

Christoph SCHMETTERER, Halle an der Saale

Vom mandatum zum Bevollmächtigungsvertrag

From mandate to the contract of authorization

The contract of authorization in the Austrian civil code (ABGB) is based on the mandatum of Roman law, but differs from it in two crucial points: First, the ancient mandatum was a necessarily gratuitous transaction. Within a contract of authorization, on the other hand, the parties can either agree on a remuneration for the representative or not. Second, the ancient mandatum was a form of indirect agency, while the power of attorney contract can lead to direct agency. This article examines how these two differences evolved in the drafting of the Austrian civil code.

Keywords: ABGB – agency – Codex Theresianus – contract of authorization – Entwurf Horten – Entwurf Martini – mandatum

Einleitung

Der Bevollmächtigungsvertrag des ABGB beruht auf dem römischrechtlichen mandatum, unterscheidet sich davon aber in zwei entscheidenden Punkten: Erstens war das mandatum in der Antike ein an sich unentgeltlicher Vertrag.¹ Der Bevollmächtigungsvertrag kann hingegen sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich sein. Zweitens war das antike mandatum eine Form der mittel-

baren Stellvertretung,² während der Bevollmächtigungsvertrag zur direkten Stellvertretung führen kann. Im Folgenden soll nachgezeichnet werden, wie sich diese beiden Unterschiede entwickelten.

I. Terminologie

Der Codex Theresianus (CTher)³ nannte das Mandat⁴ „Befehlscontract“⁵ im Entwurf Horten⁶

¹ D 17, 1, 1, 3. „Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.“; dazu KASER, Römisches Privatrecht I, 577, zur Aufgabe des Kriteriums der Unentgeltlichkeit ebd. II, 416; mit einem neuen Ansatz zur (Un-)Entgeltlichkeit des Mandats: FINKENAUER, Entgeltliches Mandat.

² Erst in der Spätclassik ließ zunächst Papinian durch die actio quasi institoria (D 3, 5, 30 pr; D 14, 3, 19 pr; D 17, 1, 10, 5) eine unmittelbare Drittverpflichtung aufgrund eines mandatum zu, was Ulpian ergänzte, indem er auch eine unmittelbare Drittberechtigung aufgrund eines mandatum zuließ (D 19, 1, 13, 25), dazu: BENKE, Papinians actio; KRELLER, formula; RABEL, Ruhmesblatt; SIMSHÄUSER, Papinians Beitrag; WACKE, Adjektivische Klagen.

³ Der CTher ist ediert bei HARRASOWSKY, Codex Theresianus 1–3; eine digitale Version ist zugänglich unter:

<http://dx.doi.org/10.1553/BRGOE2023-1s81>

<http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CodexTheresianus.htm>; zur Entstehung des ABGB generell: NESCHWARA, Karl Anton Martini; DERS., Einleitung; HARRASOWSKY, Geschichte der Codification; zur Entwicklung des Bevollmächtigungsvertrags die historischen Einleitungen in: BAUMGARTNER, TORGLER, in: FENYVES, KERSCHNER, VONKILCH, §§ 1002–1034; SCHEY, Obligationsverhältnisse I/3, 421–428.

⁴ Im Folgenden wird die Bezeichnung Mandat als allgemeiner Begriff für alle Entwürfe und das ABGB verwendet.

⁵ II, Kap. XV.

⁶ Der Entwurf Horten ist ediert bei HARRASOWSKY, Codex Theresianus 4; eine digitale Version ist zugänglich unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Entwurf-Horten-gesamt-ohneEinleitung.htm>

wurde es als „Bevollmächtigungsvertrag“⁷ bezeichnet und im Entwurf Martini⁸ als „Empfehlungsvertrag“.⁹ Das ABGB kehrte wieder zur Bezeichnung des Entwurfs Horten zurück, ersetzte das Fremdwort Kontrakt aber durch den deutschen Begriff, sodass das Mandat nun „Bevollmächtigungsvertrag“ genannt wurde.¹⁰

Es war typisch für den weitschweifigen Stil des CTher, dass es für die Parteien des Mandats¹¹ nicht nur jeweils eine Bezeichnung gab, sondern mehrere alternative: „Befehls-, Macht- oder Gewaltgeber“ einerseits und „Befehlshaber, Gewaltträger, Bevollmächtigter oder Besteller, und bei gerichtlichen Handlungen [...] Anwalt“ andererseits.¹²

Bei diesen mehrfachen Bezeichnungen für die Parteien des Mandats blieb es auch im Entwurf Horten, wobei die Bezeichnungen nur teilweise jenen des CTher entsprachen. Der Mandant wurde als Gewaltgeber oder Bevollmächtigter bezeichnet, der Mandatar als Bevollmächtigter, Besteller oder Anwalt, wenn es um gerichtliche Handlungen ging.¹³

Auch im Entwurf Martini (und damit im Westgalizischen Gesetzbuch) gab es immer noch mehrere alternative Bezeichnungen für die Parteien des Mandats: Empfehler oder Machtgeber für

den Mandanten, und Gewalthaber, Sachwalter oder Anwalt für den Mandatar.¹⁴ Im weiteren Gesetzestext wurden vor allem die Bezeichnungen Machtgeber und Gewalthaber verwendet.

Im ABGB schließlich gibt es anders als in den Entwürfen davor keinen Paragraphen, in dem Bezeichnungen für die Parteien des Mandats festgelegt wurden. Das Gesetz verwendet in der Regel die Begriffe Gewaltgeber und Gewalthaber,¹⁵ die nicht definiert, sondern vorausgesetzt werden.¹⁶ Ganz konsequent ist die Terminologie des ABGB aber nicht. Punktuell wird der Mandatar auch als Bevollmächtigter bezeichnet;¹⁷ die §§ 1020 und 1021 verwenden die Begriffe Machtgeber statt Gewaltgeber, und § 1024 Machtgeber und Mandatar, ohne dass das einen inhaltlichen Unterschied bedeuten würde.

Der Bezeichnung Stellvertreter findet sich im ABGB im Zusammenhang mit dem Bevollmächtigungsvertrag nur ein einziges Mal in § 1010, wobei hier gerade nicht der Mandatar gemeint ist, sondern dessen Substitut.¹⁸ Zeiller selbst verwendete aber die Bezeichnung Stellvertreter auch für den Mandatar,¹⁹ und soll damit überhaupt der Erste gewesen sein.²⁰

⁷ III, 16.

⁸ Der Entwurf Martini ist ediert bei HARRASOWSKY, Codex Theresianus 5; eine digitale Version ist zugänglich unter: <https://www.koeblergerhard.de/Fontes/EntwurfMartini.htm>

⁹ III, 4.

¹⁰ 22. Hauptstück; Zeiller hatte zunächst „Vollmachtsvertrag“ vorgeschlagen, dann wurde aber „um den Begriff des Vertrages, von welchem hier gehandelt wird, noch deutlicher darzustellen“ die Bezeichnung „Bevollmächtigungsvertrag“ beschlossen (OFNER, Ur-Entwurf II, 44).

¹¹ Im Folgenden werden Mandant und Mandatar als allgemeine Bezeichnungen verwendet.

¹² III, Kap. XV, Nr. 17.

¹³ III, 16, § 1.

¹⁴ III, 4, § 4.

¹⁵ Erstmals in § 1005; diese Bezeichnungen gehen auf Joseph v. Sonnenfels zurück (OFNER, Ur-Entwurf II, 45).

¹⁶ Im Revisionsentwurf war noch folgender zweiter Satz des späteren § 1005 vorgesehen gewesen: „Wer einem andern sein Geschäft aufträgt, wird Gewaltgeber, der es annimmt, Bevollmächtigter oder Gewalthaber genannt.“ (OFNER, Ur-Entwurf II, 44).

¹⁷ § 1011.

¹⁸ „Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Noth einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich; so verantwortet er nur ein bey der Auswahl der Person begangenes Verschulden.“ Diese Formulierung geht auf Joseph v. Pratobevera zurück, der bei der Superrevision vorschlug, „Afteranwalt“ durch „Stellvertreter“ zu ersetzen (OFNER, Ur-Entwurf II, 565).

¹⁹ ZEILLER, Commentar III/1, § 1009 Rz. 5.

²⁰ MÜLLER, Stellvertretung 141.

II. (Un)entgeltlichkeit

Im CTher wurde der Konsensualvertrag²¹ des Mandats in III, Kap. XV, Nr. 1 wie folgt definiert: „Der Befehlscontract ist eine gutwillige Vereinigung, wodurch Jemand ein ihm von dem Anderen aufgetragenes Geschäft umsonst auszurichten auf sich nimmt.“ Gegenstand des Mandats war also die „Ausrichtung“ eines fremden Geschäfts. Ob der Machthaber dieses fremde Geschäft in direkter oder in indirekter Stellvertretung ausführte, war nicht vorgegeben – beides war möglich.

Hingegen war nach dem CTher die Unentgeltlichkeit („umsonst“) ein Wesensmerkmal des Mandats. Das war der wesentliche Unterschied zum Dienstvertrag (im CTher Dingungsvertrag genannt).²² Allerdings wurde die Unentgeltlichkeit in den Folgebestimmungen eingeschränkt: Nachträgliche Zahlungen des Machtgebers an den Machthaber änderten nichts an der Einordnung eines Vertrags als Mandat. Der Machtgeber konnte auch schon im Vorhinein eine (freiwillige) Zahlung an den Machthaber leisten, und bestimmte Machthaber konnten sogar schon im Vorhinein eine Zahlung vom Machtgeber verlangen. Konkret waren das Personengruppen, die ihren Lebensunterhalt damit verdienten, dass sie

für andere tätig waren (sei es durch Stellvertretung oder auch nicht). Der Entwurf nannte in demonstrativer Aufzählung: Anwälte, Notare, Unterhändler.²³ Diese Personengruppen durften zwar im Vorhinein Belohnungen verlangen, sie durften sie aber nicht zu Bedingung ihrer Tätigkeit machen.²⁴

Diese Regelung war deshalb nötig, weil der (immer entgeltliche) Dienstvertrag nur körperliche Arbeiten, aber keine geistigen Tätigkeiten umfasste. III, Kap. XII, Nr. 35 besagte nämlich: „Jene Arbeiten und Verrichtungen hingegen, welche durch die Kräften des Verstandes und Witzes, und nicht durch körperliche Wirksamkeit ausgeübt werden, können wegen ihrer Würde und Erhabenheit über andere Handarbeiten keine eigentliche Schätzung annehmen, folglich auch keinen Gegenstand deren Dingungsverträgen abgeben, sondern die darüber eingegangene Verbindlichkeit besteht nur in der Gestalt eines unbenannten Vertrags oder Befehlscontracts, und jenes, was dafür zu geben bedungen worden, heißt zum Unterschied eines Hand- oder Liedlohns eigends eine Besoldung, Bestallung, Verehrung oder Vergeltung; von dieser Art sind die Verrichtungen deren zu der Rechtspflege bestellten Personen, wie nicht minder eines Lehrers, Anwalts, Arztes u. dgl.“

²¹ III, Kap. XV, Nr. 2: „Dieser Contract kommt nicht weniger, als alle vorherbeschriebene durch bloße Einwilligung beider Theilen zu Stand [...]“.

²² III, Kap. XV, Nr. 3: „Es ist dahero diese Handlung ihrer Natur nach an sich ganz ohnentgeltlich, wodurch dieselbe sich von einem Dingungsvertrag unterscheidet, worinnen für die Verrichtung fremder Geschäften ein Lohn bedungen wird, wohingegen in dem Befehlscontract die Ausrichtung des aufgetragenen Geschäfts umsonst und ohnentgeltlich übernommen werden muß.“ Der Dienstvertrag war, der römischen *locatio conductio* folgend zusammen mit den Bestandverträgen und dem Werkvertrag in III, Kap. XII geregelt; zur *locatio conductio* nur: KASER, Römisches Privatrecht I, 562–572 und II, 400–409.

²³ Die Unterhändler waren in III, Kap. XVIII, Nr. 1–18 geregelt; III, Kap. VIII, Nr. 2 definierte sie wie folgt: „Vor Schließung des Contracts werden zum öfteren

Unterhändler gebraucht, welche dessen Zustandbringung vermitteln und befördern, und denen Contractanten zu Erleichterung des Geschäfts an die Hand gehen.“ und III, Kap. VIII, Nr. 5 nannte „Mäkler, Zubringer, Unterkäufer, Sensalen“ als Beispiele für Unterhändler.

²⁴ III, Kap. XV, Nr. 4: „Die Wesenheit des Contracts wird aber andurch nicht geändert, wann gleich nach vollbrachter Ausrichtung eine Belohnung, Verehrung oder Vergeltung zur Dankbarkeit abgereicht, oder auch gleich Anfangs etwas dafür zu geben versprochen, oder endlich ohne vorherigen Beding von jenen Personen, die von Betreibung einer gewissen Gattung Geschäften ihren Unterhalt suchen, als da sind die Rechtsfreunde, Notarien, Unterhändler u. dgl., etwas für ihre Bemühung geforderet wird.“

Die Entgeltlichkeit war also als (vermeintliches) Unterscheidungsmerkmal zwischen Befehls- und „Dingungscontract“ aus der römischrechtlichen Unterscheidung von *mandatum* und *locatio conductio* übernommen worden. Tatsächlich war aber das entscheidende Unterscheidungsmerkmal die Art der vereinbarten Tätigkeit. Ein Vertrag über körperliche Arbeiten war ein „Dingungscontract“, einer über „höhere“ Tätigkeiten hingegen ein „Befehlscontract“. Der „Dingungscontract“ war zwar tatsächlich immer entgeltlich, der „Befehlscontract“ hingegen nicht in jedem Fall unentgeltlich, weil jede „höhere“ Tätigkeit notwendiger Weise kein „Dingungscontract“ sein konnte. Wenn es also für geistige Arbeiten ein Honorar geben sollte, musste es die Möglichkeit eines Entgelts auch für „Befehlscontracte“ geben.

Die Definition des Mandats im Entwurf Horten unterschied sich inhaltlich nicht von jener des CTher: „Wenn Jemand einem Andern ein Geschäft anstatt seiner und in seinem Namen zu verrichten aufträgt, und dieser die Verrichtung des Geschäfts in des Andern Namen auf sich nimmt, so ist es ein Bevollmächtigungscontract. [...]“²⁵

Auch nach dem Entwurf Horten war das Mandat sowohl ein Konsensualvertrag²⁶ als auch unentgeltlich. III, 16, § 2, 1. Halbsatz besagte: „Die Besorgung des fremden Geschäfts muß ohnentgeltlich übernommen werden, widrigens, wo ein

Lohn dafür bedungen worden, ist es ein Dingungscontract“.

Wie schon im CTher wurde hier die Entgeltlichkeit als Abgrenzungskriterium zwischen Mandat und Dienstvertrag herangezogen, aber schon im zweiten Halbsatz von III, 16, § 2 wurde dieses Kriterium aufgeweicht: „doch wird die Wesenheit des Contracts nicht geändert, wenn nach vollbrachtem Geschäfte Demjenigen, der dasselbe vollbracht hat, eine Belohnung, Verehrung, Vergeltung zur Dankbarkeit abgereicht wird.“

Das tatsächlich entscheidende Abgrenzungskriterium ergab sich aus III, 16, § 3, der besagte: „So soll auch der Auftrag und die Uebernahme solcher Geschäfte, die nicht sowohl durch körperliche Arbeit, als durch die Kräfte des Verstandes und Geistes vollbracht werden, allezeit für einen Bevollmächtigungscontract gehalten werden, wenn schon gleich Anfangs für deren Verrichtung eine bestimmte Belohnung ausbedungen worden; nicht minder sollen jene Personen, die von der Besorgung einer gewissen Gattung derlei Geschäfte ihren Unterhalt suchen, auch befugt sein, wenn schon keine Belohnung ausbedungen worden, dennoch für ihre Bemühung eine Vergeltung zu fordern.“

Entscheidend war also auch hier, welche Tätigkeiten vereinbart wurden. Rein geistige Tätigkeiten konnten nicht Gegenstand eines Dienstvertrags,²⁷ sondern nur eines Mandats sein, und

²⁵ III, 16, § 1.

²⁶ Das ergab sich einerseits aus dem Kapitel „Von Verträgen und den daraus entstehenden Verbindungen überhaupt“ (III, 1), in dem festgelegt wurde, dass Verträge grundsätzlich durch Konsens geschlossen werden konnten (III, 1, § 8: „An der Einwilligung des einen Theils ist es nicht genug, sondern auch der andere Theil muß einwilligen“). Andererseits implizierte auch die Formulierung des III, 16, § 1, dass der „Bevollmächtigungscontract“ schon durch den Konsens, durch „Auftrag“ und „Auf sich nehmen“ (= annehmen) zustande kam. Wenn einzelne Verträge nicht schon durch den Konsens zustande kamen, sondern als Realverträge erst durch die Sachübergabe, war das

in den Kapiteln über diese Verträge ausdrücklich festgelegt (III, 4, § 3 bzgl. des Darlehens; III, 5, § 1 bzgl. der Leihe; III, 6, § 1 bezüglich der Hinterlegung).

²⁷ Das ergab sich auch aus der Abgrenzung des „Dingungscontracts“ in III, 12, § 94: „Unter die Dienste und Arbeiten, die um Geld geschätzt werden mögen, sollen jene Verrichtungen, welche nicht durch körperliche Wirksamkeit, sondern durch die Kräfte des Verstandes und Geistes ausgeübt werden, nicht gehören, und wenn über die Leistung derlei Dienste ein Contract geschlossen worden, so soll er nicht für einen Dingungscontract, noch die dafür bedungene Vergeltung für einen Liedlohn gehalten, sondern beides nach den im sechszehnten Capitel enthaltenen Regeln beurtheilt werden.“

zwar unabhängig davon, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wurden.

Der Entwurf Martini definierte den Empfehlungsvertrag in III, 5, § 1 wie folgt: „Unentgeltliche Dienstleistungen finden vorzüglich statt, wenn Jemand die Besorgung fremder Geschäfte sich angelegen sein läßt, [...]“.²⁸ Hat nun Einer diese Mühewaltung versprochen, und der Andere das Versprechen angenommen, so ist [...] ein Empfehlungsvertrag [...] vorhanden.“

Aus dem zweiten Satz dieser Definition ergab sich, dass der Empfehlungsvertrag auch im Entwurf Martini ein Konsensualvertrag war. Aus dem ersten Satz ergab sich, dass er unentgeltlich war. Allerdings beschäftigte sich III, 4, § 3 gleich mit der Möglichkeit, dass die Geschäftsbesorgung doch entgeltlich geschah, und besagte: „Wird für die Besorgung fremder Geschäfte eine Vergeltung auch nur stillschweigend bedungen, welches aus dem Stande und Berufe Desjenigen, welcher sich diesen Geschäften unterziehet, erhellen muß, [...] alsdann zielen diese Verträge auf keine bloße Dienstfertigkeit ab, sie gehören vielmehr zu den Tauschhandlungen.“

Im Entwurf Martini wurden mit Tauschhandlungen oder Tauschgeschäften synallagmatische Verträge bezeichnet.²⁹ In diesem Sinn war der Dienst- oder Dingungsvertrag – anders als das Mandat – jedenfalls eine Tauschhandlung.³⁰ Im Hauptstück über den Dingungsvertrag wurde daher festgelegt, dass dessen Bestimmungen auch auf die entgeltliche Verrichtung „höherer“ Tätigkeiten anzuwenden sein sollten. III, 8, § 26

besagte: „Was von Dienstleuten und Werkmeistern oder Arbeitern überhaupt festgesetzt worden ist, läßt sich auf Rechtsfreunde, Leib- und Wundärzte, Factoren, Provisoren und andere Personen anwenden, welche sich für ihre Bemühung einen Gehalt, eine Bestallung oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausgedungen haben.“

Allerdings enthielt der Entwurf Martini nur im Zusammenhang mit dem Empfehlungsvertrag Regelungen über die Geschäftsbesorgung, im Zusammenhang mit dem Dienstvertrag aber nicht. Sie war aber ein wesentlicher Aspekt „höherer“ Tätigkeiten, etwa bei Anwälten („Rechtsfreunden“) oder Verwaltern („Factoren“). Daher enthielt III, 8, § 27 des Entwurfs Martini folgende Regelung:

„Es ereignet sich zuweilen, daß bei dem Dingungs- und Verdingungsverträge auch andere Verträge zusammentreffen, so kann z.B. [...] ein besonderes Geschäft zugleich aufgetragen [...] werden; in allen diesen und dergleichen Fällen, sind die jedem besondern Geschäfte angemessenen gesetzlichen Vorschriften zu beobachten, auch die darüber vorfallenden Rechnungen zu führen und abzulegen.“

Entgeltliche Verträge über „höhere“ Tätigkeiten, die auch die Geschäftsbesorgung für den Dienstherrn bzw. Auftraggeber umfassten, waren somit Mischverträge aus Dingungsvertrag und Empfehlungsvertrag.

Im ABGB wird der Bevollmächtigungsvertrag in § 1002 folgendermaßen definiert: „Der Vertrag,

²⁸ Der zweite Halbsatz bezog sich auf die Verwahrung „oder aber fremde Sachen in seine Verwahrung nimmt“.

²⁹ III, 5, § 1. „Bei einem jeden Verträge, der unter einer Tauschhandlung begriffen wird, müssen entweder Sachen mit Sachen, oder Handlungen mit Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen und umgekehrt vergolten werden. § 2. Nach Verschiedenheit dessen, was wechselseitig gegeben, gethan oder aber unterlassen werden soll, führen auch diejenigen zweiseitig verbindlichen Verträge, welche im Handel und Wandel am öftesten vorkommen, noch ihre besonderen Benennungen.“

³⁰ § 3. „Zu den Tauschgeschäften im weiteren Verstande gehören nicht nur das Kaufen und Verkaufen, sondern auch das Miethen, Pachten und Dingen, ferner das zinsbare Anleihen, endlich die Lehens-, Erbzinns-, Gesellschafts- und Glücksverträge. Es giebt aber noch einen Tauschvertrag in engster Bedeutung, welcher von den jetzt genannten Vertragsarten unterschieden ist, und seine besonderen Eigenschaften hat.“

wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Nahmen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag.“ Dieser Vertrag ist auch nach dem ABGB ein Konsensualvertrag, was sich allerdings nicht aus dem 22. Hauptstück (über den Bevollmächtigungsvertrag) ergibt, sondern aus dem 17. (von Verträgen überhaupt).³¹

Der Wortlaut dieser Definition des Bevollmächtigungsvertrags im ABGB unterscheidet sich zwar etwas von dem der Vorentwürfe, brachte aber keine inhaltliche Änderung. Eine deutliche Änderung brachte aber die folgende Ergänzung der Definition in § 1004: „Wird für die Besorgung eines fremden Geschäftes entweder ausdrücklich, oder nach dem Stande des Geschäftsträgers auch nur stillschweigend eine Belohnung bedungen; so gehört der Vertrag zu den entgeltlichen, außer dem aber zu den unentgeltlichen.“

Im ABGB wurde also die Unentgeltlichkeit als Wesensmerkmal des Mandats endgültig aufgegeben, nachdem dieses Kriterium in den Vorentwürfen zwar aus römischrechtlicher Tradition genannt, aber gleichzeitig nicht konsequent angewendet worden war. Inhaltlich änderte sich daher wenig, weil Mandatare auch schon vorher ein Entgelt verlangen konnten, aber die Regelungen wurden nun deutlich konsistenter. Bisher war allerdings die Entgeltlichkeit des Mandats

als Ausnahme von der Regel konstruiert gewesen, während entgeltlicher und unentgeltlicher Bevollmächtigungsvertrag im ABGB zwei gleichwertige Alternativen sind. Von der traditionellen Unentgeltlichkeit des Mandats blieb nur die Zweifelsregel, dass Bevollmächtigungsverträge unentgeltlich sind, wenn nichts anderes vereinbart ist.³²

Gemäß § 1163 ABGB (Stammfassung, 26. Hauptstück über den Dienstvertrag)³³ waren für entgeltliche Mandate auch die Bestimmungen über Dienstverträge anzuwenden (wie es schon der Entwurf Martini vorgesehen hatte): „Die hier aufgestellten Vorschriften gelten auch von Rechtsfreunden, Aerzten und Wundärzten, Factoren, Provisoren, Künstlern, Lieferanten und anderen Personen, welche sich für ihre Bemühungen einen Gehalt, eine Bestallung, oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen haben, in so fern hierüber keine besondern Vorschriften bestehen.“³⁴

Zeiller erklärte dazu in seinem Kommentar: „Den Nahmen abgerechnet, ist das Rechtsverhältniß dieser Personen mit jenen, denen sie ihre Bemühungen widmen, von dem aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Lohnvertrage entspringenden Rechtsverhältnisse wenig verschieden, folglich nach ähnlichen Vorschriften zu beurteilen.“³⁵

³¹ Aus § 861 („Wer sich erklärt, daß er jemanden sein Recht übertragen, daß heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande.“) ergab sich, dass Verträge grundsätzlich durch Konsens zustande kamen. Bei jenen Vertragstypen, die Realverträge waren, war das Erfordernis der Übergabe für das Zustandekommen des Vertrags in der jeweiligen Definition ausdrücklich genannt (§ 957 zur Verwahrung; § 971 zur Leihe; § 983 zum Darlehen).

³² Dienst- und Werkverträge waren in der Stammfassung hingegen notwendigerweise entgeltlich. Das ergab sich schon aus der Überschrift des 26. Hauptstücks

(„Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen“) und § 1152 („So bald jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellt; so wird auch angenommen, daß er in einen angemessenen Lohn eingewilliget habe. Ist der Lohn weder durch die Verabredung, noch durch ein Gesetz festgesetzt; so bestimmt ihn der Richter.“).

³³ In § 1151 wurde der Dienstvertrag als Lohnvertrag bezeichnet.

³⁴ § 1163 der Stammfassung wurde 1916 durch die dritte Teilnovelle ersatzlos gestrichen; seither enthält § 1163 eine Regelung über das Dienstzeugnis bei Beendigung des Dienstvertrags (RGrBl. 69/1916, § 150).

³⁵ ZEILLER, Commentar III/1, § 1163 Rz. 2.

Seine Einschätzung, dass entgeltlicher Bevollmächtigungsvertrag und Dienstvertrag sehr ähnlich waren, bezog sich freilich nur auf das Innenverhältnis. Schon dass es überhaupt ein Außenverhältnis gab, ist eine Besonderheit des Bevollmächtigungsvertrags, denn dieser ist im ABGB die einzige Grundlage für eine gewillkürte unmittelbare Stellvertretung.

Daher ordnet § 1027 an, dass die Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag auch auf jene Dienstnehmer anzuwenden sind, die ihren Dienstgeber vertreten können: „Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Vorschriften haben auch ihre Anwendung auf die Eigenthümer einer Handlung, eines Schiffes, Kaufladens oder andern Gewerbes, welche die Verwaltung einem Factor, Schiffer, Ladendiener oder anderen Geschäftsträgern anvertrauen.“

III. (Un)mittelbare Stellvertretung

1. Die Zulassung der unmittelbaren Stellvertretung im Vernunftrechts

Im antiken römischen Recht wurden die unmittelbare Berechtigung und die unmittelbare Verpflichtung von Dritten durch Handeln anderer gewaltfreier Personen unterschiedlich behandelt. Die unmittelbare Drittverpflichtung war auch durch Gewaltfreie in bestimmten Konstellationen (im Rahmen der *actio exercitoria* und der *actio*

*institoria*³⁶) möglich, die unmittelbare Drittverpflichtung hingegen grundsätzlich unzulässig („*alteri stipulari nemo potest*“) und nur in punktuellen Ausnahmefällen möglich.³⁷

Vor diesem Hintergrund war eine unmittelbare Stellvertretung im modernen Sinn sowohl im antiken als auch im rezipierten römischen Recht ausgeschlossen, auch wenn schon in der Spätklassik zunehmend Ausnahmen vom Verbot der Drittberechtigung zugelassen wurden, und die Ausnahmen seit der mittelalterlichen Legistik erweitert und nicht eingeschränkt wurden. Trotzdem wurde das Verbot als solches aufrechterhalten.³⁸

Das änderte sich erst mit Hugo Grotius,³⁹ der die Drittberechtigung generell zuließ, wenn sie entweder auf einem Mandat zwischen Berechtigtem und Vertreter beruhte oder der Berechtigte das Geschäft, das ein anderer in seinem Namen geschlossen hatte, nachträglich genehmigte. Auch die unmittelbare Drittverpflichtung ließ Grotius unter diesen Voraussetzungen generell zu.

Grotius parallelisierte die Voraussetzungen für die unmittelbare Drittverpflichtung und die unmittelbare Drittberechtigung, indem er für beide darauf abstellte, dass sie von einem Mandat gedeckt waren (bzw. durch eine nachträgliche Genehmigung).⁴⁰ Erst durch diese Parallelisierung wurden Drittberechtigung und Drittverpflichtung zu zwei Seiten einer Medaille, die später gewillkürte Stellvertretung genannt wurde. Außerdem wurden Drittberechtigung und Drittverpflichtung erst durch Grotius mögliche Wirkungen jedes Mandats. Damit hatte ein Mandat nicht

³⁶ Zu den *actiones exercitoriae et institoriae*: CLAUS, Direkte Stellvertretung insbesondere 64–84; KASER, Römisches Privatrecht I, 260–266, 605–609 und II, 99–107; WACKE, Adjektivische Klagen.

³⁷ HALLEBEEK, *Ius quaesitum tertio*.

³⁸ Einzelne Juristen, die das *alteri-stipulari*-Verbot ablehnten, hatten zwar durchaus Einfluss auf die Praxis, konnten sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion aber nicht durchsetzen. Das gilt sowohl für den Glossator Martinus Gosia als auch für den Humanisten Hotomanus. Zu Martinus Gosia generell: LANGE, Rö-

misches Recht im Mittelalter I, 170–177; zu seiner Ablehnung: MÜLLER, Stellvertretung 44–54; zu Hotomanus: MÜLLER, Stellvertretung 96f.

³⁹ Zu Grotius und seiner Vertragslehre generell: KOWALSKI, Vertragsverständnis; zu seiner Stellvertretungskonzeption: DONDORP, HALLEBEEK, Grotius' Doctrine; LANDWEHR, Vertrauensschutz; MÜLLER, Stellvertretung 124–132; ZIMMERMANN, Law of Obligations 43.

⁴⁰ GROTIUS, *De jure belli ac pacis* II. Buch, Kapitel XI, XII und XVIII.

mehr grundsätzlich nur Innenwirkung wie im römischen Recht, sondern jedes Mandat konnte auch Außenwirkung entfalten, wenn es dem Geschäftspartner, mit dem der Mandatar kontrahierte, bekannt war (in moderner Terminologie also offengelegt war).

Da Grotius vom Willen der Beteiligten ausging, war die Offenlegung für die Außenwirkung des Mandats entscheidend, denn der Dritte konnte einen Willen auf unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Dritten nur insoweit bilden, als er wusste, dass der Auftragnehmer für einen anderen handelte. Nicht offengelegte Vereinbarungen im Innenverhältnis hatten daher keine Wirkung für das Außenverhältnis. Grotius unterschied hier zwischen offengelegtem Mandat und geheimer Instruktion, wobei nur ersteres Außenwirkung entfaltete, zweite aber nicht.⁴¹

Die große Bedeutung von Grotius' neuer Konzeption der Stellvertretung liegt nicht zuletzt darin, dass er sich damit durchsetzen konnte.⁴² Seine Überlegungen wurden von den deutschsprachigen Vernunftrechtlern, insbesondere Samuel Pufendorf rezipiert,⁴³ und auch in die vernunftrechtlichen Kodifikationen des 18. und frühen 19. Jahrhunderts übernommen.⁴⁴

2. Die systematische Einordnung

Die dogmatische Konstruktion des Zusammenhangs von Stellvertretung und Mandat folgte

vom CTher bis zum ABGB Grotius' Konzeption. Sie war daher in den einzelnen Entwürfen und Gesetzen nicht grundlegend unterschiedlich. Regelungsort und Terminologie waren in den einzelnen Entwürfen aber durchaus verschiedenen. Im CTher fanden sich Regelungen mit Bezug zur gewillkürten Stellvertretung im Wesentlichen an vier Stellen: In III, Kap. I („Von Verbindungen insgemein“) § IV („Von Verbindung aus der Handlung eines Anderen“) war der Grundsatz normiert, dass die direkte Stellvertretung möglich war. Die Wirkungen der direkten Stellvertretung waren in III Kap. XVIII Art. 2 („Von denen für andere contrahierenden Personen“) geregelt, wobei sich diese Regelungen ausschließlich auf das Außenverhältnis bezogen. Das Innenverhältnis konnte ein Befehlskontrakt sein, der in III, Kap. XV geregelt war, oder ein Dingungsvertrag gemäß III, Kap. XII.⁴⁵

Der Entwurf Horten behielt diese Einteilung bei. In III, 1 („Von Verträgen und den daraus entstehenden Verbindungen überhaupt“) war festgelegt, dass eine direkte Stellvertretung möglich war. In III, 19 („Von den bei Contracten vorkommenden Nebenpersonen“) waren die Wirkungen der Stellvertretung im Außenverhältnis geregelt, in Teil III, 16 das Mandat („Vom Bevollmächtigungscontracte“) und in Teil III, 12 der Dienst-

⁴¹ GROTIUS, *De jure belli ac pacis* II. Buch, Kapitel XI, XII: „quia hi distincti sunt actus volendi. Unus quo nos abligamus ratum habituros quidquid ille in tali negotiorum genere fecerit; alter, quo illum nobis abligamus ut non agat nisi ex praescripto, sibi non aliis cognito. – Weil hier sind zwei Willenserklärungen zu unterscheiden; die eine, dass wir alles genehmigen wollen, was jener in diesem Geschäft Getane gemacht hat; die andere, durch die wir ihn verpflichten, dass er nicht anders als vorgeschrieben handeln darf, die ihm, aber dem anderen nicht bekannt ist.“

⁴² Das unterscheidet Grotius von früheren Juristen, die das alteri-stipulari-Verbot zwar ablehnten, sich damit aber nicht durchsetzen konnten; siehe dazu oben Fn. 32.

⁴³ Zu Pufendorfs Konzeption der Stellvertretung: MÜLLER, *Stellvertretung* 132–138.

⁴⁴ Generell zur Stellvertretung in den vernunftrechtlichen Kodifikationen: LANDWEHR, *Vertrauensschutz*.

⁴⁵ BAUMGARTNER, *Abstraktheit* 686 sieht darin eine Andeutung der Abstraktheit der Vollmacht; meines Erachtens geht aus dieser legislativen Anordnung lediglich hervor, dass Innen- und Außenverhältnis nicht ident sind, aber nicht, dass es eine Außenwirkung ohne den Rechtsgrund einer Vereinbarung im Innenverhältnis geben kann; er meint (ebd. 688f.) auch, dass das Abstraktionsdogma schon auf Hugo Grotius zurückgeht; auch diesbezüglich unterscheidet er meines Erachtens nicht ausreichend zwischen der Trennung von Innen- und Außenverhältnis einerseits und der Abstraktheit der Vertretungsbefugnis andererseits.

vertrag („Von Mieth-, Pacht-, Bestand- oder Dingungsvertrage“) als Grundlagen des Innenverhältnisses.

Im Entwurf Martini wurde diese Einteilung modifiziert. Auch in diesem Entwurf gab es ein eigenes Hauptstück (das erste des dritten Teils) „Von Verträgen überhaupt“. Im Gegensatz zu den beiden früheren Entwürfen war dort aber nicht mehr ausdrücklich festgehalten, dass die direkte Stellvertretung möglich war. Diese grundsätzliche Regelung war in III, 4 („Von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen“) enthalten. In diesem Hauptstück waren – wie sich schon aus dessen Namen ergibt – Mandat und Verwahrung geregelt.

Im Gegensatz zum CTher und dem Entwurf Horten war in diesem Hauptstück aber nicht nur das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien des Mandats geregelt. Auch das auf dem Mandat beruhende Außenverhältnis gegenüber einem Dritten war im 4. Hauptstück geregelt. Im Entwurf Martini gab es zwar ein eigenes Hauptstück (III, 14) „Von Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen und auf Nebengebühren“. Für das Außenverhältnis, das sich aus einem Mandat ergab, enthielt dieses 14. Hauptstück aber keine eigenen Regelungen, sondern verwies lediglich auf das 4. Hauptstück über den Empfehlungsvertrag.⁴⁶ Dieser Verweis war deshalb nötig, weil auch im Entwurf Martini die Stellvertretung im Außenverhältnis sowohl auf einem Empfehlungsvertrag als auch auf einem Dingungsvertrag (geregelt in III, 8) beruhen konnte. Durch den Verweis konnten die Regelungen zum Außenverhältnis im Rahmen des Mandats auch auf Fälle gewillkürter Stellvertretung angewendet werden, die nicht auf einem Mandat beruhten.

Somit unterschied sich der Entwurf Martini in der Regelungsstruktur in dreifacher Hinsicht von den beiden früheren Entwürfen: Erstens war die

Möglichkeit der direkten Stellvertretung nicht mehr im Abschnitt über Verträge im Allgemeinen enthalten, sondern im Hauptstück über das Mandat; zweitens fasste der Entwurf Martini Mandat und Verwahrung in einem Hauptstück zusammen, und drittens waren die Regelungen über Innen- und Außenwirkung des Empfehlungsvertrags nicht mehr auf verschiedene Abschnitte aufgeteilt, sondern im selben Hauptstück enthalten.

Das ABGB übernahm zwei dieser Punkte. Nicht übernommen wurde im ABGB die Zusammenfassung von Mandat und Hinterlegung in einem Hauptstück. Diese beiden Vertragstypen wurden wieder in eigenen Hauptstücken geregelt; die Verwahrung im 19. („Von dem Verwahrungsvertrage“) und das Mandat im 22. („Von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung“).⁴⁷ Auch das ABGB fasst das Mandat also mit einem anderen Thema, der Geschäftsführung ohne Auftrag, zusammen.

Auch im ABGB wird – ähnlich dem Entwurf Martini – im Hauptstück über den Bevollmächtigungsvertrag (dem 22.) und nicht im 17. „Von Verträgen überhaupt“ festgehalten, dass die direkte Stellvertretung möglich ist. Außerdem ist im 22. Hauptstück des ABGB sowohl das Innenverhältnis des Mandats als auch das darauf beruhende Außenverhältnis geregelt. Diesbezüglich wurde in der Gliederung des ABGB das Konzept des Entwurf Martini konsequent fortgesetzt.

Im ABGB gibt es überhaupt kein eigenes Hauptstück mehr über den Vertragsschluss durch Dritte oder Nebenpersonen. Es erübrigte sich, weil im ABGB nur mehr ein einziger Vertragstyp die Grundlage für die gewillkürte Stellvertretung

⁴⁶ III, 14, § 5. „Die Vollmacht mag durch einen Empfehlungsvertrag ohne Entgelt oder durch einen Dingungsvertrag gegen Entgelt gegeben und übernommen worden sein, so hat solche überhaupt die nemlichen Wirkungen. Wer schon die Gewalt, etwas in sei-

nem Namen zu thun, einem Andern rechtsförmig eingeräumt hat, der muß auch so augesehen werden, als wenn er es selbst gethan hätte.“

⁴⁷ Dazu: OFNER, Ur-Entwurf II, 44.

war.⁴⁸ Das wiederum war möglich, weil die Entgeltlichkeit als Unterscheidungskriterium zwischen Bevollmächtigungs- und Dienstvertrag endgültig aufgegeben wurde. Damit ist jeder Vertrag, der auf die Geschäftsbesorgung für einen anderen abzielt, – unabhängig von der Entgeltlichkeit – ein Bevollmächtigungsvertrag, und so konnte die Geschäftsbesorgung durch direkte Stellvertretung einheitlich und konzentriert im Rahmen des Bevollmächtigungsvertrags geregelt werden.⁴⁹

3. Zulässigkeit der Stellvertretung

Im CTher wurde gleich am Beginn des Obligationenrechts klargestellt, dass das römische „*alteri stipulare nemo potest*“ nicht mehr gelten sollte. Teil III, Kap. I, Nr. 32 bestimmte: „Auch durch Andere kann Jemand sowohl verbunden, als ihm aus Verbindungen ein Recht erworben werden, wann sie [...] die Person dessen, welchen die Handlung betrifft, durch das Gesetz vorstellen, als die Vormündere oder Gerhabenen und Curatores, oder von ihm einen Befehl, Gewalt und Vollmacht zu gewissen Geschäften haben, als Befehlshabere, Bevollmächtigte, Handlungsvorgesetzte, Sachwalter [...]“⁵⁰

Aus dieser Bestimmung ergab sich, dass durch direkte Stellvertretung sowohl Rechte als auch

Pflichten erworben werden konnten. Die Befugnis, in fremdem Namen zu handeln, konnte sich entweder aus dem Gesetz ergeben oder aus einem Rechtsgeschäft.

Der wichtigste Fall einer vertraglichen Grundlage für die Stellvertretung war das Mandat, außerdem konnte die Stellvertretung auch auf einem „Dingungscontract“ (Dienstvertrag) beruhen.⁵¹ Befehlshaber und Bevollmächtigter waren Bezeichnungen des CTher für Mandatare.⁵² Sachwalter war ein allgemeiner Begriff für Verwalter,⁵³ und Verwalter im Handel wurden im CTher als Handlungsvorgesetzte oder auch als Factors bezeichnet.⁵⁴

Schließlich war eine direkte Stellvertretung auch dann möglich, wenn es zum Zeitpunkt der „Vertretungs“-Handlung weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Grundlage gab, der Vertretene die Handlung des Vertreters aber nachträglich genehmigte. III, Kap. I, Nr. 35 hielt das für den Erwerb von Pflichten fest und III, Kap. I, Nr. 36 für den von Rechten:⁵⁵

„35. Mit eigenen Willen wird Jemand aus fremden Handlungen verbindlich gemacht, wann er solche befohlen oder gutgeheißen [...], dann die nachfolgende Guttheißung wirkt nicht weniger, als der vorhergegangene Befehl.“

⁴⁸ Dazu: Ebd., 207; das ging offenbar auf die Stellungnahme der juristischen Fakultät der Universität Wien zurück; auch bei Dienstverträgen mit Außenwirkung ergab sich die Vertretungsbefugnis über die Verweisungen der §§ 1027 und 1163 aus den Regelungen über den Bevollmächtigungsvertrag.

⁴⁹ Aus der Perspektive der abstrakten Stellvertretungskonzeption mag das als Rückschritt wirken (so etwa andeutungsweise BAUMGARTNER, Abstraktheit 686; siehe auch die letzte Fn.), aber diese Sichtweise ist in gewisser Weise ahistorisch; die Konzentration in einem Hauptstück lässt sich auch als Errungenschaft sehen.

⁵⁰ Der zweite Teil dieser Bestimmung beschäftigte sich mit der deliktischen Haftung für Schäden, die von Gewaltunterworfenen verursacht wurden: „oder wann sie Jemands Gewalt und Obsorge untergeben sind und ihre zu eines Dritten Nachtheil gereichende Handlungen der Schuld dessen, dem sie untergeben, beigegeben werden mögen“.

⁵¹ III, Kap. XVIII, Nr. 27; das Abgrenzungsmerkmal war die Entgeltlichkeit; der „Befehlscontract“ war grundsätzlich unentgeltlich (siehe dazu oben), der „Dingungscontract“ hingegen immer entgeltlich.

⁵² III, Kap. XV, Nr. 17.

⁵³ III, Kap. XVIII, Nr. 21.

⁵⁴ III, Kap. XVIII, Nr. 22.

⁵⁵ Im Zusammenhang mit dem Mandat hielt III, Kap. XV, Nr. 36 das noch einmal fest: „[...] Hierinnen bestehet der wesentliche Unterschied zwischen einem Befehl und einer Guttheißung; dann zukünftige Handlungen werden befohlen, vergangene aber gutgeheißen, obschon sowohl der vorhergegangene Befehl als die nachfolgende Guttheißung einerlei Wirkung haben, und Denjenigen, in dessen Namen das Geschäft vollzogen worden, in gleicher Maß verbinden.“

36. Ein Recht aber mag Jemanden durch Andere auch ohne ausdrücklichen Befehl erworben werden, wann nur hienach die Guttheißung und Beaugenehmung der fürgewesten Handlung erfolget“. Der Entwurf Horten übernahm die dogmatische Konstruktion des CTher, raffte aber dessen Bestimmungen. Dass die direkte Stellvertretung möglich war, war in III, 1, § 9 geregelt: „Aus der Handlung eines Anderen kann weder Jemand verbindlich gemacht, noch auch Jemandem ein Recht erworben werden, wenn nicht Jener, der den Vertrag in des Anderen Namen eingegangen, entweder durch Unsere Gesetz oder durch einen ihm eigends gemachten Auftrag zu dieser Handlung bevollmächtigt ist, oder wenn nicht Derjenige, in dessen Namen von einem Anderen etwas vorgenommen worden, dasselbe nachhero gutgeheißen hat. [...]“ Auch hier konnte die direkte Stellvertretung auf dem Gesetz, einem Vertrag oder der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen beruhen.

Im Entwurf Martini stand am Beginn des 14. Hauptstücks über Rechte und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen die Grundregel, dass Verträge nur die Vertragsparteien binden. III, 14, § 2 normierte dann die direkte Stellvertretung als Ausnahme von dieser Regel:⁵⁶ „Wenn jedoch das Gesetz Jemanden gestattet, eine andere Person zu vertreten, oder auch dieses sogar ausdrücklich vorschreibt, [...] so kömmt es insofern von der obigen Regel ab, und es kann Einer dem Andern sowohl Rechte erwerben, als Verbindlichkeiten auflegen.“

Hier wurden die Grundlagen der direkten Stellvertretung zwar etwas anders definiert als im CTher und im Entwurf Horten, das Ergebnis war aber dasselbe. Einerseits konnte das Gesetz die

Vertretung „ausdrücklich vorschreiben“, dann war das Gesetz unmittelbar die Grundlage der Stellvertretung. Andererseits konnte das Gesetz die Vertretung gestatten. Hier ergab sich die Vertretung nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus einem Vertrag oder der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen.

III, 14 § 4 beschäftigte sich mit den Fällen, in denen das Gesetz die direkte Stellvertretung gestattete: „Wie ein Machtgeber aus eigener Einwilligung durch die Handlungen des Machthabers Rechte und Pflichten überkommen könne, ist ebenfalls in dem vierten Hauptstücke des dritten Theils festgesetzt worden [...]“ Hier kam es also auf die Einwilligung des Vertretenen an, sei es, dass die Einwilligung schon durch einen im Vorhinein geschlossenen Vertrag erklärt wurde, sei es, dass der Vertretene die Handlung des Vertreters erst im Nachhinein genehmigte.

In III, 14, § 5 schließlich wurden die möglichen vertraglichen Grundlagen für die Stellvertretung genannt, der unentgeltliche Empfehlungsvertrag und der entgeltliche Dingungsvertrag: „Die Vollmacht mag durch einen Empfehlungsvertrag ohne Entgelt oder durch einen Dingungsvertrag gegen Entgelt gegeben und übernommen worden sein, so hat solche überhaupt die nemlichen Wirkungen. Wer schon die Gewalt, etwas in seinem Namen zu thun, einem Andern rechtsförmig eingeräumt hat, der muß auch so augesehen werden, als wenn er es selbst gethan hätte.“

In der Stammfassung des ABGB gab es im 17. Hauptstück („Von Verträgen überhaupt“) nur eine einzige, knappe Bestimmung, die sich zumindest mittelbar auf die Stellvertretung bezog. Dieser § 881 lautete: „Außer den von den Geset-

⁵⁶ Ganz ähnlich war die Regelung in III, 4, § 15, die sich allerdings nicht auf die Stellvertretung im Allgemeinen, sondern auf das Mandat im Besonderen bezog: „Obschon die Verträge nur auf die sich vertragenden Theile wirken können, und in dieser Rücksicht auch der Empfehlungsvertrag bloß zwischen dem Machtgeber und dem Gewalthaber verbindlich ist, weil doch

der Letztere den Ersten gewissermaßen vorstellt, so kann auch der Gewalthaber für den Machtgeber nach Ausweisung der Vollmacht Rechte erwerben, oder ihm gewisse Verbindlichkeiten auflegen.“

zen bestimmten Fällen kann zwar niemand für einen Anderen ein Versprechen machen, oder annehmen [...].⁵⁷

Aus diesem einen Satz ergab sowohl sich die Regel, dass Verträge nur die Parteien binden, als auch, dass es Ausnahmen von dieser Regel gab. Welche Ausnahmen das konkret waren, besagte § 881 aber nicht. Diese im Vergleich zu den Vorgängerentwürfen deutlich kürzere Regelung bedeutete aber keine inhaltliche Änderung. In seinem Kommentar erklärte Zeiller, dass „vom Gesetze, vom Richter oder durch Vertrag bestellte Machthaber“ Fälle waren, in denen jemand für einen anderen Rechte oder Pflichte erwerben konnte.⁵⁸

Zeiller ging also von drei Grundlagen der direkten Stellvertretung aus, nämlich Gesetz, Richterspruch und Vertrag, statt der Zweiteilung (Gesetz und Vertrag) in den Vorentwürfen. Im Ergebnis bedeutete das freilich keinen Unterschied. Zeiller teilte die Fälle der gesetzlichen Stellvertretung, in dem weiteren Sinn der Vorentwürfe, weiter auf: in gesetzliche Vertretung in einem engeren Sinn und in die Vertretung durch Richterspruch.⁵⁹

⁵⁷ Der Rest der Bestimmung befasste sich nicht mit der Stellvertretung, sondern mit der Verwendungs- oder Erfolgsszusage „Hat aber jemand seine Verwendung bey einem Dritten versprochen, oder gar für den Erfolg gestanden; so muß er die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen.“

⁵⁸ ZEILLER, Kommentar III/1, § 881 Rz. 3.

⁵⁹ Diese Dreiteilung der Grundlagen für die Befugnis, andere zu vertreten, fand sich auch von 1931 bis 2015 im strafrechtlichen Untreue-Tatbestand mit der Trias Gesetz, behördlicher Auftrag und Rechtsgeschäft. Außerdem erinnert die Dreiteilung an § 859 ABGB, der drei Grundlagen für persönliche Sachenrechte (in moderner Terminologie schuldrechtliche Ansprüche) nennt: Gesetz, Vertrag und erlittene Beschädigung. Auch diese Dreiteilung war im Entwurf Martini so noch nicht enthalten (vgl. dort III, 1, §§ 1–4) und stammt daher von Zeiller (OFNER, Ur-Entwurf II, 3–4). Die Dreiteilung des § 859 ABGB wird von herrschenden Meinung wieder auf eine Zweiteilung reduziert, weil der Schadenersatz als Unterfall der gesetzlichen Schuldverhältnisse gesehen wird (dazu nur RUMMEL, in: RUMMEL, LUKAS, § 859 Rz. 1; auf eine überzeugende

Auch nach dem ABGB kann schließlich die nachträgliche Genehmigung (oder Vorteilszuwendung) des Vertretenen zur wirksamen Stellvertretung führen. Anders als in den Vorentwürfen ist das aber nicht in den allgemeinen Bestimmungen über das Vertragsrecht geregelt, sondern im 22. Hauptstück über den Bevollmächtigtungsvertrag. Dessen § 1016 besagt: „Ueberschreitet der Gewalthaber die Grenzen seiner Vollmacht; so ist der Gewaltgeber nur in so fern verbunden, als er das Geschäft genehmiget, oder den aus dem Geschäft entstandenen Vortheil sich zuwendet.“

4. Offene und geheime Vollmachten

Im CTher hatte der Begriff der Vollmacht mehrere Bedeutungen. In III, Kap. XV, Nr. 2 wurde Vollmacht als alternative Bezeichnung für das Mandat verwendet.⁶⁰ Teilweise verwendete der CTher den Begriff Vollmacht aber in einem anderen, moderneren Sinn, nämlich als Befugnis für einen anderen zu handeln;⁶¹ teilweise wurde unter Vollmacht eine Urkunde über diese Befugnis verstanden.⁶² Dass mit Vollmacht nicht ausschließlich die Urkunde gemeint war, ergab sich

Weise folgt Zeillers Dreiteilung hingegen RIEDLER, in: KODEK, SCHWIMANN, § 859 Rz. 1). Auch hier teilte Zeiller eine gesetzliche Grundlage (die für Forderungsrechte) im weiteren Sinn in eine gesetzliche Grundlage im engeren Sinn und eine andere Kategorie (den Schadenersatz) auf.

⁶⁰ „Dieser Contract kommt nicht weniger, als alle vorherbeschriebene durch bloße Einwilligung beider Theilen zu Stand, also daß, sobald als der Eine dem Anderen etwas anstatt seiner, und in seinen Namen zu verrichten aufträgt oder befiehlt, und dieser solches aus Freundschaft und guten Willen zu verrichten verspricht und über sich nimmt, der Befehlscontract schon geschlossen ist, und heißet sodann der Auftrag, wann ihn der Andere übernommen, ein Befehl, Gewalt und Vollmacht.“

⁶¹ Z.B. I, Kap. III, Nr. 212; I, Kap. VII, Nr. 92; II, Kap. I, Nr. 152; II, Kap. III, Nr. 35; III, Kap. I, Nr. 32; III, Kap. II, Nr. 18; III, Kap. XIV, Nr. 108.

⁶² Z.B. II, Kap. XI, Nr. 53; II, Kap. XXI, Nr. 75; III, Kap. II, Nr. 194; III, Kap. VII, Nr. 107.

schon daraus, dass Vollmachten schriftlich und mündlich erteilt werden konnten.⁶³

Außerdem unterschied der CTher zwischen General- und Spezialvollmachten⁶⁴ sowie zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Vollmachten.⁶⁵ Schließlich wurde in III, Kap. XV, Nr. 15 zwischen „zeigbaren“ und „geheimen“ Vollmachten unterschieden: „Die außergerichtlichen [Vollmachten] sind entweder zeigbar oder geheim, und nur blos zu des Bevollmächtigten seinem eigenen Unterricht; erstere verbinden den Befehlenden auch gegen Demjenigen, mit dem die Handlung geschlossen wird, letztere aber wirken nur die Verbindlichkeit zwischen dem Befehlsgeber und Befehlshaber allein.“

Der Unterschied zwischen zeigbaren und geheimen Vollmachten lag darin, dass nur die zeigbaren Vollmachten Außenwirkung entfalteten, die geheimen hingegen nicht. Nur die zeigbaren Vollmachten führten dazu, dass der Mandant aus dem Geschäft, das der Mandatar für ihn abschloss unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde. Die geheimen Vollmachten erzeugten hingegen nur Rechte und Pflichten zwischen Mandant und Mandatar.

Aufgrund einer zeigbaren Vollmacht konnte der Mandatar somit im Namen des Mandanten handeln und ihn damit unmittelbar vertreten, während der Mandatar mit einer geheimen Vollmacht zwar für den Mandanten aber nicht in seinem Namen handeln konnte. Damit führen geheime Vollmachten nur zu einer mittelbaren Stellvertretung und waren somit keine Vollmachten im modernen Sinn.⁶⁶ Ob eine Vollmacht zeigbar oder geheim war und ein Mandat damit Außenwirkung hatte oder nicht, war eine Frage der Parteienvereinbarung.

Auch im Entwurf Horten wurde der Begriff der Vollmacht nicht definiert. Er wurde nicht mehr als Synonym für das Mandat an sich gebraucht, ansonsten aber in denselben Bedeutungen wie im CTher verwendet, nämlich einerseits als Befugnis, für jemanden anderen tätig zu werden, und andererseits als Urkunde über diese Befugnis. Schließlich gab es auch im Entwurf Horten die Differenzierung zwischen zeigbarer und geheimer Vollmacht.⁶⁷ Anders als im CTher wurden diese beiden Begriffe jedoch nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Sie wurden aber mit derselben Bedeutung wie im CTher verwendet, sodass eine geheime Vollmacht auch nach dem Entwurf Horten keine Außenwirkung hatte.

⁶³ III, Kap. XV, Nr. 23. „Vollmachten können entweder mündlich oder schriftlich erteilt werden [...]“

⁶⁴ III, Kap. XV, Nr. 12: „Nach Verschiedenheit des Gegenstands ist eine Vollmacht entweder allgemein auf alle wie immer Namen habende Geschäften, oder sonderheitlich nur auf ein oder mehrere bestimmte Geschäften allein.“

⁶⁵ III, Kap. XV, Nr. 14: „Ferners werden die Vollmachten in gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt, nach dem sie gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen betreffen; von gerichtlichen Vollmachten wird in vierten Theil bei der Gerichtsordnung gehandelt werden.“

⁶⁶ Das gilt jedenfalls für den modernen Vollmachtsbegriff, doch der Begriff der geheimen Vollmacht entspricht auch nicht der sonstigen Verwendung von Vollmacht im CTher, da Vollmacht als Bezeichnung für die Befugnis im fremden Namen zu handeln gebraucht wurde.

⁶⁷ III, 19, § 31: „Wenn ein Bevollmächtigter oder Handlungsvorsteher mit zweierlei Vollmachten, einer zeigbaren und einer geheimen versehen ist, so ist zwar diese letztere die Richtschnur der Verbindlichkeit zwischen dem Bevollmächtigten und Jenen, der ihm die Vollmacht gegeben hat; allein alle von dem Bevollmächtigten, obschon mit Ueberschreitung seiner geheimen Vollmacht, vorgenommene Handlungen haben in Ansehung des Dritten, der sich mit demselben in eine Handlung eingelassen, und des Eigenthümers ihre vollkommene Giltigkeit und Verbindlichkeit, wofür sie nur der zeigbaren Vollmacht gemäß sind. Wenn jedoch dem Dritten diese geheime Beschränkung der dem Bevollmächtigten gegebenen zeigbaren Vollmacht wohl bewußt war, oder er sonst an der Gefährde des Bevollmächtigten mit Theil genommen hat, so soll er nicht befugt sein, den Eigenthümer aus dieser Handlung zu belangen.“

Im Gegensatz zu den beiden früheren Entwürfen enthielt der Entwurf Martini in III, 4, § 5 folgende Definition von Vollmacht: „Das Recht im Namen eines Andern etwas zu thun, heißt überhaupt Vollmacht, besonders aber wird dadurch die Urkunde, aus welcher man dieses Recht ersieht, angedeutet.“ Diese Definition entsprach der Verwendung des Begriffs der – zeigbaren – Vollmacht im CTher und im Entwurf Horten.

An einer Stelle verwendete der Entwurf Martini auch den Begriff der heimlichen Vollmacht,⁶⁸ der allerdings nicht definiert wurde. Im Zusammenhang ist aber klar, dass auch mit heimlicher Vollmacht im Entwurf Martini dasselbe gemeint war, wie im CTher und im Entwurf Horten: die Befugnis, Geschäfte für den Mandanten, aber nicht in seinem Namen abzuschließen.

Das ABGB schließlich definiert die Vollmacht in § 1005 wie folgt: „Die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt.“ Die Definition des ABGB war somit enger als jene des Entwurfs Martini, weil Vollmacht nicht mehr die Befugnis selbst bezeichnete, sondern nur die Urkunde darüber. Bei der Beratung hatte Joseph von Sonnenfels noch die Formulierung vorgeschlagen, dass „sowohl die Urkunde als auch das Recht Vollmacht heiße“; letztlich war dann aber die Formulierung des § 1005 beschlossen worden.⁶⁹

Auch wenn nach der Legaldefinition des ABGB mit Vollmacht an sich nur die Urkunde erfasst ist, wird der Begriff der Vollmacht in der gesamten Kodifikation nicht nur in diesem restriktiven Sinn verwendet. Das wird insbesondere am ersten Satz des § 1029 deutlich: „Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden; so wird ihr

Umfang aus dem Gegenstande, und aus der Natur des Geschäftes beurtheilet.“⁷⁰ Mit nicht-schriftlichen Vollmachten kann keine Urkunde gemeint sein, daher muss Vollmacht in diesem Zusammenhang die Befugnis bedeuten. Auch in anderen Bestimmungen des ABGB ist mit dem Begriff Vollmacht zumindest auch die Befugnis gemeint.⁷¹

Der Begriff der geheimen Vollmacht wird im ABGB nicht definiert, aber in § 1017 einmal verwendet. Im Zusammenhang ist klar, dass damit dasselbe gemeint ist, wie in den Vorentwürfen, also eine Ermächtigung ohne Außenwirkung. In seinem Kommentar erläuterte Zeiller:

„In dieser Hinsicht ist die Vollmacht eine öffentliche oder eine geheime (Instruction), je nachdem sie zur Vorweisung bestimmt ist oder nicht. Letztere enthält oft Beschränkungen oft auch Erweiterungen der ersten, z.B. auf welche Bedingungen der Machthaber im äußersten Fall einen Vertrag (z.B. um welchen hohen Preis er einen Kauf) abschließen dürfe. [...]“⁷²

Im Hinblick auf die Unterscheidung von offener und geheimer Vollmacht stellte sich die Frage nach der Auswirkung dieser Unterscheidung auf die Außenwirkung des Mandats.

5. Das Verhältnis von Innen- und Außenwirkung

Bei der direkten Stellvertretung nach dem CTher wurde die Befugnis des Mandatars im Außenverhältnis grundsätzlich durch das Innenverhältnis definiert. III, Kap. I, Nr. 35 legte dazu fest: „Mit eigenen Willen wird Jemand aus fremden Handlungen verbindlich gemacht, wann er solche befohlen oder gutgeheißen, und was Einer durch Andere verrichtet, hat nicht mindere Kraft, als ob

⁶⁸ III, 4, § 17: „Das Recht dieses Dritten, nemlich des Darleihers, muß allemal nach dem Inhalt der offenen und vorgezeigten Vollmacht beurtheilet werden. Wenn also die offene Vollmacht z. B. nur auf's Darleihen des Geldes lautet, und eine andere heimliche Vollmacht auch auf Verzinsung der gesuchten Geldsumme ausgestellt worden wäre, so kann der Darleiher nur

nach der offenen, und nicht nach der heimlichen Vollmacht rechten.“

⁶⁹ OFNER, Urentwurf II, 46.

⁷⁰ LUKAS, Geheime und offene Vollmachten 818.

⁷¹ Z.B. §§ 1024–1026, 1032, 1201, 1214, 1404.

⁷² ZEILLER, Commentar III/1, § 1017 Rz. 1.

er es selbst vollzogen hätte; doch kann durch Bevollmächtigte, Befehlshabere und Sachwaltere dem Befehlgeber keine größere Verbindlichkeit zugezogen werden, als insoweit deren Handlung mit dem Auftrag übereinstimmt, und sie die Grenzen des Befehls nicht überschritten, oder insoweit das Vollzogene gutgeheißen worden, dann die nachfolgende Gutheißung wirkt nicht weniger, als der vorhergegangene Befehl.“

Diese Vorschrift bestätigte zunächst noch einmal, dass die direkte Stellvertretung möglich war. Außerdem bestimmte sie, dass bei der direkten Stellvertretung das Innenverhältnis das Außenverhältnis definierte. Der Machthaber konnte den Machtgeber im Außenverhältnis im Regelfall also nur insoweit vertreten, als sie das auch im Innenverhältnis vereinbart hatten. Diese Regelung im allgemeinen Kapitel über Verträge wurde im Kapitel über die Stellvertretung noch einmal wiederholt.

Dort hielt III, Kap. XVIII, Nr. 58 fest: „Was hingegen ein Befehlshaber, Handlungsvorgesetzter oder Factor außer des Auftrags, oder wider oder über die Maß desselben unternimmt, dafür ist der Befehlsgeber oder Vorsetzende einem Dritten nicht verbunden, und lieget daher Jedermann ob, der mit einem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor contrahiret, sich nach dem Inhalt, Gestalt und Maß des Auftrags oder Befehls wohl zu erkundigen, widrigens aber, und da er sich darwider oder darüber in etwas eingelassen, hat derselbe sich selbst beizumessen, wann er sich sonach, insoweit der Auftrag oder Befehl überschritten worden, an dem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor allein zu halten bemüssiget ist.“

Da das Ausmaß der Befugnis, den Machtgeber zu vertreten, durch den Inhalt des Mandats definiert

wurde, bedeutete grundsätzlich jede Abweichung vom im Mandat Vereinbarten eine Überschreitung der Befugnis. Die Vertretungsbefugnis war also konkret, nicht abstrakt. Allerdings bestimmte nicht jede Vereinbarung im Innenverhältnis die Vertretungsmacht im Außenverhältnis. In III, Kap. XVIII, Nr. 59–61 war vorgesehen: „59. Es wäre dann, daß der Befehlshaber, Handlungsvorgesetzte oder Factor mit zweierlei Vollmachten als einer zeigbaren und geheimen versehen wäre, und derselbe dabei nur die ihm allein bekannte Willensmeinung des Befehlsgebers oder Vorsetzenden überschreitere, sonst aber die von ihm geschlossene Handlung mit dem Inhalt der zeigbaren Vollmacht oder Auftrags übereinstimmete.“

60. In welchem Fall er zwar seinem Befehlsgeber oder Vorsetzenden zum Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens verbunden wird, die geschlossene Handlung aber, wann sie dem zeigbaren Auftrag gemäß ist, bleibt sowohl an sich gültig und bündig, als auch der Befehlsgeber oder Vorsetzende gegen dem Dritten daraus verfänglich.

61. Also, da Jemand einer fremden Handlung dem Aeußerlichen nach ohne einiger Beschränkung vorgesetzt, und ihm dabei in Geheim verboten würde, sich in diesen oder jenen Contract einzulassen, er aber jegleichwohlen wider diesen Verbot mit einem Dritten contrahirete, wird der Vorsetzende dessen ohnerachtet hieraus verbunden, außer er hätte solchen Verbot ausdrücklich kund gemacht, oder der Contract wäre auf die Handlung, welche der Vorgesetzte oder Factor zu verwalten hat, nicht gerichtet.“

Auch diese Bestimmungen waren keine Ausnahme davon, dass nur Vereinbarungen im Innenverhältnis zu einer Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis führen könnten.⁷³ Sie legten aber fest, dass nicht jede Vereinbarung im Innenver-

⁷³ Das ist ein deutlicher Unterschied zur modernen (deutschen) Konstruktion der Stellvertretung, nach der die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis deshalb

über die Vereinbarung im Innenverhältnis hinausgehen kann, weil die Vollmacht einseitig erteilt wird und abstrakt wirkt. Beides galt im CTher nicht.

hältnis Außenwirkung entfaltete. Da sich das Können im Außenverhältnis grundsätzlich nach dem Dürfen im Innenverhältnis richtete, war es Sache des Dritten, sich nach dem Umfang der Vereinbarung im Innenverhältnis zu erkundigen.⁷⁴

Die Sonderregelungen in III, Kap. XVIII, Nr. 59–61 bezogen sich nun auf Fälle, in denen es im Innenverhältnis zwei Vorgaben gab, eine zeigbare (schriftliche) Vollmacht, die dem Dritten bekannt war, und eine geheime, die er nicht kannte. In diesem Fall konnte der Dritte aufgrund der Kenntnis der schriftlichen, zeigbaren Vollmacht darauf vertrauen, zu wissen, was im Innenverhältnis vereinbart. Dieses Vertrauen wurde geschützt, und daher hatten in diesem Fall bloß interne Vereinbarungen und Vorgaben keine Auswirkungen auf das Außenverhältnis. Das Können im Außenverhältnis richtete sich also nach den offengelegten Teilen des Innenverhältnisses, während nicht offengelegte Teile des Innenverhältnisses für das Außenverhältnis irrelevant blieben.

Auch in Bezug auf das Innen- und Außenverhältnis bei der Stellvertretung raffte der Entwurf Horten die Bestimmungen des CTher, änderte deren dogmatische Konstruktion aber nicht. Im Entwurf Horten war ebenfalls vorgesehen, dass grundsätzlich das Innenverhältnis definierte, inwieweit der Mandatar den Mandanten im Außenverhältnis berechtigen und verpflichten konnte.

III, 19, § 26 sah vor: „Um so weniger mag der Eigenthümer aus den von seinem Bevollmächtigten oder Handlungsvorsteher mit einem Dritten geschlossenen Handlungen belanget werden, wenn derselbe dabei Grenzen des gehabten Auftrags überschritten hat, und der Dritte, der sich mit

dem Bevollmächtigten oder Handlungsvorsteher in einem solchen Contract eingelassen, hat sich selbst zuzuschreiben, daß er sich um den und die Erstreckung des demselben gegebenen Auftrags nicht besser erkundiget habe.“

In III, 19, § 31 differenzierte auch der Entwurf Horten zwischen der Wirkung zeigbarer und geheimer Vollmachten: „Wenn ein Bevollmächtigter oder Handlungsvorsteher mit zweierlei Vollmachten, einer zeigbaren und einer geheimen versehen ist, so ist zwar diese letztere der Verbindlichkeit zwischen Dem Bevollmächtigten und Jenem, der ihm die Vollmacht gegeben hat; allein alle von dem Bevollmächtigten, obschon mit Ueberschreitung seiner geheimen Vollmacht, vorgenommene Handlungen haben in Ansehung des Dritten, der sich mit demselben in eine Handlung eingelassen, und des Eigenthümers ihre vollkommene Giltigkeit und Verbindlichkeit, wofern sie nur der zeigbaren Vollmacht gemäß sind. Wenn jedoch dem Dritten diese geheime Beschränkung der dem Bevollmächtigten gegebenen zeigbaren Vollmacht wohl bewußt war, oder er sonst an der Gefährde des Bevollmächtigten mit Theil genommen hat, so soll er nicht befugt sein, den Eigenthümer aus dieser Handlung zu belangen.“

Wenn es eine zeigbare und eine geheime Vollmacht gab, die voneinander abwichen, dann war für das Außenverhältnis auch nach dem Entwurf Horten die zeigbare Vollmacht entscheidend – es sei denn, dass der Dritte auch die geheime Vollmacht gekannt hätte, weil er dann nicht in schützenswerter Weise – nur – auf die zeigbare Vollmacht vertraute.

Im Entwurf Martini war nicht ausdrücklich geregelt, dass die Vereinbarung im Innenverhältnis

zu erkundigen, widrigens aber, und da er sich darwider oder darüber in etwas eingelassen, hat derselbe sich selbst beizumessen, wann er sich sonach, insoweit der Auftrag oder Befehl überschritten worden, an dem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor allein zu halten bemüssiget ist.“

⁷⁴ III, Kap. XVIII, Nr. 58 „Was hingegen ein Befehlshaber, Handlungsvorgesetzter oder Factor außer des Auftrags, oder wider oder über die Maß desselben unternimmt, dafür ist der Befehlsgeber oder Vorsetzende einem Dritten nicht verbunden, und lieget daher Jedermann ob, der mit einem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor contrahiret, sich nach dem Inhalt, Gestalt und Maß des Auftrags oder Befehls wohl

die Befugnis im Außenverhältnis bestimmte. Im Zusammenhang ist aber klar, dass diese Frage nicht anders geregelt werden sollte, als in den Vorentwürfen. Auch zum Problem der doppelten Vollmacht enthielt der Entwurf Martini keine abstrakte Regelung. Er behandelte dieses Thema nur anhand eines konkreten Beispiels, nämlich der Aufnahme eines Darlehens für den Mandatar durch den Mandatar in III, 3, §§ 16–17:

„§ 16. Wird nun von Einem dem Andern die Vollmacht erteilt, von dem Dritten ein Geld auszuliehen, so besteht schon Anfangs zwischen dem Machtgabe rundem Gewaltträger ein Empfehlungsvertrag; sobald aber der Dritte das Geld wirklich dargeliehen hat, so kommt auch zwischen dem Ersten und Dritten ein Darlehensvertrag zu Stande.⁷⁵

§ 17. Das Recht dieses Dritten, nemlich des Darleihers, muß allemal nach dem Inhalt der offenen Vollmacht beurtheilet werden. Wenn also die offene Vollmacht z.B. nur auf's Darleihen des Geldes lautet, und eine andere heimliche Vollmacht auch auf Verzinsung der gesuchten Geldsumme ausgestellt worden wäre, so kann der Darleiher nur nach der offenen, und nicht nach der heimlichen Vollmacht rechten.“

Trotz dieser im Vergleich zu CTher und Entwurf Horten rückschrittlichen Regelungstechnik folgte der Entwurf Martini inhaltlichen den beiden Vorentwürfen. Was CTher und Entwurf Horten „zeigbare“ Vollmacht“ genannt hatten, hieß im Entwurf Martini „offene Vollmacht“, die „geheimliche Vollmacht“ wurde nun „heimliche Vollmacht“ genannt. Wenn es beides gab und sich offene und heimliche Vollmacht widersprachen,

war für das Außenverhältnis die offene Vollmacht relevant, auch wenn sie über eine engere heimliche Vollmacht hinausging.

Obwohl der Entwurf Martini diese Problematik nur im Zusammenhang mit einem Darlehen behandelte, ist davon auszugehen, dass das Verhältnis von offener und heimlicher Vollmacht auch bei anderen Geschäften so hätte sein sollen, wie es die §§ 16 und 17 regelten. Im Übrigen waren diese Regelungen nicht nur wegen ihrer mangelnden Abstraktion knapper als jene in CTher und Entwurf Horten. Der Entwurf Martini beschäftigte sich auch weniger genau mit dem Vertrauensschutz des Dritten.

Der Entwurf Horten hatte ein dreigliedriges Konzept von Regel, Ausnahme und Gegen Ausnahme gehabt. In der Regel bestimmte die Vereinbarung im Innenverhältnis die Befugnis im Außenverhältnis. Bei zwei Vollmachten, einer zeigbaren und einer geheimen, gab es eine Ausnahme. Dazu gab es aber wiederum eine Gegen Ausnahme, wenn der Dritte die geheime Vollmacht kannte. Mit dieser letzten Konstellation beschäftigte sich der Entwurf Martini nicht; eine Gegen Ausnahme war nicht vorgesehen.

§ 1017 ABGB besagt: „In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Hat er also innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen; so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten; nicht aber dem Gewalthaber zu.“

Da eine Vollmacht im Sinne des § 1005 ABGB⁷⁶ zwangsläufig die Vereinbarung im Innenverhältnis

⁷⁵ Der Darlehensvertrag war (auch) nach dem Entwurf Martini ein Realvertrag (III, 3, § 20).

⁷⁶ Bei Anwendung der modernen Terminologie ließe sich aus dieser Bestimmung nichts über das Verhältnis von Innenverhältnis und Außenverhältnis herauslesen, weil der moderne, abstrakte Vollmachtsgriff

ausschließlich auf das Können im Außenverhältnis abstellt, nicht auf das Dürfen im Innenverhältnis. Bei Erlassung des ABGB wurde unter Vollmacht aber eine Urkunde über den Bevollmächtigungsvertrag verstanden (§ 1005 ABGB, dazu oben), somit war die Voll-

nis wiedergibt, geht aus dieser Bestimmung zunächst hervor, dass es ohne Vereinbarung im Innenverhältnis keine Vertretung im Außenverhältnis geben kann. Damit folgt das ABGB derselben Konstruktion wie die Vorentwürfe.

Ebenso übernahm das ABGB, dass nicht jede Vereinbarung oder Vorgabe im Innenverhältnis auch das Außenverhältnis beeinflusst, denn geheime Vollmachten tun das nicht. Im Gegensatz zum Entwurf Martini ist diese Regel nun wieder abstrakt und außerdem ganz knapp formuliert.⁷⁷ Der letzte Satz des § 1017 besagt: „Die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß.“⁷⁸

Wie schon der Entwurf Martini enthält das ABGB keine ausdrückliche Regelung darüber, ob eine dem Dritten bekannte geheime Vollmacht Außenwirkung entfaltet. Schon Zeiller ging aber davon aus, dass eine dem Dritten bekannte „geheime“ Vollmacht eben nicht mehr geheim ist, und damit Außenwirkung hat.⁷⁹ Die österreichische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts folgte dieser Auffassung.⁸⁰

IV. Ausblick

Die in diesem Aufsatz behandelten Bestimmungen des ABGB stehen bis heute praktisch unverändert in Geltung. Die Regelungen über den Bevollmächtigungsvertrag wurde durch die Teilverordnungen von 1914, 1915 und 1916 überhaupt nicht

geändert, und auch seither gab es nur punktuelle Änderungen.⁸¹ Nach dem Gesetzwortlaut sollte sich an der Konzeption des Bevollmächtigungsvertrags seit 1811 also nichts geändert haben. Tatsächlich ist das nicht so.

Die Neuerung, dass Bevollmächtigungsverträge jedenfalls auch entgeltlich sein können, wurde seit dem Inkrafttreten des ABGB in Österreich nicht mehr in Frage gestellt. Dass das nicht selbstverständlich ist, zeigt der Vergleich mit Deutschland. Das BGB unterscheidet weiterhin zwischen dem unentgeltlichen Auftrag (§§ 662–674) und dem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675–675b).

Die auf Grotius zurückgehende Konzeption von der gewillkürten Stellvertretung als Außenwirkung des Mandats wird hingegen von der österreichischen zivilrechtlichen Lehre und Judikatur so nicht mehr angewandt. Ausgehend vom A(D)HGB wurde in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Lehre von der Abstraktion der Vollmacht entwickelt. Sie besagt, dass die Vollmacht im Außenverhältnis und die Rechtsgrundlage des Innenverhältnisses (wie etwa ein Mandat) zwei getrennte Rechtsgeschäfte sind, wobei die Vollmacht insofern abstrakt ist, als ihre Gültigkeit von der Gültigkeit des Innenverhältnisses unabhängig ist. Außerdem wird die Vollmachtserteilung als einseitiges Rechtsgeschäft verstanden.

Diese abstrakte Konzeption der Vollmacht wurde nicht nur in das deutsche BGB übernommen,⁸²

macht kein eigenes Rechtsgeschäft für das Außenverhältnis, sondern ein außenwirksamer Beleg für das im Innenverhältnis abgeschlossene Rechtsgeschäft.

⁷⁷ Zeiller hatte die „Auslassung der Beispiele“ und die Regelung „durch allgemeine Vorschriften“ vorgeschlagen (OFNER, Ur-Entwurf II, 52).

⁷⁸ ZEILLER, Kommentar III/1, § 1017 Rz. 4 parallelisierte die geheime Vollmacht bei der Stellvertretung mit der Mentalreservation: „Wie man in Rechtsgeschäften überhaupt nur nach seinen Aeußerungen, nicht nach seinem geheimen Vorbehalte beurtheilt wird (§. 861.), so muß auch der Machtgeber nach dem Inhalte seiner

öffentlichen Vollmacht haften, obschon der Machthaber die ihm in der geheimen Vollmacht gesetzten Grenzen überschritten hätte.“

⁷⁹ ZEILLER, Kommentar III/1, § 1017 Rz 1: „So bald letztere vorgezeigt wird, ist sie einer öffentlichen gleich zu halten.“

⁸⁰ LANDWEHR, Vertrauensschutz 228 Fn. 40 mit weiteren Nachweisen.

⁸¹ Nicht mehr der Stammfassung entsprechen nur die §§ 1019, 1024, 1029, 1034.

⁸² §§ 164–184 BGB; dazu nur: DOERNER, Abstraktheit; einen Vergleich der Stellvertretungskonzeptionen von

sondern auch von der österreichischen Lehre und Rechtsprechung.⁸³ Dass das ABGB eindeutig einem anderen Konzept folgt, wird dabei zumeist damit erklärt, dass die zivilrechtliche Dogmatik und Terminologie gewissermaßen auf einer niedrigeren Stufe stand, als das Gesetz erlassen wurde.⁸⁴ Das zeugt von einer gewissen Leichtfertigkeit im Umgang mit dem Gesetzestext und wenig Sinn für die dogmatische Konzeption des ABGB.

Korrespondenz:

Christoph SCHMETTERER
Martin Luther-Universität Halle Wittenberg
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht
und Rechtsgeschichte
Universitätsring 4
D-06108 Halle a.d. Saale
christoph.schmetterer@jura-uni-halle.de
ORCID-Nr. 0000-0002-2996-7851

ABGB und BGB bietet SWOBODA, Bevollmächtigungsvertrag 1–19.

⁸³ Die hochinteressante Frage, wie es zu dieser Übernahme der abstrakten deutschen Vertretungskonzeption nach Österreich kam, ist – nicht zuletzt aus Platzgründen – nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

⁸⁴ Besonders typisch die Erläuterungen zum IPRG 1979: „Wenngleich das ABGB, entsprechend dem Erkenntnisstand seiner Zeit, die nach außen wirkende Stellvertretung (Vollmacht) von dem ihr zugrunde liegenden Innenverhältnis zwischen Stellvertreter und Vertretenem (Auftrag, Ermächtigung) noch nicht streng unterscheidet, ist die von der Pandektistik in der Mitte des 19. Jahrhunderts aufgedeckte klare Trennung dieser beiden Bereiche schon seit längerem auch für das österreichische Recht allgemeine Rechtsüberzeugung geworden.“ (ErlRV 784 BlgNR 14. GP 65); siehe auch: BYDLINSKI, in: KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, § 1002 Rz. 1; RUBIN, in: KLETEČKA, SCHAUER, § 1002 Rz. 1–2; STRASSER, in: RUMMEL, § 1002 Rz. 1; auch APATHY, in: SCHWIMANN, KODEK, § 1002 Rz 3 wendet die spätere Lehre von der Abstraktheit der Vollmacht gewissermaßen rückwirkend auf die Bestimmungen des ABGB an, vermeidet aber Hinweise darauf, dass

Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

Literatur:

- Peter APATHY, in: Michael SCHWIMANN, Georg KODEK (Hgg.), ABGB Praxiskommentar (Wien 2021).
- Andreas BAUMGARTNER, Die Abstraktheit iS des § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, in: JBl. 140 (2018) 681–695.
- DERS., Ulrich TORGLER, in: Attila FENYVES, Ferdinand KERSCHNER, Andreas VONKILCH, Heinrich KLANG (Hgg.), ABGB §§ 1002 bis 1044. 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 2019).
- Nikolaus BENKE, Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis, in: ZRG RA 105 (1988) 592–633.
- Peter BYDLINSKI, in: Helmut KOZIOL, Peter BYDLINSKI, Raimund BOLLENBERGER (Hgg.), ABGB. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, IPR-G, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO (Wien 2020).
- Axel CLAUS, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht (Berlin 1973).

das Konzept des ABGB veraltet oder Ähnliches sei. Wesentlich differenzierter BAUMGARTNER, Abstraktheit und DERS., TORGLER, in: FENYVES, KERSCHNER, VONKILCH, § 1002 Rz 5, 17–29 und § 1017 Rz 61–82, die zum Ergebnis kommen, dass die Abstraktheit der Vollmacht schon § 1017 ABGB angelegt wurde; diesem Befund ist insoweit zuzustimmen, als schon das ABGB und seine Vorentwürfe vorsahen, dass Innen- und Außenverhältnis auseinanderfallen konnten. Allerdings musste im Konzept des ABGB jede Außenwirkung auf einer Vereinbarung im Innenverhältnis beruhen und war insofern nicht abstrakt. Der Vertrauensschutz gegenüber Dritten ergab sich gerade nicht daraus, dass das Können im Außenverhältnis unabhängig vom Innenverhältnis begründet wurde, sondern daraus, dass nicht jede Vereinbarung im Innenverhältnis auf das Außenverhältnis „durchschlägt“. Das ist aber mehr eine Frage der Terminologie von abstrakt; im Ergebnis sind die Überlegungen überzeugend. Sowohl in der Terminologie als auch im Ergebnis überzeugend ist: LUKAS, Geheime und offene Vollmachten, der schlichtweg zum Ergebnis kommt, dass Vollmachten nach dem ABGB nicht abstrakt sind.

- Ruth DOERNER, Die Abstraktheit der Vollmacht. Zur mangelnden Begründbarkeit eines bürgerlich-rechtlichen Lehrsatzes (Berlin 2018).
- J. Harry DONDORP, Jan HALLEBEEK, Grotius' Doctrine on "adquisitio obligationis per alterum" and its Roots in the Legal Past of Europe, in: O. CONDORELLI (Hg.), „Panta rei“. Studi dedicati a Manlio Belomo, Bd. II (Rome 2004) 205–244.
- Thomas FINKENAUER, Das entgeltliche Mandat im klassischen römischen Recht, in: Ulrich MANTHE, Shigeo NISHIMURA, Mariko IGIMI (Hgg.), Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka (Berlin 2016) 55–90.
- Hugo GROTIUS, De jure belli ac pacis (Paris 1625).
- Jan HALLEBEEK, Ius quaesitum tertio in Medieval Roman Law, in: Eltjo J.H. SCHRAGE (Hg.), Ius quaesitum tertio (Berlin 2008) 61–108.
- Philipp Harras von HARRASOWSKY Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes (Wien 1868).
- DERS. (Hg.), Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, 3 Bde. (Wien 1883–1886).
- Max KASER, Das Römische Privatrecht, 2 Bde. (München 1971/75).
- Hans KRELLER, Formula ad exemplum institoriae actionis, in: Festschrift für Leopold Wenger. Zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern, Bd. II (München 1945) 73–101.
- Klaus KOWALSKI, Das Vertragsverständnis des Hugo Grotius. Zwischen Gerechtigkeit, Treue und Rechtsübertragung (Köln 2022).
- Götz LANDWEHR, Vertrauensschutz des Dritten bei der gewillkürten Stellvertretung in der Gesetzgebung in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert, in: Reinhard ZIMMERMANN, Rolf KNÜTEL, Jens Peter MEINCKE (Hgg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (Heidelberg 1999) 219–258.
- Hermann LANGE, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. I: Die Glossatoren (München 1997).
- Meinhard LUKAS, Geheime und offene Vollmachten. Ein Beitrag zur systemkonformen Einordnung des sogenannten Vertretungsmissbrauchs, in: Hanns FITZ u.a. (Hgg.) FS für Hellwig Torggler (Wien 2013) 815–831.
- Ulrich MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart u.a. 1969).
- Christian NESCHWARA, Karl Anton Martini und sein Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Johann EGGER, Georg KABBE (Hgg.), Aspekte der Rechtsgeschichte und der Gesellschaftspolitik in Tirol, Österreich und weltweit. FS zum 70. Geburtstag von Kurt Ebert (Veliko Tarnovo 2013) 210–226.
- DERS., Einleitung, in: DERS. (Hg.), Die ältesten Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (= Fontes iuris 22, Wien 2012) 15–91.
- Julius OFNER, Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches 2 Bde. (Wien 1889).
- Ernst RABEL, Ein Ruhmesblatt Papinians, in: DERS., Gesammelte Aufsätze IV (Tübingen 1971) 269–293.
- Andreas RIEDLER, in: Michael SCHWIMANN, Georg KODEK (Hgg.), ABGB Praxiskommentar (Wien 2014).
- Daniel RUBIN, in: Andreas KLETEČKA, Martin SCHAUER (Hgg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.3.2017, rdb.at).
- Peter RUMMEL, in: DERS., Meinhard LUKAS (Hgg.), ABGB. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 4Stand 1.11.2014, rdb.at).
- Josef von SCHEY, Die Obligationenverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, Heft 3: Der Bevollmächtigungsvertrag (Auftrag) (Wien 1907).
- Wilhelm SIMSHÄUSER, Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht, in: Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VII (Napoli 2001) 489–525.
- Rudolf STRASSER, in: Peter RUMMEL, Meinhard LUKAS (Hgg.), ABGB. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 32007).
- Ernst SWOBODA, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem (Wien–Leipzig 1932).
- Andreas WACKE, Die adjektivischen Klagen im Überblick, in: ZRG RA 111 (1994) 280–362.
- Franz von ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 4 Bde. (Wien–Triest 1811–1813).
- Reinhard ZIMMERMANN, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (Oxford 1996).