

## II. Historischer Überblick

### A. Einleitung

Ein Rechtsgebiet erschließt sich in seiner Vollständigkeit erst, wenn auch seine rechtshistorische Entwicklung einbezogen wird. Vor allem im Kernbereich des vor mehr als 200 Jahren entstandenen Zivilrechts lohnt sich ein Blick auf das damalige wissenschaftliche Umfeld. Dabei ist aufgrund des notwendigen Konnexes vorweg klarzustellen, dass eine Untersuchung zur nachträglichen Genehmigung vollmachtslos geschlossener Geschäfte zwangsläufig immer im Zusammenhang mit der direkten Stellvertretung und rechtsgeschäftlichen Vollmacht erfolgen muss.

Im Gegensatz zu anderen Bestimmungen des geltenden Rechts (vgl etwa die *actio publiciana* gemäß § 372 ABGB<sup>5)</sup> geht die direkte Stellvertretung nicht auf einen Rechtsgrundsatz des römischen Rechts zurück. Vielmehr war sie zur Zeit der Gesetzgebung des ABGB ein relativ junges und noch nicht vollständig durchdachtes Rechtsgebilde.<sup>6)</sup> Im nachfolgenden Kapitel soll daher dargestellt werden, warum die Einführung der direkten Stellvertretung über lange Zeit solche Probleme bereitete und wie es letztendlich gelang, sich vom römisch-rechtlichen Grundsatz des Verbots der Drittberechtigung und Drittverpflichtung zu lösen. Nach einem Überblick über die Entwicklung der unmittelbaren Stellvertretung während der Entstehungsgeschichte des ABGB sollen maßgebliche Entwicklungen in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, die zum heutigen Verständnis der unmittelbaren Stellvertretung einen erheblichen Beitrag leisteten, das Kapitel abrunden.

### B. Geschichtliche Entwicklung bis zum 18. Jahrhundert

#### 1. Römisches Recht

Dem römischen Recht war eine umfassende Möglichkeit der direkten Stellvertretung fremd. Vielmehr galt im Wesentlichen der Grundsatz „*alteri stipulari nemo potest*“, der weder eine direkte Drittberechtigung noch eine direkte Drittverpflichtung zuließ.<sup>7)</sup> Von diesem Prinzip gab es jedoch auch im

---

<sup>5)</sup> Zu ihrer rechtsgeschichtlichen Entwicklung *Apathy*, Die publizianische Klage 12 ff.

<sup>6)</sup> So dürfte *Zeiller* überhaupt als Erstes den Begriff „*Stellvertreter*“ verwendet haben, siehe *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> 310; *Müller*, Entwicklung 141; *Zeiller*, Kommentar III/1 283.

<sup>7)</sup> Vgl *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> 309; *Kaser*, Das römische Privatrecht I<sup>2</sup> 260; *Mitteis*, Stellvertretung 9; *Müller*, Entwicklung 14.

römischen Recht bereits mehrere Ausnahmen: So war es für Gewaltunterworfenen – etwa Hauskinder oder Sklaven – möglich, durch Rechtsgeschäfte unmittelbar Rechte für den Geschäftsherrn zu erwerben. Allerdings lag darin kein Fall der direkten Stellvertretung, da die Gewaltunterworfenen nicht in fremdem Namen handelten, sondern lediglich mangels Fähigkeit, eigenes Vermögen zu erwerben, meist direkt für den Geschäftsherrn erwarben.<sup>8)</sup>

Zusätzlich standen dem dritten Gläubiger in diesen Fällen die adjektivischen Klagen direkt gegen den Gewalthaber zu, sodass auch eine unmittelbare Drittverpflichtung in eingeschränkter Weise bereits möglich war. Von der echten direkten Stellvertretung, wie wir sie heute kennen, unterscheidet sich allerdings dieser Anspruch auch dadurch, dass die Haftung des Geschäftsherrn nicht an die Stelle der Haftung des Gewaltunterworfenen, sondern neben dessen eigene Haftung trat.<sup>9)</sup>

Neben dieser Konstruktion bediente man sich auch der mittelbaren Stellvertretung. Die nachträgliche Genehmigung fand sich lediglich im Zusammenhang mit der – dem römischen Recht durchaus bekannten – Verfügungsermächtigung („*iussum*“).<sup>10)</sup> So war es im römischen Recht möglich, gewisse Verfügungen durch Nichtberechtigte vornehmen zu lassen, wenn diese entweder im Vorhinein durch eine Ermächtigung oder im Nachhinein durch eine Genehmigung gedeckt waren.<sup>11)</sup> Handelt es sich auch bei dieser Genehmigung noch nicht um einen Akt, der mit der thematisierten Problemstellung verwandt ist, so ist dennoch anzumerken, dass sich die Begriffe „*ratihabitio*“ bzw. „*ratum habere*“, die von den Naturrechtlern für die nachträgliche Genehmigung vollmachtsloser Geschäfte verwendet wurden, bereits in den römischen Quellen fanden.<sup>12)</sup>

## 2. Zeitalter der Glossatoren und Kommentatoren

Aufgrund der Übernahme des justinianischen *Corpus Iuris Civilis* und dessen Grundsatz „*alteri stipulari nemo potest*“ durch die Glossatoren stand man auch zu Beginn des 12. Jahrhunderts der Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen direkten Stellvertretung grundsätzlich ablehnend gegenüber.<sup>13)</sup> Trotz dieses engen Festhaltens am römischen Recht waren die Glossatoren und Kommentatoren bemüht, sich über Umwege vom strikten Verbot der unmittelbaren Drittberechtigung und -verpflichtung zu lösen. Diese Konstruktionen sahen etwa so aus, dass dem Dritten unter bestimmten Voraussetzungen – nämlich

<sup>8)</sup> Kaser, Das römische Privatrecht I<sup>2</sup> 261 f; Müller, Entwicklung 20; Schilken in Staudinger, BGB (2014) Vorbem §§ 164ff Rz 3 ff.

<sup>9)</sup> Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht<sup>20</sup> Rz 11.8; Müller, Entwicklung 21.

<sup>10)</sup> Wieling in Nörr/Nishimura, Mandatum und Verwandtes 236.

<sup>11)</sup> Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht<sup>20</sup> Rz 11.15.

<sup>12)</sup> Wacke, SZ Rom Abt 121, 344.

<sup>13)</sup> Müller, Entwicklung 29 ff; Schilken in Staudinger, BGB (2014) Vorbem §§ 164ff Rz 6; siehe ausführlich zur Behandlung des Grundsatzes „*alteri stipulari nemo potest*“ Wesenberg in FS Schulz II 259 ff.

immer dann, wenn der Vertreter aus bestimmten Gründen unfähig war, die *actio directa* abzutreten – eine *actio utilis* gewährt oder in anderen Fällen der Vertreter als Bote („*nuntius*“) behandelt wurde.<sup>14)</sup>

Schließlich vertrat *Martinus Gosia* als einer der vier Bologneser Doktoren unter Berufung auf Billigkeitserwägungen („*aequitas*“) die zu dieser Zeit durchaus gewagte These, dass dem Dritten generell aus einem Vertrag eine *actio utilis* zukommen sollte, wenn dieser Vertrag auf ihn konzipiert war. Da er sich damit zu weit von den römischen Quellen entfernte, stieß er bei den anderen Glossatoren und Kommentatoren auf Widerstand, sodass seine Ansicht zwar seinerzeit eine Mindermeinung darstellte, für die weitere Entwicklung der direkten Stellvertretung (und des Vertrages zu Gunsten Dritter) aber durch die erstmalige Loslösung von den schwerfälligen Behelfen des römischen Rechts einen großen Schritt bedeutete.<sup>15)</sup>

### 3. Naturrecht

Trotz vereinzelter Vorstöße zur Zeit der Glossatoren und Kommentatoren sowie zu Beginn des *Usus Modernus Pandectarum* fand die maßgebende Zäsur in der Entwicklung einer direkten Stellvertretung erst in der Epoche des Natur- und Vernunftrechts statt.<sup>16)</sup> Nunmehr wollte man sich von der grundsätzlichen Bindung an die römischen Quellen lösen und die Gültigkeit von Rechtsprinzipien lediglich daran messen, ob sie im Einklang mit der allgemeinen Rechtsvernunft standen, was den Bruch mit dem römischrechtlichen Grundsatz „*alteri stipulari nemo potest*“ letztlich möglich machte.<sup>17)</sup>

Den ersten Ansatz einer direkten Stellvertretung, wie wir sie im heutigen ABGB kennen, machte *Hugo Grotius* in seinem 1625 veröffentlichten naturrechtlichen Standardwerk „*De Iure belli ac pacis*“:<sup>18)</sup> „*Ist das Versprechen auf die Person dessen gestellt, der die Sache erhalten soll, so kommt es darauf an, ob der Annehmende einen besonderen Auftrag oder einen Auftrag von so allgemeiner Art erhalten hat, dass diese Annahme als darin enthalten anzusehen ist. [...] Es wird [...] durch solche Annahme der Vertrag vollkommen, da die Einwilligung durch einen Diener erklärt oder angedeutet werden kann. Denn es wird so*

<sup>14)</sup> Müller, Entwicklung 33 ff.

<sup>15)</sup> Müller, Entwicklung 44 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (2014) Vorbem §§ 164 ff Rz 6; *Wesenberg* in *FS Schulz* II 265. Der Einfluss der Auffassungen *Martinus Gosias* wird etwa dadurch sichtbar, dass sie nicht selten durch neuere Gesetze (insbesondere in den oberitalienischen Statutarrechten) bestätigt wurden; siehe dazu *Savigny*, Geschichte des Römischen Rechts IV 128 ff.

<sup>16)</sup> Müller, Entwicklung 123 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (2014) Vorbem §§ 164 ff Rz 8.

<sup>17)</sup> *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> 16 f, 309; Müller, Entwicklung 123 f; *Müller-Freienfels* in *Coing/Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts II 147; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte<sup>2</sup> 275 f.

<sup>18)</sup> „Vom Recht des Krieges und des Friedens“, zitiert nach der deutschen Übersetzung von *Schätzel* (1950).

angesehen, als ob ich gewollt hätte, was ich in dessen Willen gestellt habe, sobald jener auch gewollt hat.“<sup>19)</sup> Zwar spricht Grotius an dieser Stelle lediglich die Möglichkeit der Drittberechtigung an, doch wird an anderer Stelle deutlich, dass er auch die Drittverpflichtung für möglich hielt, wenn ein Auftrag erteilt wurde: „Man kann sich auch durch einen anderen verpflichten, wenn feststeht, dass man ihn gerade hierzu insbesondere oder allgemein bestellt hat.“<sup>20)</sup>

Damit kam Grotius der direkten Stellvertretung bereits sehr nahe, wobei er zwar zwischen Vertrag zu Gunsten Dritter und Stellvertretung, nicht aber zwischen Auftrag und Vertretungsmacht differenzierte.<sup>21)</sup> Ausdrücklich erwähnt Grotius auch die Rechtsfolgen bei Nichtvorliegen bzw. Überschreitung der Vollmacht. Die Folge sei ein Schwebezustand, währenddessen der Versprechende nicht zurücktreten kann, bis der, an den das Versprechen gerichtet ist (also der Vertretene), es genehmigt oder missbilligt hat.<sup>22)</sup> Die Ähnlichkeit dieser Rechtsgrundsätze mit den Bestimmungen des ABGB über die direkte Stellvertretung ist augenfällig und ergibt sich daraus, dass die Ideen Grotius' von zahlreichen weiteren Autoren des Vernunftrechts übernommen und weiterentwickelt wurden und damit letztlich auch Azzoni, Horten, Martini und Zeiller bei ihren Arbeiten zur Verfassung des ABGB maßgeblich beeinflussten.<sup>23)</sup>

## C. Vorentwürfe zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch

### 1. Codex Thesianus<sup>24)</sup>

Der Codex Thesianus führt als Entwurf einer naturrechtlichen Kodifikation die Lehren Grotius' im Bereich des Stellvertretungsrechts fort und kennt somit auch die Möglichkeit des Vertragsabschlusses durch Dritte. Diese wird im dritten Teil unter den Titeln „Vom Befehlscontract“ bzw. „Von denen für andere contrahirenden Personen“ sehr ausführlich geregelt. Der Befehlscontract des Codex Thesianus war als zweiseitiger, grundsätzlich formfreier Vertrag<sup>25)</sup> ausgestaltet, sodass weiterhin keine Unterscheidung zwischen Außen- und Innenverhältnis erfolgte, sondern die Bevollmächtigung stets mit einem Auftrag einherging.<sup>26)</sup> Typischerweise sollte ein Befehlscontract unentgeltlich über-

<sup>19)</sup> Grotius, De Iure belli ac pacis II 11 § 18.

<sup>20)</sup> Grotius, De Iure belli ac pacis II 11 § 12.

<sup>21)</sup> Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> 310; Müller, Entwicklung 131; Schilken in Staudinger, BGB (2014) Vorbem §§ 164ff Rz 8.

<sup>22)</sup> Grotius, De Iure belli ac pacis II 11 § 18.

<sup>23)</sup> Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte<sup>7</sup> 310; Müller, Entwicklung 141ff; Wesenberg/Wesener, Privatrechtsgeschichte<sup>4</sup> 148.

<sup>24)</sup> Die folgenden Bestimmungen werden nach Harrasowsky, Codex Thesianus III zitiert.

<sup>25)</sup> Codex Thesianus III 15 Nr 23: „Vollmachten können entweder mündlich oder schriftlich ertheilt werden [...]“.

<sup>26)</sup> Vgl dazu etwa Codex Thesianus III 15 Nr 2: „Dieser Contract kommt [...] durch bloße Einwilligung beider Theilen zu Stand [...], sobald als der Eine dem Anderen etwas anstatt seiner, und in seinem Namen zu verrichten aufträgt oder befiehlt, und dieser

nommen werden, wobei die „Wesenheit des Contracts“ auch durch die „Vereinbarung einer Belohnung, Verehrung oder Vergeltung zur Dankbarkeit“ nicht geändert werden sollte.<sup>27)</sup> Aus dem Auftrag fremder Geschäfte sollte ein „dreifaches Band der Verbindlichkeit“ entstehen: Eines zwischen dem Auftragenden und dem Befehlshaber, ein weiteres zwischen dem Befehlshaber und dem Vertragspartner und das dritte Band zwischen dem Befehlsgeber und dem Dritten, sodass klar festgelegt war, dass eine gültige Bevollmächtigung (und anschließenden Vertragsschluss durch den Beauftragten) ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen Vertretenem und Vertragspartner begründete.<sup>28)</sup>

Die Überschreitung des Befehls wurde im Codex Theresianus ebenfalls in sehr detaillierter Weise beschrieben: Eine Vollmachtsüberschreitung lag lediglich dann vor, „wann die darinnen vorgeschriebene Maß nicht beobachtet wird, und dem Befehlenden hieraus ein Nachtheil entstehet“. Aber auch eine unbeschränkte Vollmacht konnte „überschritten“ werden, „wann der Befehlshaber entweder in dessen Verrichtung etwas verabsaumet, oder Widriges unternimmt, was zum Schaden und Nachtheil des Befehlsgebers gereicht“.<sup>29)</sup> Zu beachten ist hier, dass beide Bestimmungen im Bereich des Schadenersatzanspruches des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer angesiedelt sind, wodurch sich der Zweck dieser beiden Passagen erklärt: Lediglich wenn ein Schaden vorliegt, kann der Geschäftsherr Schadenersatz fordern, und selbst bei unbeschränkter Vollmacht kann der Auftragnehmer natürlich schadenersatzpflichtig werden, wenn er sich nicht pflichtgemäß verhält.

Den Bevollmächtigten traf aber nach dem Codex Theresianus auch eine weitergehende Haftung: Wenn er sich nämlich fälschlich für einen Befehlshaber ausgegeben und den Dritten dadurch im Namen eines Anderen zum Vertragsschluss mit ihm verleitet hatte, ohne dass dieser Vertrag im Anschluss genehmigt wurde, so wurde der Stellvertreter verpflichtet, den Vertrag aus seinem Vermögen zu erfüllen.<sup>30)</sup>

Die nachträgliche Genehmigung, die im Codex Theresianus durchgehend als „Gutheißung“ bezeichnet wurde, fand zusätzlich an mehreren Stellen Erwähnung: Der Befehlsgeber war etwa dem Bevollmächtigten nicht zum Aufwändersatz schuldig, „wann er nicht etwa die Überschreitung entweder ausdrücklich oder stillschweigend gutgeheißten hätte, als da er eine von dem Befehlshaber über den bestimmten Preis theurer erkaufte Sache wissentlich ohne Widerrede annähme, welchen Falls er auch das ganze Kaufgeld, was dieser dafür

---

[...] zu verrichten verspricht [...] und heißet Auftrag, wann ihn der Andere übernommen, ein Befehl, Gewalt und Vollmacht.“; siehe auch Codex Theresianus III 15 Nr 42, wo von den „Verbindlichkeiten des Befehlshabers und Befehlsgebers gegeneinander“ gesprochen wird.

<sup>27)</sup> Vgl Codex Theresianus III 15 Nr 3f, wurde ein Entgelt vereinbart, so handelte es sich nicht um einen Befehls-, sondern um einen Dingungscontract.

<sup>28)</sup> Codex Theresianus III 18 Nr 29ff.

<sup>29)</sup> Codex Theresianus III 15 Nr 48.

<sup>30)</sup> Codex Theresianus III 18 Nr 43f.

ausgeleget, ihme wieder zu erstatten hat.“<sup>31)</sup> Damit fand sich schon im Codex Theresianus die Möglichkeit der konkludenten Genehmigung bzw erinnert die wissentliche Annahme einer Kaufsache ohne Widerrede an die Möglichkeit der Genehmigung durch Vorteilszuwendung gemäß § 1016 ABGB.<sup>32)</sup> Hinsichtlich der Wirkung der „Guttheißung“ beschränkte sich der Codex Theresianus darauf, dass „zukünftige Handlungen [...] befohlen, vergangene aber gutgeheißen [werden], obschon sowohl der vorhergegangene Befehl, als die nachfolgende Guttheißung einerlei Wirkung haben und Denjenigen, in dessen Namen das Geschäft vollzohen worden, in gleicher Maß verbinden.“<sup>33)</sup> Die Wirkungen von Vollmachtserteilung und nachträglicher Genehmigung sollten also dieselben sein.

## 2. Entwurf Horten<sup>34)</sup>

Der Entwurf Horten aus 1776 orientierte sich über weite Strecken am Codex Theresianus, wobei eine eindeutige Straffung des Textes zu bemerken ist. Die unmittelbare Stellvertretung wurde nunmehr unter den Titeln „Vom Bevollmächtigungscontracte“ bzw „Von den bei Contracten vorkommenden Nebenpersonen“ geregelt. Abgesehen von der Bezeichnung des Vertrages sind allerdings im Vergleich zum Codex Theresianus inhaltlich so gut wie keine Änderungen zu bemerken: Der Bevollmächtigungsvertrag im Entwurf Horten war ebenfalls ein „unentgeltlicher“,<sup>35)</sup> formfreier Vertrag, der zur Gültigkeit der Zustimmung des Bevollmächtigten bedurfte.<sup>36)</sup> Gleichermaßen wurde die Überschreitung der Vollmacht nur dann angenommen, wenn dem Geschäftsherrn ein Schaden entstand, ein Nutzen entging oder die bei der Vollmacht gehegte Absicht verfehlt wurde.<sup>37)</sup>

Die Genehmigung des vollmachtslos geschlossenen Geschäftes wurde auch im Entwurf Horten als „Guttheißung“ bezeichnet und sollte im Wesentlichen die gleichen Rechtsfolgen wie die anfängliche Vollmachtserteilung nach sich ziehen.<sup>38)</sup>

<sup>31)</sup> Codex Theresianus III 15 Nr 82; siehe außerdem die ähnliche Bestimmung in Codex Theresianus III 18 Nr 63.

<sup>32)</sup> So auch Gruber in FS Eccher, 436; ausführlich zur Genehmigung durch Vorteilszuwendung siehe Punkt V.

<sup>33)</sup> Codex Theresianus III 15 Nr 36.

<sup>34)</sup> Die folgenden Bestimmungen werden nach Harrasowsky, Codex Theresianus IV zitiert.

<sup>35)</sup> Die Vereinbarung einer Belohnung stand – wie im Codex Theresianus (siehe FN 27) – der Unentgeltlichkeit nicht entgegen; Horten III 16 § 2.

<sup>36)</sup> Horten III 16 §§ 1, 12f.

<sup>37)</sup> Horten III 16 § 22.

<sup>38)</sup> Vgl Horten III 16 § 4: „Nur zukünftige Geschäfte können durch den Bevollmächtigungscontract aufgetragen werden. Wenn es vergangene Handlungen betrifft, und Jemand Dasjenige, was ein Anderer anstatt seiner verrichtet hat, hernach begnehmiget, so ist es eine Guttheißung; doch hat die nachgefolgte Guttheißung eben die Wirkung, als wenn die gutgeheiße That Demjenigen, der selbe verrichtet hat, schon vorher aufgetragen gewesen wäre.“

### 3. Entwurf Martini<sup>39)</sup>

Während der Entwurf Horten die Stellvertretung bereits unter dem auch im ABGB gewählten Titel „Bevollmächtigungsvertrag“ regelte, findet man im Entwurf Martini die zentralen Bestimmungen zur Vollmacht im vierten Hauptstück des dritten Teils „Von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen“. Beim Empfehlungsvertrag handelte es sich um das Versprechen, fremde Geschäfte unentgeltlich zu besorgen, das – wie auch in den oben dargestellten Entwürfen – als grundsätzlich formloser zweiseitiger Vertrag von dem anderen auch angenommen werden musste.<sup>40)</sup> Der Umfang der Bestimmungen erfuhr ein weiteres Mal eine erhebliche Kürzung, sodass nunmehr sowohl die Beziehungen zwischen Gewalthaber und Gewaltgeber als auch die entstehenden Verbindlichkeiten des Gewaltgebers und eines Dritten nach Vertragsschluss durch den Vertreter unter einem Titel zusammengefasst wurden.<sup>41)</sup>

Eine Möglichkeit, vollmachtslos geschlossene Geschäfte durch Genehmigung zu sanieren, fehlt im Entwurf Martini. Lediglich im Zuge des Erlöschens der Vollmacht wird die Haftung des falsus procurator erwähnt: *„Wenn die Vollmacht durch den Widerruf, oder durch den Tod des Machtgebers aufgehoben wird, sollen die mit einem Dritten, dem diese Aufhebung unbekannt war, geschlossenen Verträge gleichwohl verbindlich sein. Hat der Gewalthaber diese Umstände verschwiegen, so liegt auch die Verantwortung ihm allein ob.“*<sup>42)</sup> Damit wurde abermals festgeschrieben, dass der Scheinvertreter dem Dritten auf den Erfüllungsschaden haftet. Dass eine Regelung zur nachträglichen Genehmigung in diesem Entwurf erstmals gänzlich fehlte, ist wohl auf die erneute Straffung des Normenbereiches zurückzuführen.

### 4. Fazit

Die Untersuchung der Entwürfe zum ABGB hat gezeigt, dass es sich bei der unmittelbaren Stellvertretung auch zur Zeit der Kodifikation des ABGB um ein noch unausgereiftes Rechtsgebiet handelte. Dies wird insbesondere an den verschiedenen Bezeichnungen für den „Bevollmächtigungsvertrag“ und an der noch nicht vorhandenen Unterscheidung zwischen Außen- und Innenverhältnis deutlich. Aus diesem Grund beschränken sich auch die Bestimmungen hinsichtlich der Rechtsfolgen von vollmachtslosem Handeln, der Möglichkeit nachträglicher Genehmigung bzw deren Rechtswirkungen auf das Ausfüh-

<sup>39)</sup> Die folgenden Bestimmungen werden nach *Harrasowsky, Codex Theresianus V* zitiert.

<sup>40)</sup> Martini III 4 § 1 ff; man beachte aber den Hinweis in Martini III 14 § 5, dass die Vollmacht auch gegen Entgelt durch einen Dingungsvertrag gegeben und übernommen werden kann.

<sup>41)</sup> Vgl etwa Martini III 4 § 15: So *„kann auch der Gewalthaber für den Machtgeber nach Ausweisung der Vollmacht Rechte erwerben, oder ihm gewisse Verbindlichkeiten auflegen.“*

<sup>42)</sup> Martini III 4 § 23.

zungsgeschäft auf nur wenige Zeilen. Auch im ABGB sind diese Unzulänglichkeiten zum Teil weiter vorhanden, wie die weitere Untersuchung zeigen wird.

#### D. Die unmittelbare Stellvertretung im ABGB 1811

Der Entwurf Martini wurde als Urentwurf des österreichischen ABGB als Ausgangspunkt der neuen Kodifikation zugrunde gelegt, weshalb man die oben dargestellte Terminologie und Systematik auch in diesem wieder erkennt:<sup>43)</sup> So wurde die direkte Stellvertretung im Urentwurf noch unter der Überschrift „*Von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen*“ geregelt.<sup>44)</sup> Diesen Punkt betraf sogleich der erste Einwand *Zeillers*, dass der Terminus Empfehlungsvertrag besser als „*Vollmachtsvertrag*“ bezeichnet werden sollte. Man einigte sich schließlich auf die auch heute noch verwendete Bezeichnung „*Bevollmächtigungsvertrag*“.<sup>45)</sup> Auch inhaltlich wollte man den Bevollmächtigungsvertrag von dem Hinterlegungsvertrag richtigerweise schärfer abgrenzen, weshalb der Hinterlegungsvertrag an anderer Stelle geregelt werden sollte, und der Bevollmächtigungsvertrag als ein Vertrag, „*wodurch Jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Nahmen, des Anderen zu besorgen übernimmt*“, definiert wurde.<sup>46)</sup>

Darüber hinaus erfuhr das Stellvertretungsrecht zahlreiche Neuerungen im Vergleich zum Entwurf Martini: So wurde etwa die Unentgeltlichkeit als entscheidendes Charakteristikum des Bevollmächtigungsvertrages aufgehoben. Nunmehr differenzierte man ganz einfach zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Bevollmächtigungsverträgen, je nachdem, ob eine Belohnung bedungen wurde oder nicht.<sup>47)</sup> Zusätzlich wurde weiters die Unterscheidung zwischen einer Gattungs- bzw Einzelvollmacht eingeführt und die teilweise sehr kasuistische Regelungsweise, die noch im Entwurf Martini zu erkennen war, erheblich gestrafft.<sup>48)</sup>

Wie oben bereits erwähnt, fehlte im Entwurf Martini allerdings eine Norm hinsichtlich der Genehmigungsmöglichkeit des Geschäftsherrn, sollte der Vertreter seine Vertretungsbefugnis überschreiten oder gänzlich ohne Vollmacht handeln.<sup>49)</sup> *Zeiller* schlug daher in der ersten Lesung die Einführung einer neuen Norm mit folgendem Inhalt vor: „*Überschreitet der Gewalthaber*

<sup>43)</sup> Ausführlich zum Entstehungsprozess des ABGB *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte 163 ff.

<sup>44)</sup> *Ofner*, Protokolle I, XCIX.

<sup>45)</sup> *Ofner*, Protokolle II 44.

<sup>46)</sup> Vgl § 1002 ABGB, in welchem diese Definition im Wesentlichen gleichlautend übernommen wurde; lediglich die Wortfolge „*zu besorgen*“ wurde auf „*zur Besorgung*“ abgeändert; *Ofner*, Protokolle II 44.

<sup>47)</sup> *Ofner*, Protokolle II 45; vgl § 1004 ABGB.

<sup>48)</sup> Zur Einführung der Differenzierungsnotwendigkeit zwischen Gattungs- und Einzelvollmacht siehe *Ofner*, Protokolle II 48f, 409f; zur Straffung vgl etwa *Ofner*, Protokolle II 52.

<sup>49)</sup> Siehe dazu Punkt II. C.3.



die Grenzen seiner Vollmacht, so ist der Gewaltgeber nur in so weit verbunden, als er das Geschäft begnähmiget, oder den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil sich zuwendet.“ Die Kommission war mit dieser Bestimmung einverstanden, und es wurde beschlossen, diese Norm im Bereich der Rechte und Verbindlichkeiten, welche dem Gewaltgeber durch die Handlungen des Gewalthabers erwachsen und überhaupt von den Wirkungen der Bevollmächtigung im allgemeinen die Rede ist, anzusiedeln.<sup>50)</sup> Die Möglichkeit der Genehmigung durch Zuwendung des Vorteils wurde wohl in Anlehnung an das ALR übernommen. Dieses kannte nämlich eine ähnliche – wenn auch ausführlichere – Regelung: „Wenn also der Machtgeber weiß, dass der Bevollmächtigte die Grenzen seines Auftrags überschritten habe, und sich dennoch den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil zueignet; oder die aus der eigenmächtigten Handlung des Bevollmächtigten folgenden Leistungen übernimmt: so wird dieses einer ausdrücklichen Genehmigung gleich geachtet.“<sup>51)</sup>

Darin erschöpft sich aber bereits die Auseinandersetzung der Kommission mit den Rechtsfolgen der Vollmachtsüberschreitung bzw der anschließenden nachträglichen Genehmigung für das konkrete Rechtsgeschäft.<sup>52)</sup> Wie und ob sich etwa der Dritte von diesem unliebsamen Schwebezustand lösen könnte, hat der historische Gesetzgeber offensichtlich nicht bedacht.<sup>53)</sup> Darüber hinaus unterscheidet auch das ABGB weiterhin nicht zwischen Bevollmächtigung einerseits und Auftrag andererseits, sondern vermengt beides miteinander.<sup>54)</sup> Dennoch sind bei Zeiller bereits Ansätze des Abstraktionsprinzips zu erkennen, wenn er in seinem Kommentar ausführlich die Funktion der Offenlegung und damit zusammenhängend die Unterschiede zwischen „öffentlicher Vollmacht“ und „geheimer Vollmacht“ (bloß internen Beschränkungen) beschreibt.<sup>55)</sup>

Es bleibt also festzuhalten, dass auch das ABGB 1811 ein noch nicht vollständig durchdachtes Konzept der unmittelbaren Stellvertretung enthält und insbesondere eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen der Vollmachtsüberschreitung fehlt. Zeiller gebührt jedoch jedenfalls der nicht unwesentliche Verdienst, die Janusköpfigkeit der Bevollmächtigung aufgezeigt und damit den Ansatzpunkt für weitere wissenschaftliche Erkenntnisse geliefert zu haben.<sup>56)</sup>

<sup>50)</sup> Ofner, Protokolle II 52.

<sup>51)</sup> ALR I 13 § 144; siehe ausführlich zur Genehmigung durch Vorteilszuwendung unter Punkt V.

<sup>52)</sup> Ausführlicher diskutiert wurden aufgrund des immer noch angenommenen inneren Zusammenhangs eines Auftrags mit der Bevollmächtigung mögliche Schaden- bzw Aufwandsersatzansprüche, vgl etwa Ofner, Protokolle II 49 f.

<sup>53)</sup> Zur Lösung dieser Frage durch analoge Anwendung des § 865 S 3 ABGB siehe unter Punkt III.B.2.

<sup>54)</sup> So regelt etwa § 1002 ABGB offenbar Auftrag und Vollmacht zusammen, §§ 1003, 1014 ABGB nur Auftrag, § 1008 ABGB hingegen nur Vollmacht; vgl Schubert in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1002 Rz 1.

<sup>55)</sup> Zeiller, Kommentar III/1 294 ff; dazu auch Müller, Entwicklung 141 ff.

<sup>56)</sup> So auch Müller, Entwicklung 141 ff.

## E. Die weitere Entwicklung im 19. Jahrhundert

Im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts versuchten – insbesondere deutsche – Rechtswissenschaftler, ein allgemeines Konzept der unmittelbaren Stellvertretung zu entwickeln. Deren Erkenntnisse waren auch für das österreichische Verständnis der direkten Stellvertretung von zentraler Bedeutung und sollen daher im Folgenden dargestellt werden.

### 1. Dogmatische Theorien zum Wesen der Stellvertretung

Während etwa *Mühlenbruch* und *Puchta* in der sogenannten „*Zessions-theorie*“ daran festhielten, dass trotz Handelns in fremdem Namen die Rechtswirkungen in jedem Fall zuerst beim Vertreter eintreten sollten, versuchte später *Savigny* in seinen beiden umfassenden Werken (einerseits „*System des heutigen Römischen Rechts*“ und andererseits „*Das Obligationenrecht*“) unter anderem, die unmittelbare Drittberechtigung bzw. -verpflichtung dogmatisch zu begründen.<sup>57)</sup> *Savignys* Ansatz gründete auf der sogenannten „*Geschäftsherrentheorie*“, die den Prinzipal als den zentralen Akteur betrachtete, während der Stellvertreter als bloßer Träger eines fremden Willens eher die Rechtsstellung eines Boten einnahm. Die Auffassung *Savignys* umschiffte aber das eigentliche Charakteristikum der direkten Stellvertretung, nämlich den Abschluss des Geschäftes durch einen Vertreter anstatt eines Prinzipals.<sup>58)</sup> Demgegenüber versuchte die etwa von *Buchka* und *Windscheid* vertretene „*Repräsentations-theorie*“ – der auch der Gesetzgeber des deutschen BGB gefolgt ist<sup>59)</sup> – die unmittelbare Stellvertretung so zu begründen, dass der rechtsgeschäftliche Wille zwar vom Stellvertreter gebildet wird, die Rechtsfolgen aber letztlich nur beim Geschäftsherren eintreten.<sup>60)</sup> *Mitteis* stand schließlich der Einseitigkeit der zuvor genannten Theorien kritisch gegenüber und begründete in seiner Monographie die sogenannte „*Vermittlungstheorie*“, nach der Vertreter und Vertre-

<sup>57)</sup> Zur Zessionstheorie *Mühlenbruch*, Cession<sup>3</sup> 4 ff; *Puchta*, Pandekten 285 ff; dagegen *Mitteis*, Stellvertretung 84 ff; *Müller-Freienfels* in *Coing/Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts II 152 f.

<sup>58)</sup> *Savigny*, System III 90; *derselbe*, Das Obligationenrecht II 19; vgl auch *Müller-Freienfels* in *Coing/Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts II 155; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (2014) Vorbem §§ 164 ff Rz 11; *Windscheid*, Pandekten I<sup>9</sup> 352 f. Ausführlich begründet *Mitteis* die Unzulänglichkeiten der Geschäftsherrentheorie insbesondere in Zusammenhang mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht, bei der sich nämlich nicht erklären ließe, wie es zu einer einstweiligen Bindung des Dritten komme, wenn man das Handeln des Stellvertreters als „juristisches Nichts“ bezeichnen würde (siehe *Mitteis*, Stellvertretung 89 ff, 97).

<sup>59)</sup> So etwa *Flume*, Rechtsgeschäft<sup>4</sup> 752 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (2014) Vorbem §§ 164 ff Rz 15; siehe aber *Beuthien* in FS Medicus 1 ff, der für das BGB die Repräsentationstheorie ablehnt und auf die Geschäftsherrentheorie zurückgreift.

<sup>60)</sup> *Buchka*, Lehre von der Stellvertretung 206 f; *Windscheid*, Pandekten I<sup>9</sup> 353; vgl mit weiteren Nachweisen *Mitteis*, Stellvertretung 97 ff; *Schilken* in *Staudinger*, BGB (2014) Vorbem §§ 164 ff Rz 11.