

SIMA SAMARI

Entscheidung und
Bindung im
Stellvertretungsrecht

Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen

127

Mohr Siebeck

TÜBINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
der Universität Tübingen

Band 127



Sima Samari

Entscheidung und Bindung im Stellvertretungsrecht

Vertreterermessen und
Vollmachtsvertrag

Mohr Siebeck

Sima Samari, geboren 1996; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Tübingen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Europäisches Privatrecht der Universität Tübingen; 2022 Promotion; Rechtsreferendariat im Bezirk des OLG Stuttgart.
orcid.org/0000-0003-3245-6048

D21

ISBN 978-3-16-161705-8 / eISBN 978-3-16-161706-5
DOI 10.1628/978-3-16-161706-5

ISSN 0082-6731 / eISSN 2569-4529 (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen 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 Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Das Thema dieser Untersuchung geht zurück auf eine Anregung meines akademischen Lehrers und Doktorvaters, Herrn Professor Dr. Thomas Finkenauer, M. A. Er ermutigte mich, das scheinbar Selbstverständliche in Frage zu stellen und mich in meiner Arbeit einer grundlegenden Frage des Stellvertretungsrechts zu widmen.

Aber nicht nur deshalb gebührt Herrn Professor Dr. Thomas Finkenauer, M. A., mein besonderer Dank. Er brachte mir in den ersten Semestern meines Studiums auch das Zivilrecht bei und ermöglichte es mir, meinen akademischen Weg an seinem Lehrstuhl fortzusetzen. Mein Promotionsvorhaben begleitete er mit wertvollem Rat und Zuspruch. Ich schätze ihn als Wissenschaftler, seinen Einsatz für die Lehre und die Art, sich der Fragen und Belange seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anzunehmen.

Dank gebührt ferner Herrn Professor Dr. Stefan Huber, LL.M., für die tiefgehenden Anmerkungen in seinem Zweitgutachten.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl danke ich für deren Unterstützung und für die gemeinsame Zeit an der Tübinger Fakultät, auf die ich gern zurückblicke.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen für die Verleihung des Promotionspreises des Studienjahres 2021/22. Ebenso zu Dank verpflichtet bin ich der Reinhold-und-Maria-Teufel-Stiftung für die Auszeichnung meiner Arbeit mit dem Promotionspreis.

Nicht unerwähnt dürfen schließlich meine Eltern bleiben, die mir Mut gaben, wo Herausforderungen warteten.

Stuttgart, im Juli 2022

Sima Samari

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Erster Teil: Die Entscheidung im Stellvertretungsrecht	3
<i>A. Historische Grundlagen der Lehre vom Entscheidungsspielraum</i>	3
<i>B. Der Entscheidungsspielraum im geltenden Recht</i>	42
<i>C. Zusammenhang zwischen Vertretungsmacht und Entscheidungsspielraum</i>	148
Zweiter Teil: Die Bindung im Stellvertretungsrecht	177
<i>A. Zum Begriff des Vollmachtsvertrags</i>	178
<i>B. Praktische Bedeutung und Parteiinteressen</i>	179
<i>C. Zulässigkeit</i>	182
<i>D. Rechtsnatur</i>	192
<i>E. Gestaltungsmöglichkeiten</i>	207
<i>F. Voraussetzungen und anwendbares Recht</i>	214
<i>G. Rechtswirkungen, insbesondere: die unverzichtbare Vollmacht</i>	234
<i>H. Ergebnis und Bewertung</i>	263
Schlussbetrachtung	265
Literaturverzeichnis	269
Sachregister	293

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Erster Teil: Die Entscheidung im Stellvertretungsrecht	3
<i>A. Historische Grundlagen der Lehre vom Entscheidungsspielraum</i>	3
I. Römisches Recht	3
II. Glossatoren- und Kommentatorenzeit	13
III. Naturrecht	20
IV. ALR und ABGB	24
V. Entwicklungen im 19. Jahrhundert	28
1. Zessionslehre	29
2. Geschäftsherrntheorie	31
3. Repräsentationstheorie	32
VI. Gesetzgebungsverfahren des Bürgerlichen Gesetzbuchs	34
VII. Zusammenfassung und Bewertung	40
<i>B. Der Entscheidungsspielraum im geltenden Recht</i>	42
I. Verwendungszusammenhänge	43
1. Willenserklärung des Vertreters	43
2. Vertretungsmacht des Vertreters	45
II. Sachliche Bezugspunkte	47
1. Inhaltsermessen	47
a) Formenwahlfreiheit	49
b) Stilistische Freiheit	50
c) Scheinbare Unbestimmtheit	53
d) Erläuterungen und Hinweise	55
e) Konkretisierung eines Rechtsgeschäfts, §§ 315–319 BGB	56
f) In-Geltung-Setzen eines Rechtsgeschäfts, § 158 BGB	57
2. Entschließungsermessen	59

3. Vertretungsermessen	61
4. Ergebnis	63
III. Anwendung auf verschiedene Vertretungskonstellationen	64
1. Vertreter mit „gebundener Marschroute“	65
a) Bezugspunkte der Weisung	66
b) Reichweite der Weisungsgebundenheit	68
aa) Weisungsbegriff	68
bb) Vergleich mit anderen Formen der Zustimmung	71
cc) Privatautonomie des Vertretenen	72
dd) Vergleich mit dem Handeln in eigenem Namen	73
c) Ergebnis	75
2. Vertreter „in der Erklärung“	75
a) Die Erklärungsvertretung im bürgerlichen Recht	76
aa) Bedeutung im alten Recht	77
bb) Rechtliche Würdigung	79
cc) Ergebnis	81
b) Die Erklärungsvertretung im Gesellschaftsrecht	81
aa) Gesamtvertretung als Herausforderung	83
bb) Präzisierung der Untersuchung	86
cc) Vertretung ohne Entscheidungsspielraum	88
dd) Vertretung mit Entscheidungsspielraum	89
(1) Zulässigkeit	90
(2) Umfang und Grenzen	93
(3) Einschränkende Kriterien?	95
(a) Bestätigung durch das Plenum	95
(b) Pflicht zur Berichterstattung an das Plenum	97
(c) Ungeschriebener Plenarvorbehalt	98
(d) Zusammenfassung	99
ee) Ergebnis	99
c) Bewertung der Figur des Vertreters „in der Erklärung“	100
3. Empfangsvertretung	101
a) Entscheidungsspielraum von Empfangspersonen	102
b) Konsequenzen	104
c) Ergebnis	107
4. Leistungsempfang gegen Vorlage einer Quittung	108
5. Stellvertretung bei einseitigen Rechtsgeschäften	110
6. Einschaltung geschäftsunfähiger Hilfspersonen	112
a) Bevollmächtigung des Geschäftsunfähigen	114
b) Vertretungsakt des Geschäftsunfähigen	116
IV. Zusammenfassung	120
V. Überlegungen zum Entscheidungsspielraum digitaler Hilfspersonen	121

1. Einordnung von Computersystemen als Stellvertreter	124
a) Problemstellung	125
b) Direkte Anwendung der §§ 164–181 BGB	125
c) Analoge Anwendung der §§ 164–181 BGB	127
d) Ergebnis und Ausblick	130
2. Entscheidungsspielraum eines Computersystems	133
a) Autonomie und Intelligenz	
als Herausstellungsmerkmale	134
aa) Technische Autonomie	135
(1) Autonomie nach <i>Boden</i>	135
(2) Autonomie nach <i>Parasuraman, Sheridan und Wickens</i>	136
(3) Zusammenfassung	138
bb) Künstliche Intelligenz	138
(1) „Intelligente“ Methoden	139
(2) „Intelligente“ Eigenschaften	141
cc) Wechselwirkung	142
b) Auswirkungen auf das Systemverhalten	142
c) Bezug zum Kriterium des Entscheidungsspielraums	144
3. Ergebnis	146
C. <i>Zusammenhang zwischen Vertretungsmacht und Entscheidungsspielraum</i>	148
I. Rechtsnatur der Vertretungsmacht	148
1. Vertretungsmacht als subjektives Recht	149
a) Vertretungsmacht als Gestaltungsrecht	150
b) Vertretungsmacht als Herrschaftsrecht	151
c) Vertretungsmacht als Anspruch	152
d) Vertretungsmacht als subjektives Recht eigener Art	152
e) Vertretungsmacht als „sonstiges Recht“	154
2. Vertretungsmacht als Zuständigkeit oder Kompetenz	156
3. Vertretungsmacht als Fähigkeit oder Eigenschaft	157
4. Vertretungsmacht als Befugnis	160
5. Vertretungsmacht als Legitimation	162
6. Vertretungsmacht als Macht	163
7. Ergebnis	167
II. Normativer Bezug zum Entscheidungsspielraum	168
1. Bevollmächtigung als einseitiges Rechtsgeschäft	169
2. Wertungen der §§ 164–181 BGB	170
3. Selbstschutz durch Zurückweisung?	171
a) Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB	171
b) Bezugspunkt der Zurückweisung	172

c) Ergebnis	174
III. Bewertung und Ausblick	174
 Zweiter Teil: Die Bindung im Stellvertretungsrecht	 177
A. Zum Begriff des Vollmachtsvertrags	178
B. Praktische Bedeutung und Parteiinteressen	179
C. Zulässigkeit	182
I. Wortlaut	184
II. Systematik	186
III. Entstehungsgeschichte	188
IV. Telos	189
V. Zusammenfassung	190
D. Rechtsnatur	192
I. Verfügungsgeschäft?	192
1. Verfügung über die Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht	193
2. Verfügung über das in der Vollmacht bezeichnete Recht	194
3. Verfügung über die Ausübungsbefugnis	195
4. Verfügung über die Zuständigkeit des Vertreters	196
5. Bewertung	198
II. Abstraktes oder kausales Geschäft?	199
III. Entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft?	202
IV. Rechtlich vorteilhaftes oder nachteilhaftes Geschäft?	204
V. Zusammenfassung	206
E. Gestaltungsmöglichkeiten	207
I. Inhaltliche Besonderheiten	207
II. Vertragsparteien	209
III. Geschäftseinheit mit dem Grundverhältnis	211
F. Voraussetzungen und anwendbares Recht	214
I. Einigung der Parteien	214
1. Vertragsinhalt	214
2. Antrag	214
3. Annahme	215
II. Anwendbarkeit der §§ 164–181 BGB	216
1. Genehmigung oder Genehmigungsvertrag?	218
2. Widerruf oder Aufhebungsvertrag?	220
3. Unterbevollmächtigung oder Untervollmachtsvertrag?	222
4. Übertragung der Vertretungsmacht?	223
5. Zurückweisung oder Ablehnung des Antrags?	226
6. Verzicht oder Aufhebungsvertrag?	227

a) Zulässigkeit des Vollmachtsverzichts	227
b) Auswirkungen des Vollmachtsvertrags	228
7. Abdingbarkeit von Vertretungsverboten?	229
8. Spezielle Unwirksamkeitsgründe?	230
III. Zusammenfassung	232
<i>G. Rechtswirkungen, insbesondere: die unverzichtbare Vollmacht</i>	234
I. Zulässigkeit einer Vollmacht mit Bindungswirkung	236
1. Zulässigkeit der Unwiderruflichkeit	237
2. Zulässigkeit der Unverzichtbarkeit	239
3. Ergebnis	240
II. Voraussetzungen einer Bindungswirkung	240
1. Voraussetzungen der Unwiderruflichkeit	240
2. Voraussetzungen der Unverzichtbarkeit	243
a) Sachliche Rechtfertigung	243
aa) Kontinuität im Vertretungsamt	244
bb) Interesse an termingerechter Geschäftsbesorgung ...	248
b) Einverständnis des Vertreters	248
3. Ergebnis	249
III. Rechtsfolgen einer Bindungswirkung	250
1. Rechtsfolgen der Unwiderruflichkeit	250
a) Kollision und Konkurrenz bei Verfügungsgeschäften	252
b) Kollision und Konkurrenz bei Verpflichtungsgeschäften	255
2. Rechtsfolgen der Unverzichtbarkeit	258
a) Verdrängende Wirkung?	258
b) Vertretungssperre?	259
3. Ergebnis	261
IV. Zusammenfassung	262
<i>H. Ergebnis und Bewertung</i>	263
Schlussbetrachtung	265
Literaturverzeichnis	269
Sachregister	293

Abkürzungsverzeichnis

a.	<i>anno</i> (Jahr)
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs von 1812
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adelung	Grammatisch-Kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis – Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AR	Der Aufsichtsrat
ArbG	Arbeitsgericht
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchOldR	Archiv für die Praxis des gesamten im Großherzogtum Oldenburg geltenden Rechts
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
bearb.	bearbeitet
Bearb.	Bearbeiter, Bearbeitung
BeckOGK-AktG	Beck'scher Online-Großkommentar zum Aktienrecht
BeckOGK-BGB	Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht
BeckOK-ArbR	Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht
BeckOK-BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BeckOK-HGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Handelsgesetzbuch
BeckOK-ZPO	Beck'scher Online-Kommentar zum Zivilprozessrecht
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
begr.	begründet
Begr.	Begründer
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BPatG	Bundespatentgericht
BPersVG	Bundespersönlichkeitsgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
C.	Codex Iustinianus von 529
cap.	<i>caput</i> (Kapitel)
COVMG	Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie
CR	Computer & Recht
D.	Digesta Iustiniani von 529
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DJT	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Das Recht
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik – Tagungsband
DSrR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DWb	Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm
E I	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erste Lesung (Erster Entwurf)
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Zweite Lesung (Zweiter Entwurf)
EBJS-HGB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, begr. von Carsten Thomas Ebenroth und Karlheinz Boujong
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	die folgende Seite, die folgenden Seiten
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote

fol.	<i>folia</i> (Blatt)
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GBO	Grundbuchordnung
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GK-AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWb	Goethe-Wörterbuch
HannRpflege	Hannoversche Rechtspflege, Verordnungen und Mitteilungen für den OLG-Bezirk Celle
Hdb-RP	Handbuch des Römischen Privatrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
Hrsgg.	Herausgeber (mehrere)
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
ImmoWertV	Immobilienwertermittlungsverordnung
InsO	Insolvenzordnung
InTer	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
ITRB	Der IT-Rechtsberater
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JherJb	Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, begr. von Rudolf Jhering
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KI	Künstliche Intelligenz
KK-AktG	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KritUeb	Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
l. Sp.	linke Spalte
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht

lib.	<i>liber</i> (Buch)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Meyers	Meyers Großes Konversationslexikon
MHdb-ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MHdb-GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MitBestG	Mitbestimmungsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
MK-AktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MK-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MK-HGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MK-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
MMR	Multimedia und Recht
n.	<i>nota</i> (Zeichen)
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OVG	Oberverwaltungsgericht
p.	<i>pagina</i> (Seite)
pr.	<i>principio</i> (am Beginn eines Textes, vor der weiteren Unterteilung)
PS	Pauli Sententiae
r	<i>recto</i> (Vorderseite)
r. Sp.	rechte Spalte
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RDigital	Recht Digital
RegBegr.	Regierungsbegründung
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsärtekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
ROLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts

Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
rubr.	<i>rubrica</i> (Gesetz)
S.	Satz, Seite
s. v.	<i>sub voce</i> (unter dem Stichwort)
SächsArch	Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrietA	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind, hrsg. von Theodor Striethorst
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)
tit.	<i>titulus</i> (Titel)
tom.	<i>tomus</i> (Band)
UmwG	Umwandlungsgesetz
v	<i>verso</i> (Rückseite)
v.	von
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B
Vor	Vorbemerkung
WarnRspr	Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von Otto Warneyer
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZBIJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Fortsetzung: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Wer am Rechtsverkehr teilnehmen möchte, ohne dabei selbst in Erscheinung zu treten, hat bekanntlich die Wahl, sich hierfür eines Stellvertreters oder eines Boten zu bedienen. Nur in einigen Fällen nimmt das Gesetz die entscheidende Weichenstellung selbst vor, indem es eine Vertretung (vgl. § 1750 Abs. 3 S. 1 BGB) oder eine Botenschaft (vgl. § 1311 BGB) ausschließt. Besonders in diesen Fällen, aber auch dann, wenn die Einschaltung einer der beiden Mittelspersonen aus anderen Gründen scheitert (vgl. §§ 165, 105 Abs. 1 BGB), kommt es auf eine Abgrenzung an. Die zentrale Stellung nimmt dabei der Entscheidungsspielraum ein: Liegt er vor, soll die Mittelsperson Stellvertreter sein, dagegen Bote, wenn er fehlt.

Bei genauerem Hinsehen erweist sich das Kriterium des Entscheidungsspielraums jedoch als diffus: Nicht nur ist streitig, aus wessen Perspektive sich beurteilt, ob die Mittelsperson über einen Entscheidungsspielraum verfügt¹. Vielmehr ist auch unklar, was mit dem Entscheidungsspielraum gemeint ist: Gefordert wird ein „mehr oder minder großes Maß an Entscheidungsfreiheit“², ein Handeln „in Selbstverantwortung“³, ein Ermessen „in der Sache“⁴. Damit scheint es nicht zusammenzupassen, dass auch ein Handeln nach Weisungen einer Stellvertretung nicht entgegensteht, § 166 Abs. 2 S. 1 BGB, und selbst derjenige Vertreter ist, dessen Tätigkeit sich in der Entgegennahme fremder Erklärungen erschöpft, § 164 Abs. 3 BGB.

Den beschriebenen Befund nimmt die Arbeit zum Anlass, sich in ihrem ersten Teil mit dem Entscheidungsspielraum des Vertreters zu befassen. Ausgehend von den historischen Wurzeln des Vertretungsinstituts wird untersucht, in welchen Zusammenhängen das Abgrenzungskriterium im geltenden Recht Anwendung findet und welche Bedeutung ihm dort zukommt. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Vertretung im Kontext des § 112 S. 1 AktG und der Vertretung durch intelligente Computersysteme. Ziel der Untersuchung ist es, das herrschende Verständnis von dem Entscheidungsspielraum aufzuarbeiten, einzugrenzen und auf eine normative Grundlage zu

¹ Es kommen die Perspektive des Geschäftsgegners und die des Vertretenen in Betracht.

² *Neuner*, AT, § 49 Rn. 13; ähnlich v. *Tuhr*, AT II/2, § 84 II (S. 340).

³ *Neuner*, AT, § 49 Rn. 13.

⁴ *Bork*, AT, § 32 Rn. 1346.

stellen. Als richtungsweisend für dieses Vorhaben wird sich das Institut der Vollmacht erweisen.

Auf den Erkenntnissen zur Rechtsnatur der Vollmacht baut der zweite Teil der Arbeit auf. Untersucht wird, unter welchen Voraussetzungen mit der Vollmachtserteilung weitergehende Rechtsfolgen als bloß die Begründung einer (Entscheidungs-)Macht verbunden sein können. Überprüft wird die These, ob die Bevollmächtigung, wenn sie durch Vertrag erfolgt, zu einer Bindung des Vertreters und damit zu einer Einschränkung seines Entscheidungsspielraums führen kann. Die Auseinandersetzung mit dieser Frage gibt nicht nur weiteren Aufschluss über das Kriterium des Entscheidungsspielraums. Sie bietet zugleich den Rahmen für eine grundlegende Befassung mit dem Institut des Vollmachtsvertrags. Denn dass die Rechtsfolgen der Bevollmächtigung auch durch Vertrag herbeigeführt werden können, wird entweder rigoros abgelehnt oder als selbstverständlich vorausgesetzt und daher nicht zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht. Bis heute sind deshalb die mit dem Vollmachtsvertrag verbundenen Rechtsfragen nicht umfassend aufgearbeitet worden. Mit dem zweiten Teil der Arbeit soll diese Lücke geschlossen werden.

Die Untersuchungen und Erkenntnisse dieser Arbeit beschränken sich auf die gewillkürte Stellvertretung. Auf Besonderheiten der gesetzlichen und organschaftlichen Vertretung wird jedoch, soweit erforderlich, hingewiesen.

Die Entscheidung im Stellvertretungsrecht

A. Historische Grundlagen der Lehre vom Entscheidungsspielraum

Die historische Entwicklung des Vertretungsrechts ist für diese Arbeit insofern relevant, als mit der Anerkennung einer direkten gewillkürten Stellvertretung (im modernen Sinne) das Bedürfnis nach einer Abgrenzung zur Botschaft und damit nach einem Abgrenzungskriterium aufkam. Aufgabe dieses Kapitels ist es daher aufzuzeigen, unter welchen historischen Gegebenheiten und in welcher Gestalt sich das Kriterium des Entscheidungsspielraums herausgebildet hat. Dabei beanspruchen die nachstehenden Überlegungen nicht, die geschichtliche Entwicklung des Instituts der gewillkürten Stellvertretung umfassend abzubilden¹. Sie möchten nur manche der bereits vorhandenen Erkenntnisse zusammenführen und um einige Beobachtungen ergänzen, und sie beschränken sich darauf, diejenigen historischen Erscheinungen und Gegebenheiten herauszustellen, an die sich das heutige Verständnis von dem Entscheidungsspielraum knüpfen lässt.

I. Römisches Recht

Eine direkte Stellvertretung, wie sie dem heutigen Verständnis entspricht, war dem römischen Zivilrecht unbekannt². Was den Erwerb von *Vermögensrechten* anbelangt, bediente man sich alternativer Denkformen, darunter der (heute so bezeichneten) Organschaft und der Treuhänderschaft³. Zu den Organen, derer sich der Geschäftsherr für den Erwerb von Rechten bedienen konnte, zählten Hauskinder und Sklaven⁴. Diese Personengruppe war nicht

¹ Einen umfassenderen Überblick geben die Beiträge von *H. Bauer*, *Stellvertretung*, *Müller-Freienfels*, in: *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts II* (1988), 144 ff. sowie *Schlinker/Ludyga/Bergmann/Schlinker*, *Privatrechtsgeschichte*, § 4.

² Zur funktionalen Entsprechung *Finkenauer*, *SZ* 125 (2008), 440 ff.; *ders.*, *SZ* 135 (2018), 178 ff. Über Ansätze direkter Stellvertretung im frührepublikanischen römischen Recht *Düll*, *SZ* 67 (1950), 162 ff.

³ *Kaser/Knützell/Lohsse*, § 21 Rn. 2; *Schlinker/Ludyga/Bergmann/Schlinker*, *Privatrechtsgeschichte*, § 4 Rn. 1 ff.

⁴ *Kaser*, *RP I*, § 62 II. So wurden bisweilen Sklaven gekauft, um durch sie Rechte zu erwerben, vgl. *Ulpian D.* 46, 6, 2 pr.

vermögensfähig⁵, sodass die durch sie erworbenen Rechte notwendig dem Vermögen ihres Gewalthabers (*paterfamilias*) zufielen; auf ein Handeln in dessen Namen kam es nicht an⁶. Verfügte der Handelnde über ein Sondergut, das ihm von seinem Gewalthaber zur eigenen Bewirtschaftung überlassen war (*peculium*), konnte das Erworbene zwar – abhängig von der Willensrichtung des Handelnden – statt in das sonstige Vermögen des Gewalthabers in das *peculium* des Handelnden fallen⁷. Weil aber das *peculium* nur faktisch, nicht rechtlich zum Eigenvermögen des Gewaltunterworfenen rechnete⁸, erwarb auch in diesem Fall letztlich der Gewalthaber das Vermögensrecht⁹. Die Treuhänderschaft¹⁰ unterschied sich von einem Handeln durch Gewaltunterworfenen insofern, als es neben der Vereinbarung der Treuhand keiner Eingliederung in die *patria potestas* bedurfte, um dem Treugeber das von dem Treuhänder erworbene Vermögensrecht unmittelbar zuzurechnen¹¹. Außerhalb solcher Abhängigkeitsverhältnisse, wenn der Rechtserwerb also durch einen Gewaltfreien erfolgen sollte, verblieb es dagegen bei der (heute so bezeichneten) mittelbaren (indirekten) Stellvertretung¹²: Der Gewaltfreie schloss das Geschäft für sich selbst ab und aus einem Geschäftsführungsverhältnis zwischen ihm und seinem Prinzipal ergaben sich dann wechselseitige Ansprüche auf Herausgabe des Erlangten und auf Ersatz der Aufwendungen¹³.

Was die Begründung von *Verpflichtungen* betrifft, lässt sich das Quellenmaterial des römischen Rechts mit den Rechtsregeln „*alteri stipulari nemo potest*“¹⁴, „*per liberam personam [...] obligationem nullam acquirere pos-*

⁵ Zur Anerkennung einer teilweisen Vermögensfähigkeit in der Spätantike Kaser, RP II, § 209 II 1.

⁶ Kaser, RP I, § 62 III 1; vgl. Ulpian D. 45, 1, 45, 4.

⁷ Kaser, RP I, § 62 III 1.

⁸ Kaser, RP I, § 14 IV 4 für das *peculium* des Hauskindes; *ders.*, RP I, § 29 IV 2 für das *peculium* des Sklaven; *ders.*, RP I, § 67 III 5 zu beidem.

⁹ Kaser, RP I, § 62 III 1; *ders.*, RP II, § 204 II 1; Kaser/Knütell/Lohsse, § 21 Rn. 4; vgl. Gamauf, in: Hdb-RP I, § 36 Rn. 14.

¹⁰ Siehe dazu Schanbacher, in: Hdb-RP I, §§ 46, 88.

¹¹ Vgl. Kaser, RP I, § 62 VI.

¹² Kaser, RP I, § 62 V 1.

¹³ Dem Handeln des mittelbaren Stellvertreters konnte eine Ermächtigung vorangehen (*iussum, mandatum*), oder der Vertretene genehmigte dessen Handeln (*ratum habere, rati-habitio*), Kaser, RP I, § 62 V 1. Zu den wechselseitigen Ansprüchen bei Vorliegen eines *mandatum* siehe Heinemeyer, in: Hdb-RP I, § 82 Rn. 31 ff., 53 ff., und bei Vorliegen einer *negotiorum gestio* siehe Meissel, in: Hdb-RP I, § 83 Rn. 26 ff.

¹⁴ Ulpian D. 45, 1, 38, 17 (Niemand kann sich [mit Wirkung] für einen anderen etwas versprechen lassen). Die Regel ist außerdem ausgesprochen bei Paulus D. 44, 7, 11; Scaevola D. 50, 17, 73, 4; Diocletian/Maximian C. 8, 38, 3 pr. (a. 290).

sumus“¹⁵ und „nemo factum alienum promittere potest“¹⁶ zusammenfassen¹⁷: Es konnte eine Person ein Rechtsgeschäft nicht mit der Wirkung eingehen, dass daraus unmittelbar Dritte verpflichtet werden. Verpflichtungen trafen nach *ius civile*¹⁸ ausschließlich den, der sie eingegangen war¹⁹. Mit den *actiones adiecticiae qualitatis*²⁰, einem Produkt prätorischer Rechtsschöpfung²¹, erhielt der Geschäftspartner aber zumindest die Möglichkeit, *neben* dem Kontrahierenden auch dessen Prinzipal haftbar zu machen²². Die adjektivischen Klagen gründeten entweder darauf, dass der Prinzipal den Kontrahierenden zum Abschluss des Geschäfts ermächtigt (*actio quod iussu*²³), als Geschäftsverwalter (*institor; actio institoria*²⁴) oder Schiffsführer (*magister navis; actio exercitoria*²⁵) bestellt hatte, dem Kontrahierenden ein Sondervermögen zur

¹⁵ Paulus D. 45, 1, 126, 2 (Durch eine freie Person [...] können wir keine Verbindlichkeiten erwerben; Übersetzung nach *Jungmeister*, in: *Corpus Iuris Civilis IV*, S. 654).

¹⁶ Es kann niemand ein fremdes Verhalten versprechen; vgl. Celsus D. 45, 1, 97, 1; Hermogenian D. 46, 1, 65; Gaius D. 3, 5, 38; Diocletian/Maximian C. 7, 60, 1 (a. 293); 7, 56, 4 (a. 294).

¹⁷ Zu diesen (und weiteren) Regeln und ihren Ausnahmen ausführlich *Finkenauer*, SZ 125 (2008), 440 (443 ff.); *ders.*, in: Hdb-RP I, § 21 Rn. 58 ff., 77 f. Mit Recht wird gefragt, ob sich nicht angesichts der zahlreichen Durchbrechungen dieser Rechtsregeln das Regel-Ausnahme-Verhältnis auf dem Gebiet der Stellvertretung im Laufe der Zeit umgekehrt habe, *Finkenauer*, SZ 125 (2008), 440 (447); *ders.*, SZ 135 (2018), 178 (257).

¹⁸ Zu den römischen „Rechtsschichten“ ausführlich *Babusiaux*, in: Hdb-RP I, § 6 Rn. 1 ff.

¹⁹ *Kaser*, RP I, § 62 IV 1; vgl. I. 3, 13 pr.

²⁰ Nach *Kaser*, RP I, § 141 I 1 in Fn. 1 ist diese Bezeichnung an Paulus D. 14, 1, 5, 1 angelehnt: „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.“ (Durch dieses Edikt wird nämlich die [gegen den Kapitän begründete] Klage nicht übertragen, sondern eine [neue] Klage [gegen den Reeder] hinzugefügt; Übersetzung nach *Simshäuser*, in: *Corpus Iuris Civilis III*, S. 204).

²¹ *Kaser*, RP I, § 62 IV 2.

²² *Kaser/Knütell/Lohsse*, § 60 Rn. 2; *Kaser*, RP I, § 141 I 1; *Wacke*, SZ 111 (1994), 280 (281 f.); *Coing*, Europäisches Privatrecht I, § 83 I; *Hofmann*, 149.

²³ D. 15, 4; C. 4, 26.

²⁴ D. 14, 3; C. 4, 25. Die Art des vom *institor* betriebenen Geschäfts spielt keine Rolle: *Institor* kann sein der Verwalter eines Mietshauses, wer für den Geschäftsherrn an entfernten Orten Waren kauft, ein Fuhrunternehmen oder eine Wäscherei betreibt, Äcker verwaltet, als Verkäufer in einer Gaststätte oder Bäckerei beschäftigt ist, vgl. *Ulpian* D. 14, 3, 5, 1 ff. und *Wieling*, in: *Mandatum und Verwandtes* (1993), 235 (242).

²⁵ D. 14, 1; C. 4, 25. *Exercitor* (Schiffsreeder) ist, wem die Einnahmen und Nutzungen des Schiffes zufallen, etwa der Eigentümer oder Pächter des Schiffes. *Magister navis* ist, wem die Sorge für das Schiff übertragen ist (vgl. *Ulpian* D. 14, 1, 1 pr.), *Wieling*, in: *Mandatum und Verwandtes* (1993), 235 (242 f.). Als Geschäfte, die einem *magister navis* aufgetragen sind, kommen in Betracht die Vermietung des Schiffes, die Verfrachtung von Waren, die Beförderung von Passagieren, der Einkauf von Schiffsausrüstung (*Ulpian* D. 14, 1, 1, 3), daneben der Abschluss von Verträgen zur Instandhaltung des Schiffes und die Entlohnung der Seeleute (*Ulpian* D. 14, 1, 1, 7), im Einzelfall auch die Aufnahme eines

eigenständigen Bewirtschaftung überlassen wurde (*actio de peculio*²⁶) oder dem Prinzipal das aus einem Verpflichtungsgeschäft Erlangte zugewendet wurde (*actio de in rem verso*)²⁷²⁸. In der Klageformel drückte sich dies dadurch aus, dass in der *intentio* auf den Kontrahierenden und in der *condemnatio* auf den Prinzipal Bezug genommen wurde²⁹. Zwei der adjektizischen Klagen, die *actiones exercitoria* und *institoria*³⁰, wurden auch dann gewährt, wenn der vom Prinzipal eingesetzte Geschäftsverwalter oder Schiffsführer ein Gewaltfreier war³¹. Der die adjektizische Haftung tragende Gedanke der Zurechnung kraft organschaftlicher Abhängigkeit traf auf diese Personengruppe freilich nur eingeschränkt zu; an seine Stelle trat in diesen Fällen als Zurechnungsgrund ein lockeres soziales Abhängigkeitsverhältnis sowie die Unterwerfung des *institor* oder *magister navis* im Innenverhältnis³².

Die Anerkennung der adjektizischen Haftung führte zu einer ungleichen Verteilung der Klagemöglichkeiten: Während dem Geschäftspartner eine Klage sowohl gegen den Kontrahierenden (aus Vertrag) als auch dessen Prinzipal (aus adjektizischer Haftung) zustand, konnte sich der Prinzipal lediglich an den für ihn Kontrahierenden halten³³. Um auch dem Prinzipal eine Klagemöglichkeit gegen den Geschäftspartner zu verschaffen, behalf man sich über das abtretungsähnliche Institut der Prozessvertretung³⁴. Dabei

Darlehens, wenn damit etwa das Schiff ausgerüstet oder die Besatzung gepflegt werden soll (Ulpian D. 14, 1, 1, 8), *Wieling*, in: *Mandatum und Verwandtes* (1993), 235 (252).

²⁶ D. 15, 1; C. 4, 26; Gaius 4, 72a–74a; I. 4, 7, 4–4c.

²⁷ D. 15, 3. Ausführlich zu dieser Klage *Chiusi*, Die *actio de in rem verso* im römischen Recht.

²⁸ Zu den einzelnen Klagen im Überblick *Kaser*, RP I, § 141; *Schlinker/Ludyga/Bergmann/Schlinker*, *Privatrechtsgeschichte*, § 4 Rn. 3; ausführlich *Wacke*, SZ 111 (1994), 280 ff.

²⁹ *Kaser/Hackl*, § 49 I 1; *Wacke*, SZ 111 (1994), 280 (282). Ausführlich zur Struktur einer Klageformel *Platschek*, in: *Hdb-RP I*, § 12 Rn. 20 ff.

³⁰ Es fällt auf, dass die *actio exercitoria* nach dem haftenden Geschäftsherrn, die *actio institoria* dagegen nach dem Angestellten benannt ist, für dessen Verhalten der Geschäftsherr aus dieser Klage haftet. Einen Erklärungsversuch für diesen terminologischen Wechsel unternimmt *Wacke*, SZ 111 (1994), 280 (289 f.). Ausführlich zu beiden Klagen *Bürge*, in: *Hdb-RP I*, § 104.

³¹ *Kaser*, RP I, § 62 IV 2, § 141 I 2; *Kaser/Knüttell/Lohsse*, § 60 Rn. 3. Für die *actio exercitoria*: Gaius 4, 71; Ulpian D. 14, 1, 1, 4. Für die *actio institoria*: Gaius 4, 71; Ulpian D. 14, 3, 7, 1.

³² *Kaser*, RP I, § 62 IV 2. Das Innenverhältnis zum Geschäftsherrn konnte in einem Dienstvertrag, bei unentgeltlicher Geschäftsführung in einem *mandatum* bestehen, vgl. Ulpian D. 14, 1, 1, 18; *Wieling*, in: *Mandatum und Verwandtes* (1993), 235 (243).

³³ Vgl. *Schlinker/Ludyga/Bergmann/Schlinker*, *Privatrechtsgeschichte*, § 4 Rn. 4; *H. Bauer*, *Stellvertretung*, 7; *Müller*, 35.

³⁴ Eine Forderungsabtretung (im heutigen Sinne) kannte das römische Recht nicht, *Kaser*, RP I, § 153 vor I; *ders.*, RP II, § 276 I 1; *Kaser/Knüttell/Lohsse*, § 66 Rn. 1.

machte der Kontrahierende (als „Zedent“) den Prinzipal (als „Zessionar“) zu seinem *procurator* und ermächtigte ihn dazu, die Forderung gegen den Geschäftspartner im eigenen Namen einzuklagen und das Erstrittene in sein Vermögen (*in rem suam*) zu erwerben³⁵. Die Konstruktion hatte den Nachteil, dass der Kontrahierende sein Forderungsrecht behielt und dieses bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit weiterhin selbst einklagen konnte³⁶. Mit dem Kaiserrecht seit Antoninus Pius wurde dem Prinzipal daher eine Klage gegen den Geschäftspartner gewährt, die er unabhängig vom Kontrahierenden wahrnehmen konnte³⁷. Diese als *actio utilis* konzipierte Klage³⁸ sprach man dem Prinzipal zunächst nur unter bestimmten Bedingungen zu, etwa dass er vom Kontrahierenden nicht Befriedigung erlangen konnte, gewährte die Klage im Verlauf aber auch ohne Einschränkung³⁹. Zwar nicht materiell-rechtlich⁴⁰, aber funktional gelangte man somit zu einem den Rechtsfolgen der heutigen Stellvertretung entsprechenden Ergebnis⁴¹: Geschäftspartner und Prinzipal traten in eine unmittelbare Beziehung, insofern der Geschäftspartner über die *actiones adiectitiae qualitatis* unmittelbar gegen den Prinzipal und der Prinzipal über eine *actio utilis* unmittelbar gegen den Geschäftspartner vorgehen konnte. Hinzu kam, dass eine direkte Klage für oder gegen den Kontrahierenden in bestimmten Fällen mittels Einrede ausgeschlossen wurde⁴².

Gefördert wurde der Gedanke einer direkten Stellvertretung weiter dadurch, dass man ab der Spätclassik den Kreis derjenigen Gewaltfreien größer zog, deren Handeln eine adjektivische Haftung begründen konnte⁴³. So

³⁵ Kaser, RP I, § 153 I 2; Kaser/Knütell/Lohsse, § 66 Rn. 1; vgl. Klinck, SZ 124 (2007), 25 (50 f.). Die Konstruktion setzte freilich voraus, dass der Kontrahierende ein Gewaltfreier war; Forderungen, die ein Gewaltunterworfenener erwarb, fielen unmittelbar dem Gewalthaber zu, Kaser, RP I, § 62 III 1, § 67 III 1.

³⁶ Kaser, RP I, § 153 I 2; Kaser/Knütell/Lohsse, § 66 Rn. 3 f.

³⁷ Kaser, RP I, § 153 I 3; Kaser/Knütell/Lohsse, § 66 Rn. 5.

³⁸ *Actiones utiles* sind Klagen, die in Analogie zu einer anderen, bereits anerkannten Klageformel geschaffen werden, Kaser/Hackl, § 47 II 2.

³⁹ Vgl. Gaius D. 14, 3, 2; Paulus D. 46, 5, 5; Ulpian D. 14, 1, 1, 18; 14, 3, 1; 19, 1, 13, 25. Zu dieser Entwicklung im Einzelnen Wacke, SZ 111 (1994), 280 (342 ff.).

⁴⁰ Die Forderung entstand weiterhin nur in der Person des Handelnden, Finkenauer, SZ 125 (2008), 440 (442).

⁴¹ Finkenauer, SZ 125 (2008), 440 (441 f.); ders., in: Hdb-RP I, § 21 Rn. 78; im Ergebnis Wieling, in: Mandatum und Verwandtes (1993), 235 (257 f.).

⁴² Finkenauer, SZ 125 (2008), 440 (442); ders., in: Hdb-RP I, § 21 Rn. 78 mit Verweis auf Papinian D. 14, 3, 19 pr.; Ulpian D. 3, 3, 28; 3, 5, 5, 3; Wacke, SZ 111 (1994), 280 (347 ff.).

⁴³ Kaser/Knütell/Lohsse, § 21 Rn. 8, § 60 Rn. 14. Noch weiter verwischten die Grenzen zwischen Gewaltfreien und solchen Abhängigen, derer man sich ursprünglich zur Vertretung bediente, in der Nachklassik: Hauskindern billigte man eine begrenzte rechtliche Selbständigkeit zu und dass sie über ihr *peculium* frei verfügen konnten, und auch Sklaven wurde bisweilen eine beschränkte Vermögensfähigkeit zugesprochen. Umgekehrt sank in

wurde eine adjektivische Klage gegen den Prinzipal auch in Bezug auf das Handeln eines *procurator* gewährt, der in seinem Tätigkeitsbereich Verbindlichkeiten für den Prinzipal einging⁴⁴. In Anlehnung an die Klage gegen den Geschäftsleiter wurde diese auf Papinian zurückgehende Erweiterung als *actio utilis ad exemplum actionis institoriae* oder *actio quasi institoria* bezeichnet⁴⁵. Obschon dies den Gedanken einer direkten Stellvertretung (im modernen Sinne) weiter vorantrieb, blieb es auch nach Papinians „Ruhmesblatt“⁴⁶ dabei, dass die Rechtswirkungen ausschließlich in der Person des Prokurators, nicht in der des Prinzipals erzeugt wurden⁴⁷. Dass man den *procurator* im geltenden Recht dennoch mit dem Stellvertreter im Sinne der §§ 164–181 BGB gleichsetzt, namentlich den vollmachtlosen Vertreter mit dem *falsus procurator*⁴⁸, gibt Anlass zu einer eingehenderen Betrachtung dieser Rechtsfigur⁴⁹:

Mit einer sich in der Klassik durchsetzenden Auffassung ist der Ausdruck *procurator* weit zu verstehen. Ein Prokurator konnte als Generalbeauftragter (*procurator omnium bonorum*) oder für eine bestimmte Angelegenheit eingesetzt werden (*procurator unius rei*), etwa zur Prozessführung als spezieller Prozessvertreter des Prinzipals (*procurator ad litem*)⁵⁰. Namentlich Ulpian trat für diese weite Auslegung ein. Sowohl in D. 3, 3, 1 pr.–⁵¹ als auch in

der nachklassischen Periode manch Gewaltfreier auf niedriger sozialer Stufe auch personenrechtlich auf einen sklavensähnlichen Status ab, Kaser, RP II, § 204 I 2.

⁴⁴ Kaser, RP I, § 141 II 5; Wacke, SZ 111 (1994), 280 (345 f.).

⁴⁵ Papinian D. 3, 5, 30 pr.; 14, 3, 19 pr.; Ulpian D. 19, 1, 13, 25; 17, 1, 10, 5.

⁴⁶ Rabel, in: FS Zitelmann (1913), 1 ff. (des zwölften Beitrags in der zweiten Abteilung).

⁴⁷ L. Mitteis, Römische Privatrecht I, 227.

⁴⁸ Aus der neueren Rechtsprechung: BGHZ 195, 174 (189) = BGH NJW 2013, 464 (468); NJW 2010, 2945 (2946); NJW 1990, 508 (509); OLG Celle FamRZ 2013, 53 (54). Aus der Literatur: Schmidt, JuS 2016, 72 (74); ders., JuS 2012, 72 (73); Hanloser, 23; Doerner, Abstraktheit, 160 ff.; Reuter, Die Qualifikation der Haftung des *falsus procurator* im internationalen Privatrecht; Bork, AT, § 34 Rn. 1602; HKK-BGB/Schmoeckel, §§ 164–181 Rn. 1, 30; MK-BGB/Schubert, § 179 Rn. 1; bei Flume, AT II, S. 945 heißt es im Sachregister „*falsus procurator* s. Vertretung ohne Vertretungsmacht“.

⁴⁹ Zum *procurator* im klassischen Recht Behrends, SZ 88 (1971), 215 ff.; Klinck, SZ 124 (2007), 25 ff.

⁵⁰ Finkenauer, Stipulation, 214; vgl. Kaser, RP I, § 62 V 2. *Procuratores* waren meistens Freigelassene – Düll, SZ 67 (1950), 162 (175); A. Berger, Encyclopedic dictionary, s. v. *procurator*, S. 654; Heumann/Seckel, Handlexikon, s. v. *Procurator*, S. 463 –, jedoch wurden in der späten Republik auch Prokuratoren aus gehobenen Ständen eingesetzt, etwa zur Geschäftsbesorgung im Interesse ihrer Freunde oder Standesgenossen. Auch in der Nachklassik konnte zwischen Prokuratoren in gehobener und unselbständiger Stellung unterschieden werden, Kaser, RP II, § 204 I 3.

⁵¹ Ulpian D. 3, 3, 1 pr.–1: „Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto

D. 46, 7, 3, 1–2⁵² führt er aus, dass als *procurator* nicht nur der allzuständige Vermögensverwalter, sondern auch derjenige anzusehen sei, der für seinen Geschäftsherrn nur ein einzelnes Geschäft besorge. Ähnliche Ausführungen finden sich auch bei Paulus in D. 12, 2, 17, 3⁵³ sowie in den Paulussentenzen⁵⁴. Bereits Neratius, so berichtet Ulpian in D. 21, 1, 25, 3, habe (in Bezug auf die in D. 21, 1, 1, 1 genannte Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Ersatz, wenn sich der wegen Rücktritts des Käufers zurückgegebene Sklave nach Verkauf und Übergabe verschlechtert hat) vertreten, dass *procurator* (im Sinne der Klageformel) auch sei, wem gerade das (einzelne) Geschäft übertragen wurde, infolgedessen der Sklave sich verschlechtert habe⁵⁵. In D. 3, 3,

scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscipit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit.“ (Ein Verwalter ist, wer fremde Geschäfte [einschließlich Prozeßvertretungen] im Auftrag eines Geschäftsherrn besorgt. Ein Verwalter kann für alle Geschäfte oder nur für ein einziges Geschäft und entweder in Gegenwart des Geschäftsherrn oder durch Boten oder schriftlich bestellt werden, obwohl einige Autoren, wie Pomponius im 24. Buch [zum Edikt] schreibt, nicht annehmen, daß einer, der nur für ein einziges Geschäft einen Auftrag übernimmt, Verwalter sei, so wie gewiss derjenige nicht Verwalter im eigentlichen Sinne genannt werde, der es übernommen hat, eine Sache, einen Brief oder eine Erklärung zu überbringen. Doch ist es zutreffender, daß auch derjenige Verwalter ist, der nur für ein einziges Geschäft bestellt wurde; Übersetzung nach *Huwiler*, in: *Corpus Iuris Civilis II*, S. 282). Zu dieser Stelle *Behrends*, SZ 88 (1971), 215 (291 f.); *Benöhr*, SZ 115 (1998), 115 (129); *Klinck*, SZ 124 (2004), 25 (29 f.).

⁵² Ulpian D. 46, 7, 3, 1–2: „Stipulationem iudicatum solvi et procurator et tutor et curator stipulari possunt. Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum mandatum susceperit sive etiam universorum bonorum. sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur.“ (Die Stipulation, dass dem Urteil Genüge geschehen solle, können sowohl ein Procurator, als ein Vormund und ein Curator [des Klägers] stipulieren. Unter dem Procurator müssen wir einen solchen verstehen, welchem es übertragen worden ist, möge er nun bloß wegen dieser Sache oder wegen des gesamten Vermögens einen Auftrag übernommen haben; Übersetzung nach *Schneider*, in: *Corpus Iuris Civilis IV*, S. 791). Zu dieser Stelle *Klinck*, SZ 124 (2004), 25 (30 f.).

⁵³ D. 12, 2, 17, 3: „Procurator quoque quod detulit ratum habendum est, scilicet si aut universorum bonorum administrationem sustinet aut si id ipsum nominatim mandatum sit aut si in rem suam procurator sit.“ (Auch wenn ein Verwalter den Eid zuschiebt, ist das für wirksam zu halten, allerdings unter der Voraussetzung, dass ihm die Verwaltung aller Geschäfte übertragen worden ist oder dass er ausdrücklich mit der Eideszuschreibung selbst beauftragt wurde oder dass er Prozeßvertreter in eigener Sache ist; Übersetzung nach *Seiler*, in: *Corpus Iuris Civilis III*, S. 78).

⁵⁴ PS 1, 3, 2: „Procurator aut ad litem aut ad omne negotium aut ad partem negotii aut ad res administrandas datur.“ (Ein Prokurator wird zur Führung eines Prozesses, eines Geschäfts oder dem Teil eines Geschäfts oder zur Verwaltung von Angelegenheiten bestellt).

⁵⁵ Ulpian D. 21, 1, 25, 3: „Procuratoris fit mentio in hac [siehe D. 21, 1, 1, 1] actione: sed Neratius procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet, sed cui universa negotia

1, 1 berichtet Ulpian zwar auch über eine von Pomponius überlieferte Lehrmeinung (*quidam*), die es ablehnte, den Spezialprokurator als *proprie procurator* einzuordnen. Die Juristen der spätklassischen Periode schienen diese alte Auffassung allerdings nicht mehr zu teilen⁵⁶. Nicht länger geteilt wurde zudem die Auffassung, dass es für die Einordnung des Handelnden als *procurator* eines Mandats bedarf. Nach Ulpian (D. 46, 7, 3, 2⁵⁷) genügte es vielmehr, wenn der Geschäftsherr das Geschäft des *procurator* später genehmigte⁵⁸. Nimmt man die vorstehenden Ausführungen zusammen, war nach klassischem römischem Recht Prokurator letztlich jeder, der die Angelegenheiten eines anderen besorgte, sofern nur der andere seine Zustimmung hierzu vor oder nach dem Geschäft erteilt hatte⁵⁹.

Klarer umrissen als der Ausdruck *procurator* – wenn auch ebenso wenig definiert – scheint in den Quellen der Ausdruck *nuntius* zu sein⁶⁰, der im geltenden Recht – spiegelbildlich zum *procurator* – mit dem Boten identifiziert wird⁶¹. Dass mit dem *nuntius* im Ausgangspunkt eine von dem *procurator* verschiedene Erscheinung beschrieben wird⁶², lässt sich namentlich an D. 3, 3, 1, 1 festmachen. Danach kann die Bestellung eines *procurator* näm-

aut id ipsum, propter quod deterius factum sit, mandatum est.“ (In dieser Klage wird der Verwalter genannt. Neraz sagt allerdings, unter Verwalter sei nicht jedweder Verwalter zu verstehen, sondern nur derjenige, dem die Führung sämtlicher Geschäfte oder gerade des Geschäftes übertragen worden ist, infolge dessen der Sklave verschlechtert worden ist; Übersetzung nach *Kupisch*, in: *Corpus Iuris Civilis IV*, S. 22).

⁵⁶ *Klinck*, SZ 124 (2007), 25 (29 f.); *Düll*, SZ 67 (1950), 162 (176).

⁵⁷ Siehe Fn. 52.

⁵⁸ *Klinck*, SZ 124 (2007), 25 (31). Siehe bereits Gaius 4, 84: „quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum.“ (Es gibt sogar Juristen, die der Ansicht sind, dass auch derjenige als Prozessbeauftragter gelte, dem es nicht aufgetragen worden sei, vorausgesetzt nur, dass er das Geschäft gutgläubig übernehme und durch Stipulation verspreche, dass der Prozessherr die Sache genehmigen werde; Übersetzung nach *Manthe*, *Institutiones*, S. 373 f.). Zur *cautio rem ratam haberi* und einer unmittelbaren Wirkung der Stipulation des Prokurators *Finkenauer*, *Stipulation*, 213, insbesondere 228 ff. Zum Verhältnis zwischen *mandatum* und *iussum* siehe *Wieling*, in: *Mandatum und Verwandtes* (1993), 235 ff.; *Heinemeyer*, in: *Hdb-RP I*, § 82 Rn. 71 f.

⁵⁹ Von einer präzisen Definition des Wortes *procurator* war man in der Klassik also noch entfernt, ebenso davon, den *procurator* als ein entscheidungsprägendes Institut anzusehen, dessen Voraussetzungen fest umrissen waren und aus dem sich präzise Rechtsfolgen ableiten ließen, *Klinck*, SZ 124 (2007), 25 (51 f.).

⁶⁰ Monografisch v. *Hachten/Lauterbach*, *Dissertatio Juridica De Nuncio*. Zum Briefboten (*tabellarius*) *Benöhr*, SZ 115 (1998), 115 (120 f. mit Fn. 43, 128 mit Fn. 100).

⁶¹ *Assmann*, 9: „dass, wenn wir im römischen Recht nach einer Analogie für unseren Boten suchen, wir diesen in dem ‚nuntius‘ finden.“

⁶² So *Düll*, SZ 67 (1950), 162 (177); *Assmann*, 6; vgl. *L. Mitteis*, *Römisches Privatrecht I*, 206 mit Fn. 7.

Sachregister

Von gegebenenfalls mehreren einschlägigen Seiten ist jeweils nur die erste angegeben.

Abstraktheit

- äußere, 200
- Durchbrechungen der, 200
- inhaltliche, innere, 200, 201, 213

actio utilis, 7

adjektivische Haftung, 5

Adoption, 77

Agentenerklärung, 124

Algorithmus, 143

alteri stipulari nemo potest, 4, 17

Analogie

- zum römischen Sklavenrecht, 123
- zum Stellvertretungsrecht, 127

Aufhebungsvertrag, 220, 227

Aufrechnungsvertrag, 182

Aufsichtsrat, 82

Ausschlagungssystem, 171

Befugnis, 160

Berichterstattungspflicht, 97

Bestimmungsrecht, 55, 207

Bevollmächtigung

- als einseitiges Rechtsgeschäft, 169
- als Vertrag, *siehe* Vollmachtsvertrag
- des Geschäftsunfähigen, 114
- Rechtsnatur der, 192

Bindungswirkung, 234

- der unverzichtbaren Vollmacht, 258
- der unwiderruflichen Vollmacht, 250
- schuldrechtliche, 235, 249

Botenmacht, 46, 191 in Fn. 103

- vertraglich begründete, 191

Botenschaft, 59

- durch Agentensysteme, 128 in Fn. 836

- Empfangs-, 101, 191

- Erklärungs-, 35, 50

Eigenschaft, 157

Empfängerhorizont, 43, 46, 60

Empfangsvertretung, 101

- durch Geschäftsunfähige, 119

Entscheidungsdelegation, 89

Entscheidungsspielraum, *siehe*

Ermessen

Entschließungsermessen, *siehe*

Ermessen

Erklärungsvertreter, 75

- im Arbeitsrecht, 82 in Fn. 549
- im bürgerlichen Recht, 76
- im Gesellschaftsrecht, 81

Ermächtigung, 164

Ermessen

- Entschließungs-, 59
- Inhalts-, 47
- Vertretungs-, 61, 258

Ersatzbevollmächtigung, 224

Expertensystem, 140

Fähigkeit, *siehe* Eigenschaft

falsus procurator, 8, *siehe auch*

Stellvertretung

Formenwahlfreiheit, 49

Genehmigungsvertrag, 218

Gesamtvertretung, 83

Geschäftseinheit, 211

Geschäftsführungsbefugnis, 86

Geschäftsherrntheorie, 31

Gestaltungsrecht, 150

Glossatoren, 13

Grundbuchvertreter, 187, 247

Grundgeschäft, 25, 186, 211, 242

Herrschaftsrecht, 151

- Inhaltsermessen, *siehe* Ermessen
 Innenvollmacht, 115, 213
 – ausgeübte, 231 mit Fn. 307
 Institutsmissbrauch, 238
- Kollision
 – bei Verfügungsgeschäften, 252
 – bei Verpflichtungsgeschäften, 255
 Kommentatoren, *siehe* Glossatoren
 Kompetenz, *siehe* Zuständigkeit
 Konkurrenz, *siehe* Kollision
 Kontinuität, 244
 Künstliche Intelligenz, 138
- Legitimation, 162
 Leistungsbestimmungsrecht, 55, 207
- mandatum ad hoc*, 38
 Maschinenlernen, 139
 Missbrauch der Vertretungsmacht, 201 in
 Fn. 152
- Naturrecht, 20
nuntius, 10
- Passivvertretung, *siehe* Empfangs-
 vertretung
 Privatautonomie, 169, 172
 – des Vertretenen, 72, 237
 – des Vertreters, 239
procurator, 8
 Projektion, 134 in Fn. 874
- Quittung, 108
- Rechtsbegriff, 165
 Rechtsgeschäft
 – abstraktes, 199
 – einseitiges, 110, 169
 – entgeltliches, 202
 – kausales, 199
 – nachteilhaftes, 204
 – neutrales, 179 in Fn. 14, 116 mit
 Fn. 758
 – unentgeltliches, 202
 – verfügungsähnliches, 198
 – vorteilhaftes, 204
 Rechtsmacht, 163
 Repräsentationstheorie, 32, 73, 104
- Selbstschutz, *siehe* Zurückweisungsrecht
 sonstiges Recht, 154
 Stellvertretung
 – bei einseitigen Rechtsgeschäften, 110
 – durch Geschäftsunfähige, 112
 – gesetzliche, *siehe* Vertretungsmacht
 – im Willen, 26, 36, 78, 87
 – in der Erklärung, 75
 – mit gebundener Marschrouten, 65
 – mittelbare, 4, 223
 – ohne Vertretungsmacht, 103
 subjektives Recht, 149
 System
 – automatisiertes, 143
 – autonomes, 143
- Teilrechtsfähigkeit, 126
- Unbestimmtheit, 53, 73
 Untervollmachtsvertrag, 222
- Verfügung, 192, *siehe auch* Kollision
 und Konkurrenz
 Verhandlungsvertretung, 95, 241 in
 Fn. 356
 Vertretungsermessen, *siehe* Ermessen
 Vertretungsmacht, 45, *siehe auch*
 Vollmacht
 – gesetzliche, 62, 159
 Vertretungssperre, 259
 Vertretungsverbot, 76 mit Fn. 500, 229
 Verzicht, 227
 – des gesetzlichen Vertreters, 62
 – faktischer, 227
 Vollmacht
 – durch Vertrag, *siehe* Vollmachten-
 vertrag
 – einseitig erteilte, *siehe* Bevollmächtigung
 – General-, 39 in Fn. 296, 205
 – Innen-, 213
 – isolierte, 243
 – postmortale, 245
 – Spezial-, 27
 – transmortale, 245
 – unverzichtbare, 234, 239, 243, 258
 – unwiderrufliche, 151, 155, 221, 237,
 240, 250
 – verdrängende, 250, 258

- Vollmachtsübertragung, 224
- Vollmachtsvertrag, 178, 186
 - mit beschränkt Geschäftsfähigen, 205
- Vollmachtsverzicht, *siehe* Verzicht
- Vorsorgevollmacht, 245
 - Verzicht auf die, 246 in Fn. 378
- Vorvertrag, 208

- Wahlrecht
 - bei der Vertreterhaftung, 210 mit Fn. 197
 - bei Verfügungsgeschäften, 254
 - scheinbares, 54
- Weisungen, 66

- Widerruf, 220
 - aus wichtigem Grund, 237
- Willenserklärung
 - abhanden gekommene, 60 in Fn. 413
 - automatisierte, 122
 - durch Schweigen, 215, 263
 - elektronisch übermittelte, 122
 - Tatbestand der, 60, 79

- Zessionslehre, 29
- Zugang
 - an den Geschäftsunfähigen, 119, 151
 - -svereitelung, 105 in Fn. 696
- Zurückweisungsrecht, 171, 226
- Zuständigkeit, 156, 196
- Zustellungsbevollmächtigter, 103