handeln will; *Manigk*, 313; *Matthiaß*, 140; *Soergel*<sup>11</sup>/*Schultze-von Lasaulx*, § 164 Rn. 9; RGRK<sup>12</sup>/*Steffen*, Vor § 164 Rn. 3; *Tuhr*, AT II.2, 342; *Welser*, 15 Anm. 16; für die Schweiz *Engel*, 259: der sich manifestierende Vertretungswille sei „le moteur de la représentation“.

<sup>51</sup> So wohl *Soergel*<sup>13</sup>/*Leptien*, § 164 Rn. 12: „zugleich die Bekundung des Vertretungswillens“.

<sup>52</sup> So wohl *Staudinger* 2019/*Schilken*, Vor § 164 Rn. 36: „besteht weiter die Frage, ob bei ihm ein entsprechender Vertretungswille vorhanden sein muss“ (Hervorhebung durch Verf.).

<sup>53</sup> So insbes. *Fikentscher*, AcP 154 (1955), I (17–21).

Noch heute lässt sich das Resümee *Siegmund Schloßmanns* von 1881 ziehen: „Was das bedeute: ‚Im Namen jemandes handeln‘, darüber herrscht in unserer Literatur kein Einverständnis.“<sup>54</sup> Nur, dass für Vertretung etwas offenbar werden muss, darüber ist man sich einig, weshalb man dem Handeln in fremdem Namen einmütig ein *Offenheitsprinzip* (auch *Offenkundigkeitsprinzip*) entnimmt.<sup>55</sup> Zur Frage aber, was genau offenbar werden muss, begegnet wiederum das volle Spektrum der genannten Ideen,<sup>56</sup> wenn es nicht widersprüchlich skizziert<sup>57</sup> oder überhaupt offengelassen wird.<sup>58</sup> Keiner weiteren Ausführung bedarf an dieser Stelle, dass jene Unklarheit hinsichtlich der Grundlagen ihre Fortsetzung in Streitständen zu den Details findet.<sup>59</sup> Diese Unklarheit ist nicht zuletzt Ausfluss einer gewissen Schiefelage sowohl im dogmengeschichtlichen als auch überhaupt im zivilrechtsdogmatischen Forschungsstand.

## § 2 Forschungsstand

Inzwischen sind die umfänglichen dogmengeschichtlichen Untersuchungen des deutschen Stellvertretungsrechts mehr als ein halbes Jahrhundert alt.<sup>60</sup> Seitdem hat man sich vorwiegend in Form von Einzelbeiträgen in Sammelbänden und Fachzeitschriften geäußert<sup>61</sup> oder die Positionen einzelner Autoren näher be-

<sup>54</sup> *Schloßmann*, *Besitzerwerb*, 23.

<sup>55</sup> S. nur die Nachweise in Anm. 1436 f. auf S. 198.

<sup>56</sup> Offenzulegen sind bspw. für *Goetz*, 1; *Staudinger*<sup>9</sup>/*Riezler*, § 164 Ziff. 3 b) die Vertretungsmacht; für *Staudinger*<sup>11</sup>/*Coing*, Vor § 164 Rn. 8; *Lorenz*, JuS 2010, 382 (382) das Handeln in fremdem Namen; für *Staudinger*<sup>12</sup>/*Dilcher*, Vor § 164 Rn. 13 das Vertreterhandeln; für *Giesen*, 381; *Larenz/Wolf*, 834 das Vertretungsverhältnis; für *Köhler*, 161; RGRK<sup>12</sup>/*Steffen*, § 164 Rn. 6 die Dritt-/Fremdwirkung; für *Larenz*, AT, 544; *Moser*, 65 die Fremdbezogenheit des Geschäfts; für *Bork*, Rn. 1378; *Löwisch/Neumann*, Rn. 201, (konkret,) wen die Wirkungen treffen; für *Bitter/Röder*, 144; *W. Krüger*, 136, dass die Wirkungen den Vertreter nicht treffen; für *Huber*, 47; *Schreiber*, JURA 1998, 606 (606) die Beteiligung dreier Personen; für *Ahrens*, JA 1997, 895 (895) die „zugrunde liegenden Umstände“; für *Grenzbach*, 113 wohl Person („sich“) und Position des Vertreters.

<sup>57</sup> ABGB-ON/*Perner*, § 1017 Rn. 4f. handelt von einer „Offenlegung der *Person des Vertretenen*“ und dann davon, dass „der Machthaber gar nicht offenlegt, dass er *als Vertreter* handelt“ (Hervorhebungen durch Verf.).

<sup>58</sup> So etwa bei *Petersen*, JURA 2010, 187 (187); *Wertenbruch*, 365 ff.; für Österreich *Zankl*, 89.

<sup>59</sup> Dazu eingehend S. 424 ff.

<sup>60</sup> Insbes. *Bauer*, *Stellvertretung*; *O. Dietz*, *Stellvertretung*; *Everding*, *Dogmengeschichte*; *U. Müller*, *Stellvertretung*; jüngeren Datums ist lediglich die zugleich rechtsvergleichende Arbeit von *Müller-Freienfels*, *Stellvertretungsregelungen*.

<sup>61</sup> Statt aller *Landwehr*, in: FS Seiler, 219 ff.; *Schmoeckel*, in: BGB und seine Richter, 77 ff.; *HKK/Schmoeckel*, §§ 164–181.

leuchtet.<sup>62</sup> Dabei erwies sich der an zeitgenössische Vorbilder anknüpfende Versuch als persistent, die im 19. Jahrhundert vertretenen Positionen zu sog. Stellvertretungstheorien zu systematisieren.<sup>63</sup> Bereits damals hatte man erkannt, dass sich bestimmte Grundmuster zur rechtskonstruktiven Begründung der Rechtsfolgen insbesondere der sog. gewillkürten Stellvertretung identifizieren lassen.<sup>64</sup> Diese sind als historisches Fundament jedenfalls eines Teils des modernen Vertretungsrechts von besonderem Interesse; ihre Diskussion beherrschte das Schrifttum schon im vorletzten Jahrhundert. Dogmengeschichtliche Untersuchungen konzentrierten sich deshalb jedoch auch auf die Zuordnung einzelner Autoren zu jenen Rechtsfolgenkonstruktionen. Die Fassung des Stellvertretungstatbestandes geriet hingegen allenfalls reflexhaft in den Blick. Namentlich der Bedeutung des zunehmend mit der Wendung „im Namen des Vertretenen“ umschriebenen Stellvertreterhandelns wurde auffällig wenig Aufmerksamkeit zuteil.<sup>65</sup> Meist hat man es beiläufig als bloße Konsequenz der Stellvertretungstheorien oder als reine Formfrage behandelt.<sup>66</sup> Dem Stellvertretungstatbestand wandte man sich im Übrigen vorwiegend insofern zu, als dies die im Schrifttum des späteren 19. Jahrhunderts ebenfalls prominente Loslösung der Stellvertretung von dem Auftrag betrifft.<sup>67</sup> Ganz im Vordergrund stand dabei die als deutscher Sonderweg geltende Abstraktion der Vollmacht vom Mandat.<sup>68</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint eine Aufarbeitung schon der historischen Dogmatik des Stellvertretungstatbestandes und besonders der Bedeutung des Handelns im Namen des Vertretenen bis heute als Desiderat.<sup>69</sup>

---

<sup>62</sup> So etwa *Ellsperger*, Stellvertretung; *Hözl*, in: *Kontinuitäten und Zäsuren*, 211 ff.; *ders.*, *Savignys juristische Werkstatt*; auch *Nunn*, *passim*.

<sup>63</sup> Vgl. nur *Bauer*, 91 ff.; *O. Dietz*, Stellvertretung; *Everding*, *Dogmengeschichte und die knappe Skizze des Forschungsstands bei HKK/Schmoeckel*, §§ 164–181 Rn. 3 a. E.; krit. zum damit einhergehenden Versuch, Stellvertretung vorwiegend von ihren Folgen her zu begreifen aber schon *H. J. Wolff*, *Organschaft*, 142 f.

<sup>64</sup> Statt aller *Hellmann*, *Stellvertretung*, 1 ff.; *Mitteis*, 84 ff.

<sup>65</sup> Das bemerkt *O. Dietz*, 116 schon hinsichtlich der untersuchten Stellungnahmen im 19. Jahrhundert.

<sup>66</sup> Vgl. etwa a. a. O., 109 ff.; weitergehende Erwägungen bieten aber *Müller-Freienfels*, in: *Wissenschaft und Kodifikation*, 144 ff.; *Ranieri*, 461–529.

<sup>67</sup> *Albrecht*, 54 ff.; *Müller-Freienfels*, in: *Wissenschaft und Kodifikation*, 144 ff.; skeptisch dazu, die Anerkennung der Stellvertretung aber ebenfalls hierauf reduzierend *Bucher*, *ZEuP* 12 (2004), 515 (542 f.).

<sup>68</sup> Im Gegensatz zu der von *Doerner*, 40; *Windel*, *ZJR* 2020, 75 (77 f.); *ders.*, in: *FS Roth*, 119 (123 f.) für die Wende zum 19. Jahrhundert postulierten sog. Mandatstheorie; dazu S. 131 ff.

<sup>69</sup> Den Forschungsstand überschätzt *Frotz*, 20 Fn. 56: „Die Geschichte der Stellvertretung kann als geklärt gelten.“

Unter demselben blinden Fleck leidet auch das zivilrechtsdogmatische Schrifttum. Obschon man die Stellvertretung selbst nach Inkrafttreten des BGB bisweilen noch als widerspenstiges, „abnormes Rechtsinstitut“<sup>70</sup> oder „juristisches Wunder“<sup>71</sup> bezeichnete, hat sich die Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts vornehmlich nur Sonderfragen zugewandt. Eingehend diskutiert wurden bspw. das Geschäft für den, den es angeht,<sup>72</sup> das Handeln unter fremdem Namen,<sup>73</sup> die Eigenhaftung des Stellvertreters bei Culpa in Contrahendo<sup>74</sup> oder die Zuordnung von Vertretungsmacht zu vorhandenen juristischen Kategorien,<sup>75</sup> ab der Jahrtausendwende verstärkt den Verbraucherschutz bei Stellvertretung,<sup>76</sup> bereits seit den 1990er-Jahren die Wissenszurechnung im Konzern<sup>77</sup> und jüngst, wie das Auftreten digitaler Agenten zu erfassen sei.<sup>78</sup> Die Diskussion von Grundfragen der Stellvertretung beschränkte und beschränkt sich demgegenüber nahezu ausschließlich auf die Vereinbarkeit ihrer Folgen mit der Privatautonomie des Vertretenen, insbesondere, wie insoweit Selbstbestimmung und Verkehrssicherheit auszutarieren sind.<sup>79</sup> Schon deshalb liegt der Fokus auch dort auf der Begründung der Drittwirkungen oder der dogmatischen Erfassung der Vollmacht, deren Abstraktheit sich in jüngerer Vergangenheit zusehends wieder scharfer Kritik ausgesetzt sieht.<sup>80</sup>

Lediglich drei umfänglichere Arbeiten haben sich während der letzten Dekaden mit dem Handeln in fremdem Namen beschäftigt. Die erste derselben fragt nach dem Verkehrsschutz bei Stellvertretung, adressiert dabei auf immerhin zehn Seiten auch die Qualität des Stellvertreterhandelns und das Erfordernis eines Vertretungswillens, um auf dieser Grundlage einen Vergleich mit lateinamerika-

<sup>70</sup> *Binder*, KritV 46 (1905), 347 (370).

<sup>71</sup> *Rabel*, in: ACIR I, 235 (238).

<sup>72</sup> Dazu S. 187 ff. und 492 ff.

<sup>73</sup> Dazu S. 437 ff.

<sup>74</sup> Dazu S. 264 ff.

<sup>75</sup> *Doerner*, 74–77; *Staudinger 2019/Schilken*, Vor § 164 Rn. 16 f. je m. w. N.

<sup>76</sup> Veranlasst durch BGHZ 144, 223 ff.; BGH, Urteil v. 02.05.2000, NJW 2000, 2270 ff.; Urteil v. 02.05.2000, ZIP 2000, 1158 f.; vgl. statt aller *Hoffmann*, JZ 2012, 1156 ff.; *Masuch*, BB Beilage 6 2003, 6 ff.; *Möller*, ZIP 2002, 333 ff.; *Schreindorfer*, Verbraucherschutz je m. w. N.

<sup>77</sup> Dazu S. 281 ff.

<sup>78</sup> Statt aller *C. Linke*, RD 2021, 400 ff.; *Teubner*, AcP 218 (2018), 155 ff. je m. w. N.; dazu S. 370 f.

<sup>79</sup> Vgl. nur die Nachweise bei *Müller-Freienfels*, in: *Wissenschaft und Kodifikation*, 144 (201 Fn. 255); in der Sache statt aller *Canaris*, Vertrauenshaftung, 32 ff.; *Frotz*, Verkehrsschutz; *Thiele*, Zustimmung.

<sup>80</sup> *Beuthien*, in: 50 Jahre BGH, 81 ff.; *Doerner*, Abstraktheit; *Schmidt*, in: FS *Canaris* 80, 117 ff.; *Windel*, ZJR 2020, 75 ff.; *ders.*, in: FS *Roth*, 119 ff.; dazu S. 302 ff.