

GÁBOR HAMZA

## Zur Frage der historischen Entwicklungstypen der gewillkürten Stellvertretung

(Eine rechtsvergleichende Studie)

Dem hochverehrten Jubilar, den zu ehren dieser Band bestimmt ist, verdanken wir sehr geschätzte Darstellungen auch des modernen Rechts. Auch die allgemeine und ungarische Rechtsgeschichte — vor allem vom dogmatischen Aspekt her — haben ihn stets interessiert; erinnert sei nur an seine bahnbrechenden Arbeiten „A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára“ (Die Pandektistik und ihr Einfluß auf die ungarische Privatrechtswissenschaft) Szeged, 1976 und „Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik“ Szeged, 1981. Es sei mir daher gestattet, mich mit einer solchen Abhandlung an seiner Ehrung zu beteiligen, die sich mit einigen dogmengeschichtlichen Fragen der gewillkürten Stellvertretung, die der Jubilar in seinen oben erwähnten Werken auch behandelt, befaßt.

### I.

#### *Die kontinentaleuropäischen Rechte*

1. Einen wesentlichen Bestandteil der Analyse historischer Natur bildet die kurz gefaßte Untersuchung der auf die Stellvertretung bezogenen lateinischen Terminologie.<sup>1</sup> Es ist festzustellen, daß sich im römischen Recht keine auf diese Rechtsseinrichtung bezogene Fachterminologie entwickelt hat.<sup>2</sup> Einen gewissen Hinweis können höchstens — in Anbetracht der lateinischen termini technici — die in den Werken von den Glossatoren und Kommentatoren befindlichen, über keine eindeutige Bedeutung verfügenden Ausdrücke, *repraesentatio* bzw. *repraesentare* geben. Hofmann verweist bei der Analyse der mittelalterlichen Bedeutung dieser Worte darauf, daß die Wendung „*personam alicuius repraesentare*“ und die sich daraus entwickelnde Wendung „*aliquem*

<sup>1</sup> Hier sei darauf hingewiesen, daß der Verfasser dieser Abhandlung in seinem i. J. 1982 veröffentlichten Buche (Die gewillkürte Vertretung, Theoretische und dogmatische Untersuchungen von den antiken Rechten bis zu den modernen Rechten, Budapest, Akadémiai Kiadó 243 S.) die Probleme der gewillkürten Stellvertretung einer Analyse allgemeiner Art unterzogen hat.

<sup>2</sup> Bezüglich des Inhalts des Wortes „*repraesentatio*“ bei den Römern, das in den Werken der Glossatoren und Kommentatoren zu finden ist, s. L. Schnorr v. Carolsfeld, *Repraesentatio und Institutio*. Zwei Untersuchungen über den Gebrauch dieser Ausdrücke in der römischen Literatur (Festschrift Koschaker I Weimar, 1939) S. 103 ff. und H. Hofmann, *Repräsentation*. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, (Berlin, 1974) S 38 ff.

*repraesentare*<sup>3</sup> nicht unbedingt mit dem Konsens im Zusammenhang stehen. Die *repraesentatio*, die mit der Stellvertretung gleichbedeutend ist, ist im Grunde genommen eine Kategorie von rein objektiven Elementen. Die Rechtsfolgen treten dementsprechend aufgrund der sog. *personarum identitas* (Balduus) in der Person des Vertretenen ein.<sup>4</sup> Zur Identität des Vertreters und des Vertretenen führt aber nicht die auf die Vertretung bezogene *Vereinbarung* der beiden Partner — mit anderen Worten also ein subjektives Element —, sondern eine *objektive Situation*, die regelmäßig auf einem Verhältnis hierarchischer Art beruht.

2. Daraus folgt, daß nicht einmal in der Periode des Fortlebens des römischen Rechts der Wille — d. h. ein subjektives Element — die Grundlage der Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung bzw. deren direkte Form — bildet. In diesem Sinne verliert diejenige, zuerst von Martinus vertretene dogmatische Ansicht viel von Bedeutung, aufgrund deren der Vertretene in Form einer *utilis actio* direkt durch die vom Vertreter mit Dritten abgeschlossenen Verträge berechtigt und verpflichtet wird.<sup>5</sup> Das gleiche gilt für die Bewertung der Konzeption von François Hotman (Hotomannus), der den Lehren von Martinus folgt.<sup>6</sup> Martinus und Hotman, die in der Literatur als Vorläufer der Konzeption der direkten Stellvertretung betrachtet werden, stimmen auch darin überein, daß sie die in den hierarchischen Beziehungen wurzelnden Stellvertretung nicht von derjenigen Stellvertretung trennen, die sich auf ein Verhältnis (Innerverhältnis) nicht hierarchischer Art stützt. Bei diesen Rechtsgelehrten ist die objektive „*personarum identitas*“ nicht von der subjektiven „Identität“ getrennt.

3. In der Literatur gebührt den überragenden Gestalten der naturrechtlichen Richtung, Grotius, Wolff, Samuel Pufendorf, Wernher und nicht zuletzt Zeiller das Verdienst, eine solche Lehre entwickelt zu haben, die mit der objektiven Form der „*personarum identitas*“ bricht.<sup>7</sup> Die Rechtsgelehrten des Naturrechts schaffen eine solche Konstruktion der gewillkürten Stellvertretung, wobei die hierarchischen Verhältnisse — in dogmatischer Sicht — stark in den Hintergrund gedrängt werden. Das größte Verdienst dieser Lehre besteht unseres Erachtens nicht darin, daß durch diese Doktrin das Prinzip der unmittelbaren Form der gewillkürten Stellvertretung im allgemeinen anerkannt wird. Viel mehr Bedeutung ist dem Umstand beizumessen, daß die naturrechtliche Richtung die Institution der auf der Konstruktion der *Willensautonomie* beruhenden Stellvertretung erschafft. Dieser Lehre gemäß bilden die Basis des Eintritts der direkten Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen nicht mehr die Bande hierarchischer Art. Das oben betonte Verdienst der naturrechtlichen Richtung wird aber vom historischen Aspekt her

<sup>3</sup> Der Ausdruck *repraesentatio* ist immer mit dem Wort *persona* zusammen mit der Stellvertretung gleichbedeutend. S. Hofmann, a. a. O. S. 165.

<sup>4</sup> Vgl. Hofmann, a. a. O. S. 160 ff.

<sup>5</sup> Bezüglich der These von Martinus, die den Grundsatz „*alteri stipulari nemo potest*“ durchbricht s. U. Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart, 1969) S. 44 ff., G. Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter (Weimar, 1949) S. 102—104 und *ders.*, Aus der Geschichte der Verträge zugunsten Dritter (Schleswig-Holsteinische Anzeigen 194 (1947) S. 122.

<sup>6</sup> In bezug auf die Auffassung von Hotmann betreffs der Stellvertretung, der ansonsten das römische Recht in vielerlei Hinsicht kritisch betrachtet s. Müller, a. a. O. S. 96 f.

<sup>7</sup> S. zusammenfassend Müller, a. a. O. S. 123—143.

auf ziemlich eigentümliche Weise letzten Endes zum größten Hindernis der Erhellung des wahren Wesens der gewillkürten Stellvertretung. Dies läßt sich darauf zurückführen, daß die von dieser Richtung entwickelte und vertretene Doktrin, da sie ausschließlich dem *Willen* Bedeutung bzw. Relevanz beimißt, die im Bereich der handelsrechtlichen Beziehungen herrschenden Konstruktion der Stellvertretung, die in ihren Wesenszügen mit der in Verhältnissen hierarchischer Art wurzelnden Stellvertretungskonstruktion verwandt ist, außer Acht läßt.

4. Die im Zeitalter der Aufklärung in den deutschen Territorialstaaten entstandenen Gesetzbücher, der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis von 1756 und das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, verbinden die Rechteinrichtung der direkten d. h. „echten“ Form der gewillkürten Stellvertretung eindeutig mit dem Mandat. Bedingung des direkten Eintritts der Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen ist in beiden Gesetzbüchern — gleich dem französischen Code civil und dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch — die Handlung des Vertreters aufgrund des Auftrages des Vertretenen.<sup>8</sup> Für beide Gesetzeswerke ist also die Bindung der direkten Stellvertretung an eine gewisse Identität subjektiver Natur charakteristisch. Darauf verweist eindeutig das Mandat. Die sog. freien Stellvertretungsverhältnisse, deren wesentlichsten Charakterzug das Mandat, das sich auf Beziehungen nicht hierarchischer Art stützt, zum Ausdruck bringt, drängen die Konstruktion der in hierarchischen Verhältnissen wurzelnden Identität des Vertreters und des Vertretenen in den Hintergrund, und haben eine Art Verschmelzung des Innen- und des Außenverhältnisses zur Folge.

Diese Betrachtungsweise charakterisiert auch die auf die Stellvertretung bezogene Regelung des Code civil und des ABGB.<sup>9</sup> Diesbezüglich ist zu erwähnen, daß die wirtschaftlichen und geistigen Entstehungsumstände der erwähnten vier Gesetzeswerke im wesentlichen gleich sind. Im Code civil und im ABGB steht die Stellvertretung im engsten Zusammenhang mit dem Mandat.<sup>10</sup> Diese Anschauungsweise widerspiegelt sich auch in der Theorie. Savigny gebührt das Verdienst, als erster die Stellvertretung im Bereich des allgemeinen Teils des Obligationenrechts behandelt zu haben.<sup>11</sup> In der Literatur vor

<sup>8</sup> Eine eingehende Analyse der auf die Stellvertretung bezogenen Regelung der beiden Kodizes findet sich bei *H. Bauer*, Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB (Diss. Erlangen, 1963) S. 64—76 und *F. Everding*, Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert (Diss. Erlangen, 1951) S. 26—34.

<sup>9</sup> S. Art. 1984 des Code civil, in dem terminus technicus „procuration“ mit der Vollmacht — im Sinne des BGB — identisch ist. Der Mandatsbegriff des Art. 1948 umfaßt eigentlich nur das „mandat représentatif“, das sog. „offene Mandat“, das „mandat ostensible“. Die „procuration“ heißt hier im technischen Sinne die hiermit verbundene Vertretungsmacht. Ihr Umfang wird im Streitfalle vom juge de fonds festgestellt. Im Sinne des § 1002 des ABGB wird die Vollmacht als mit einem Mandat verbunden betrachtet.

<sup>10</sup> Beachtenswert ist, daß der sog. Urentwurf des ABGB (der Entwurf von Martini) von 1796 das Mandat von der Vertretungsmacht trennt. Zeiler hält aber diese Konstruktionsform nicht für nowendig. Vgl. *H. Kiesel*, Stellvertretung ohne Vertretungsmacht im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht. (Diss. Stuttgart, 1966) S. 126.

<sup>11</sup> *S. C. F. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III (Berlin, 1840) S. 90—98. Vgl. *L. Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht

Savigny wurde die Stellvertretung in der überwiegenden Mehrheit der Fälle an die Prozeßprokurator, an das Mandat oder an die *actiones adiecticiae qualitatis* gebunden.

5. Die Vertreter der Pandektistik benutzen die römischrechtlichen Quellen zur Rechtfertigung bzw. zur Legitimation der direkten Stellvertretung auf subjektiver Basis, wobei sie sich zweifelsohne einer Prekonzeption bedienen. Die savignyanische Geschäftsherrntheorie und die Zessionstheorie von Puchta messen auf gleiche Weise keine Bedeutung derjenigen Form der Stellvertretung bei, die in einer Beziehung objektiver Natur zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen wurzelt.

Für die Regelung der auf dem europäischen Kontinent bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts entstandenen Kodifikationen und für die in der Literatur herrschenden Ansichten in bezug auf die Stellvertretung ist gleicherweise eine Betrachtungsweise *subjektiver* Art charakteristisch. Man könnte auch so konzipieren, daß die Grundlage des Eintritts der direkten Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen der Wille des Vertretenen bildet.<sup>12</sup> Die Anerkennung der Relevanz des Willens des Vertretenen, als subjektives Element der Ermächtigung des Vertreters, ist als Ergebnis einer jahrhundertlang währenden theoretischen und ideologischen Überlegung zu bewerten.<sup>13</sup> Diese Basis, Grundlage der Stellvertretung hat folglich theoretischen Charakter. Hinter dieser Überlegung stecken letzten Endes diejenigen Warenverhältnisse, die einerseits den feudalen Rahmen zersprengen, andererseits jedoch den kapitalistischen Handelsbeziehungen, die immer mehr Aufschwung nehmen, noch nicht zu folgen vermögen. Auf den Aufschwung dieser Handelsbeziehungen, der auf dem Kontinent und vor allem in Deutschland zu beobachten ist, läßt sich zurückführen, daß auch die Konstruktion der Stellvertretung in diesem Zeitalter auf der Basis des autonom werdenden Handelsrechts einer Modifizierung bedarf.

6. Die Trennung zwischen dem Innenverhältnis (vor allem dem Mandat) und dem Außenverhältnis wird durch die Ausbildung der in Beziehungen objektiver Art wurzelnden handelsrechtlichen Stellvertretung ermöglicht. Für die Rechtslage des im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 zum Vorschein kommenden Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten ist vielmehr die Rücksichtnahme auf die Ansprüche der Verkehrsverhältnisse (mit anderen Worten auf den Verkehrsschutz), als die Berücksichtigung der mit viel Sorgfalt ausgearbeiteten theoretischen Grundlagen charakteristisch. Der von dem Innenverhältnis vollkommen unabhängige Rechtsschein, wobei die Konstruktion der Vollmacht entscheidende Rolle spielt, wird maßgebend.<sup>14</sup> Dieser Rechtsschein unterscheidet sich seinem Wesen nach von der Basis, die auf dem Gebiete des Privatrechts zum unmittelbaren Rechtserwerb bzw. zur

---

mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts (Wien, 1885) S. 80. Savigny befaßt sich mit der Stellvertretung auf ausführliche Weise in seinem „Obligationenrecht“. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II (Berlin, 1853) S. 21—88.

<sup>12</sup> Vgl. E. Bucher, Organschaft, Prokura, Stellvertretung zugleich Auseinandersetzung mit BGE 95 442 „Prospera“ GmbH (Festgabe Bürgi, Zürich, 1971) S. 45.

<sup>13</sup> Kaser vertritt in der Literatur die Ansicht, daß im Bereich der Anerkennung der direkten Stellvertretung auf subjektiver Basis auch die Freiheitsidee der Französischen Revolution eine nicht geringe Rolle spielt. S. A. Ormanni, Kaser sulla rappresentanza (Vortragsbesprechung) Labeo 2 (1956) S. 267.

<sup>14</sup> Vgl. Bucher, a. a. O. S. 45.

direkten Verpflichtung des Vertretenen führt: d. h. vom Willen des Vertretenen, der auf das Vertretensein gerichtet ist.

Hinter dem Rechtsschein, der im deutschen Handelsrecht überragende Bedeutung, hat, steckt unseres Erachtens in dogmatischer Sicht die Konstruktion der „*personarum identitas*“. Diese Feststellung wird damit begründet, daß im Laufe der Vorarbeiten zu dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, die schon im Jahre 1857 begannen, die Gesetzesverfasser sich keiner der in dieser Periode als herrschend geltenden Theorien — z. B. der Geschäftsherrntheorie von Savigny — anschließen wollten.<sup>15</sup> Das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen auf dem Gebiete des Handelsrechts unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Konstruktion des Innenverhältnisses der sog. freien Stellvertretungsverhältnisse, weil im Bereich des Handelsrechts nicht das privatrechtliche Mandat, das eindeutig in der Willensautonomie wurzelt, sondern das Verhältnis zwischen dem Ansteller und dem Angestellten, das Elemente hierarchischer Art beinhaltet, maßgebend ist.<sup>16</sup> Diese Konstruktion hat insoweit geschichtliche Vorläufer, daß gerade auf dem Terrain des Handels im mittelalterlichen Deutschland der Vertreter meistens Angestellte — mit einem etwas anachronistisch klingenden terminus technicus des modernen Rechts — des Vertretenen (d. h. des Händlers) ist.<sup>17</sup> Festzustellen ist, daß gerade dieses Verhältnis objektiver Natur, daß überwiegend hierarchische Elemente zum Inhalt hat, die „Identität“ — die eindeutig für die Außenwelt, für Dritte zum Vorschein kommt — zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zustandebringt. Diese sozusagen zu „vermutende“ Identität bildet die Basis der Trennung der Vollmacht vom Innenverhältnis.

7. Außerordentlich interessant und eigentümlich ist, welchen Einfluß die Konstruktion der handelsrechtlichen Stellvertretung, die eindeutig durch die Ansprüche der Praxis bzw. des *ius in praxi*, ohne besonders bedeutenden theoretischen Inhalt geformt wurde, sowohl auf die Privatrechtslehre als auch auf die Kodifikationsarbeit ausgeübt hat. Es ist vielleicht nicht dem Zufall zuzuschreiben, daß Jhering fast gleich danach, als die Vorarbeiten zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch begonnen wurden, zu der Folgerung gelangt, daß die Rechtsfolgen der Stellvertretung vom Innenverhältnis vollkommen unabhängig sind.<sup>18</sup> Laband ist der erste, der die Vollmacht vom Innenverhältnis (praktisch vom Auftrag) dem Paradigma der handelsrechtlichen Stellvertretung folgend, auf konsequente Weise trennt.<sup>19</sup> Bezeichnend ist für die von der handelsrechtlichen Stellvertretung begonnene „theoretische Revolution“, daß Thöl, der vorher das Institut der unmittelbaren Stellvertretung in

<sup>15</sup> S. Protokoll 1. Teil 2. Lesung S. 78. zitiert von Bauer, a. a. O. S. 113.

<sup>16</sup> In bezug auf das 20. Jahrhundert macht Ballerstedt zwischen den sog. freien Stellvertretungsverhältnissen einerseits und der Prokura bzw. der Handlungsvollmacht andererseits einen Unterschied. S. K. Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter (AcP 151 (1950—51) S. 515.

<sup>17</sup> Vgl. Everding, a. a. O. S. 17.

<sup>18</sup> S. R. Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Jahrbücher f. die Dogmatik des heutigen röm. Rechts und des deutschen Privatrechts 2 (1958) S. 120.

<sup>19</sup> S. P. Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche (Z. f. das gesamte Handelsrecht 10 (1866) S. 184 ff.

Abrede stellt, gerade aufgrund des § 52 Abs. 3 und § 298 Abs 1 des Handelsgesetzbuches die Konstruktion der direkten Stellvertretung anerkennt.<sup>20</sup>

Die handelsrechtliche Stellvertretung, wobei der Rechtsschein, mit anderen Worten der objektive Charakter des Innenverhältnisses und die Trennung des des Innenverhältnisses vom Außenverhältnis maßgebend sind, wird sehr bald anerkannte Konstruktion im Bereich der privatrechtlichen Kodifikationen. Das sächsische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1861 ist das erste Gesetzbuch, in dem die Trennung des Innenverhältnisses vom Außenverhältnis gesetzliche Anerkennung findet.<sup>21</sup> Der Einfluß des deutschen Handelsrechts macht sich auch in der auf die privatrechtliche und handelsrechtliche Stellvertretung bezogene Regelung des Schweizerischen Obligationenrechts von 1881 bemerkbar.<sup>22</sup> Schließlich bildet die handelsrechtliche Stellvertretung bzw. Stellvertretungslehre auch — letzten Endes — die Basis der Stellvertretungskonstruktion des BGB, insofern auch dieser Kodex die Vollmacht vom Mandat, als Grundlage des Innenverhältnisses, trennt.

8. Alles summierend läßt sich feststellen, daß die objektive Stellvertretungskonstruktion des deutschen HGB, die die Relevanz des Rechtsscheins betont und keinerlei Bedeutung dem Innenverhältnis subjektiver Natur beimißt, sowohl in der Privatrechtsdogmatik, als auch in der Gesetzgebung — vor allem in Deutschland<sup>23</sup> — herrschend wird.<sup>24</sup> Diese objektive Konstruktion, die darauf aufgebaut ist, daß das Innenverhältnis vom Außenverhältnis getrennt wird<sup>25</sup>, wirft jedoch — man soll sich auch dessen bewußt sein —, obwohl sie zweifelsohne auf dem Gebiete des Privatrechts dem Anspruch der Rechtssicherheit entspricht, viele dogmatische Probleme von großer Tragweite auf.

## II.

### *Der anglo-amerikanische Rechtskreis*

9. Da wir in dieser Abhandlung auch auf die Stellvertretungskonstruktion des römischen Rechts Rücksicht nehmen, ist zu betonen, daß die eingehende Analyse des *agency*-Rechts des anglo-amerikanischen Rechtskreises auf dem

<sup>20</sup> S. zusammenfassend *Everding*, a. a. O. S. 79 f. und *Bauer*, a. a. O. S. 94 ff. u. 141 ff. Thöl gebührt das Verdienst, die handelsrechtliche Stellvertretung von der privatrechtlichen Stellvertretung getrennt zu haben. S. *Everding*, a. a. O. S. 83. Wir erwähnen, daß *Everding* diese Trennung bzw. Unterscheidung für verfehlt hält.

<sup>21</sup> Vgl. *E. Cohn*, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung (Marburg, 1931) S. 265 N. 4.

<sup>22</sup> Auf die Verfasser des OR hat der sog. Dresdner Entwurf, der das deutsche Obligationenrecht zu regeln berufen war, Einfluß ausgeübt. Vgl. *Th. Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht 4. verb. Aufl. (Zürich, 1948) S. 21.

<sup>23</sup> Der französische Code civil macht z. B. keinen Unterschied zwischen der privatrechtlichen und handelsrechtlichen Bevollmächtigung. Die im Titel XIII des Buches III des Code civil befindliche, auf das Mandat bezogene Regelung bezieht sich sowohl auf das „mandat civil“ als auch auf das „mandat commercial“. Vgl. *H. Berger*, Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR. (Diss. Zürich, 1974) S. 38.

<sup>24</sup> Dies bedeutet aber noch nicht, daß im Stellvertretungsrecht — im Bereich des Privatrechts — der auf die Stellvertretung gerichtete Wille des Vollmachtgebers bezüglich des Eintritts der direkten Rechtsfolgen nicht von entscheidender Bedeutung wäre. S. z. B. bezüglich des § 36 Abs. 2 des OR *Bucher*, a. a. O. S. 33 ff. und 45. Der Rechtsschein führt an sich noch nicht zum Eintritt der direkten Rechtsfolgen.

<sup>25</sup> Müller-Freienfels weist darauf hin, daß alle im Laufe unseres Jahrhunderts entstandenen Privatrechtskodizes in irgendwelcher Form das Innenverhältnis von

Terrain der Untersuchungen der Stellvertretungskonstruktion der antiken Rechte unterblieben ist. In dieser Beziehung ist bezeichnend, daß im Bereich des hellenischen und des römischen Rechts nicht einmal Rabel, der bei der Analyse der Stellvertretung die Vergleichsbasis bezüglich der modernen Rechte nicht auf die deutsche Pandektistik beschränkte, das Institut der *agency* der Rechte des anglo-amerikanischen Rechtskreises in Betracht zog.<sup>26</sup> Diese gewissermaßen instinktive Abneigung gegenüber der Berücksichtigung der mit der Stellvertretung im Zusammenhang stehenden Konstruktion des englischen Rechts ist schon für die im Laufe des 19. Jahrhunderts herrschenden Theorien auf dem europäischen Kontinent charakteristisch.<sup>27</sup> Die juristische Romanistik, für die mehr oder weniger noch immer eine gewisse pandektistische Betrachtungsweise bezeichnend ist, folgte und folgt immer noch dieser „isolierenden“, den Rechten des anglo-amerikanischen Rechtskreises gegenüber sich zurückhaltenden Anschauungsweise.

Gegen die Benützung oder mindestens Berücksichtigung der Normen oder theoretischen Prinzipien der Rechte des anglo-amerikanischen Rechtskreises spricht unseres Erachtens nicht einmal der Umstand, daß diese Rechte in keinem Zusammenhang „genetischer“ Natur mit dem römischen Recht — mit dem justinianischen römischen Recht — stehen.<sup>28</sup> Die eingehende Analyse der Regelung der modernen Rechte wird nämlich ausschließlich dadurch gerechtfertigt, daß diese in einem direkten oder indirekten Zusammenhang bezüglich ihres historischen Werdeganges oder der Rezeption stehen. Vielmehr ist die Rücksichtnahme auf die modernen Rechte vom Aspekt der Erweiterung der Vergleichsbasis erforderlich. In dieser Beziehung besitzt die im Insel-land entwickelte *agency* ohne jedweden Zweifel Gleichrangigkeit mit den verschiedenen Formen, Konstruktionen der Stellvertretung auf dem Kontinent. Der theoretischen Untersuchung geht aber auch bezüglich der *agency* eine Analyse historischer Art voran, die die Wurzeln der heute geltenden Regelung erhellt.

10. Im englischen Recht des 18. und 19. Jahrhunderts ist der terminus technicus *agent*, der mehr oder weniger mit dem Vertreter gleichbedeutend ist, noch nicht bekannt. Das Wort *agency* ist nicht einmal im alphabetischen Register der Kommentare von Blackstone zu finden. Es wäre aber verfehlt, wenn man aus diesem Umstand darauf schließen würde, daß diese eigentümliche

---

Außenverhältnis trennen. S. W. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsge-  
schäft (Tübingen, 1955) S. 2 ff.

<sup>26</sup> S. E. Rabel, Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sogenannte actio quasi insti-  
toria (Festschrift Zitelmann München—Leipzig, 1913, neuedruckt Gesammelte  
Aufsätze IV. Tübingen, 1971) S. 269 passim, *ders.*, Eine neue Vollmächtsurkunde  
(Aegyptus 13 [1933]) S. 380 passim, *ders.*, Die Stellvertretung in den hellenistischen  
Rechten und in Rom (Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano I Pavia,  
1934) S. 237 passim und *ders.*, Systasis (AHDO 1 [1937]) S. 214 passim. Bezüglich  
des Begriffes des Rechtskreises s. aus der neueren Literatur K. Zweigert—H. Kötz,  
Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I 2.  
neubearb. Aufl. (Tübingen, 1984) S. 72—86.

<sup>27</sup> Vgl. H. Lévy—Ullmann, La contribution essentielle du droit anglais à la  
théorie générale de la représentation dans les actes juridiques (Actorum Academiae  
Universalis Jurisprudentiae Comparativae I Berlin—London—Paris, 1928) S. 341.

<sup>28</sup> Vgl. G. H. L. Fridman, The Law of Agency 3. Aufl. (London, 1971) S. 3.,  
H. Gr. Hunbury, The Principles of Agency 2. Aufl. (London, 1960) S. 3. und  
S. Würdinger, Geschichte der Stellvertretung in England (Marburg, 1933) S.  
14 und 445.

Rechtseinrichtung — verglichen mit der Stellvertretungskonstruktion der kontinentalen Rechte — des englischen Rechts am Ende des 18. Jahrhunderts noch unbekannt gewesen wäre.<sup>29</sup> Das Vergleichen der *agency* mit der in den kontinentalen Rechten bekannten Konstruktion der Stellvertretung wird dadurch erschwert, daß diese Rechtseinrichtung neben dem *agent-principal*-Verhältnis auch das *master-servant*-Verhältnis, das schon von seiner historischen Seite her offenbar auf hierarchischem Verhältnis aufgebaut ist, innehat.<sup>30</sup> Daraus, daß das in Beziehungen hierarchischer Natur wurzelnde *master-servant*-Verhältnis zum Institut der *agency* gehört, läßt sich darauf folgen, daß die *agency* in der Sphäre der *origo* auf Verhältnis solcher Art beruht.<sup>31</sup> Damit erklärt sich — jedenfalls vom historischen Aspekt her — die gut fundierte Ansicht von Holmes. Dieser Auffassung gemäß hätte den Grund der *agency* im Laufe des späten Mittelalters nicht der Vertrag, sondern vielmehr die Fiktion der Identität zwischen dem *agent* und dem *principal*, deren Basis der sog. *domestic status* darstellt, gebildet.<sup>32</sup> In keinem Widerspruch steht mit dieser Identitätsfiktion die Vermutung von Würdinger, dergemäß der *agency* die im Bereich der Familienverhältnisse zum Vorschein kommende väterliche Gewalt (das Munt-Verhältnis) unterliegt.<sup>33</sup>

11. Wesentlich geringere Rolle spielt das hierarchische Verhältnis in derjenigen Praxis des Court of Chancellor, die *per analogiam* als Mittel der Anerkennung der rechtlichen Relevanz der Stellvertretungsverhältnisse das *trust*-Verhältnis betrachtet.<sup>34</sup> Wir sind der Meinung, daß nicht zuletzt dieser Umstand Pollock und Maitland zu der Überzeugung führte, das die *agency* schon von Anfang an Bestandteil des *trust* war.<sup>35</sup> Es ist natürlich auch das nicht auszuschließen, daß der chancellor gerade auf der Basis dieses von Anfang an existierenden Verhältnisses das Institut des *trust* dazu benutzte, die *agency* auf sozusagen Umwegen zur Anerkennung zu verhelfen. Vielleicht hat diese Beziehung mit dem *trust* die Integration der in formeller Hinsicht mittelbaren Stellvertretung (der sog. *undisclosed agency*) — und zwar mit direkten Rechtsfolgen — in das einheitlich konstruierte Rechtsinstitut der *agency* möglich gemacht.<sup>36</sup>

Die oben erwähnten rechtlichen Formen der Anerkennung der *agency* beschränken sich aber bloß auf das Terrain des Common Law und der vor allem von der Praxis entwickelten Equity. Der Anspruch auf Anerkennung

<sup>29</sup> S. Lévy-Ullmann, a. a. O. S. 341.

<sup>30</sup> Aus der reichen Sekundärliteratur s. Bowstead on Agency Ed. E. J. Griew, 12. Aufl. (London, 1959) S. 2., Hunbury, a. a. O. S. 10., F. R. Mechem, Outlines of the Law of Agency 3. Aufl. (Chicago, 1923) S. 3 und 10. und W. A. Seavey, Handbook of the Law of Agency (St. Paul, 1964) S. 2 und 8.

<sup>31</sup> Vgl. Lévy-Ullmann, a. a. O. S. 345.

<sup>32</sup> S. O. W. Holmes, The History of Agency in Select Essays in Anglo-American Legal History S. 3 und 367 ff. Zitiert von Würdinger a. a. O. S. 10 f. und 447. Würdinger kritisiert die Theorie der Identitätsfiktion von Holmes deswegen, weil nach seiner Ansicht die Basis der *agency* das Munt-Verhältnis bildet. Vgl. noch Lévy-Ullmann, a. a. O. S. 358 ff.

<sup>33</sup> S. Würdinger, a. a. O. S. 346 f., 448 und 454 ff.

<sup>34</sup> S. Fridman, a. a. O. S. 5 f.

<sup>35</sup> S. F. Pollock—F. W. Maitland, The History of English Law before the time of Edward I 2. Aufl. Ed. S. F. Milsom II (Cambridge, 1968) S. 228.

<sup>36</sup> Das Verhältnis zwischen dem *trust* (der Treuhand) und der Stellvertretung ist deswegen nicht aufzuhellen, weil im englischen Recht auch der mittelbare Vertreter als *agent* zu betrachten ist. S. Würdinger, a. a. O. S. 305 ff.



der *agency* kommt par excellence auf dem Gebiete des Maritime Law und des Mercantile Law zum Vorschein.<sup>37</sup> Als Ergebnis der immer mehr maßgebend werdenden Handelsverhältnisse wird ab Anfang des 17. Jahrhunderts das selbstständig gewordene *principal-servant*-Verhältnis sichtbar. Dies bedeutet die eine Linie der Entwicklung der *agency* im modernen Sinne. Im Bereich des Maritime Law entwickelt sich die Anerkennung — im wesentlichen in derselben Epoche — der vertraglichen Verantwortung des *principal*. Aufgrund dieser Verantwortung wird der Schiffseigentümer für die vom *agent* vorgenommenen Verträge auch in dem Falle verantwortlich, wenn der *agent* dazu von ihm *nicht* ermächtigt wurde. In der Sphäre des Mercantile Law und des Maritime Law wird dasjenige *principal-agent*-Verhältnis anerkannt, das von einer Beziehung hierarchischer Art (wie im Falle des *master-servant*-Verhältnisses oder des Hausvater-Hausmitglied-Verhältnisses) bzw. von einer Beziehung fiduziarischer Natur (d. h. wenn der *agent* in der Lage eines *trustee* ist) abweicht. Dieses *principal-agent*-Verhältnis, das im wesentlichen in Verhältnissen *nicht* hierarchischer Art wurzelt, schließt jedoch die Kontrolle seitens des *principal* nicht aus.

12. Dieses *principal-agent*-Verhältnis neuen Typs hat sonderbarerweise ebenso objektiven Charakter — d. h. es ist nicht unbedingt auf einer vertraglichen Basis gegründet — wie die im Bereich des Common Law und der Equity bekannte *agency*, wobei die „*fiction of identity*“ (Holmes) stark von Bedeutung ist. Es ist nicht dem Zufall zuzuschreiben, daß die literarischen Meinungen fast vollkommen darin übereinstimmen, ob der *nudus consensus* zur *agency* genügend ist. Die Antwort auf diese Frage ist überwiegend bejahend,<sup>38</sup> weil die Grundlage der objektiven „*fiction of identity*“, die sich eindeutig den Interessen der Dritten Rechnung trägt, nicht unbedingt ein Vertragsverhältnis bildet. Wir sind der Auffassung, daß diese moderne *agency*, die einerseits vom Innenverhältnis auf kontraktueller Basis unabhängig wurde und andererseits vor allem auf Drittpersonen gerichtet ist, sozusagen die „*Resultante*“ der auf die *agency* bezogenen Konstruktionen des Common Law<sup>39</sup> und des Mercantile Law bzw. des Maritime Law darstellt, da sie dem Gedanken der zwischen dem *principal* und dem *agent* bestehenden Identität in ausdrücklicher Form Rechnung trägt.

### Schlußbetrachtung

In dieser Abhandlung konnte der äußerst komplexe Problembereich der Entwicklungstypen der gewillkürten Stellvertretung nur in groben Zügen behandelt werden. Die Ausführungen des Verfassers haben deshalb keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Wir hoffen jedoch, daß es doch gelungen ist, die

<sup>37</sup> Vgl. Fridman, a. a. O. S. 6 ff.

<sup>38</sup> S. Bowstead on Agency S. 1, Seavery, a. a. O. S. 4 und American Restatement of the Law of Agency § 26a. Vgl. zusammenfassend Fridman, a. a. O. S. 10 f. und K. Zweigert—H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II (Tübingen, 1969) S. S. 118. Wir verweisen darauf, daß es auch einen solchen literarischen Standpunkt gibt, nach dem die *agency* als ein Verhältnis auf kontraktueller Grundlage aufzufassen ist. S. Mechem, a. a. O. S. 5.

<sup>39</sup> Die *equity* spielt bezüglich der Anerkennung der *sui generis agency* keine besonders wichtige Rolle, da der chancellor gerade auf diesem Gebiet einen relativ geringen Einfluß hatte. Vgl. Würdinger, a. a. O. S. 464 f.

wesentlichen oder — besser gesagt — die *wesentlichsten* Merkmale der verschiedenen Formen der geschichtlichen Entwicklung der gewillkürten Stellvertretung erhellt zu haben. Die Aufhellung dieser Problematik ist schon deswegen von nicht geringem Interesse, weil dadurch auch bezüglich der viel diskutierten Vereinheitlichung der auf das Innenverhältnis bezogenen Regelung der Stellvertretung beim internationalen Warenkauf Fortschritt erzielt werden könnte.<sup>40</sup> Dieser Fortschritt wäre vielleicht leichter zu realisieren, wenn die in diesem Falle in ausdrücklicher Form der Rechtsvereinheitlichung dienende vergleichende Analyse<sup>41</sup> auch auf die historischen Entwicklungsprozesse, die sich *im wesentlichen* nicht viel im Bereich der kontinentaleuropäischen Rechte und der Rechte des anglo-amerikanischen Rechtskreises voneinander unterscheiden, Rücksicht nehmen würde.

<sup>40</sup> Der vom UNIDROIT nach etwa fünf Jahrzehntlang währender Vorbereitung erarbeitete Text des Übereinkommens über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf wurde am 15. Februar 1983 in Genf von der Diplomatischen Konferenz, woran die Vertreter von 49 Staaten beteiligt waren, verabschiedet. (Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the UNIDROIT Draft Convention on Agency in the International Sale of Goods adopted in Geneva, 17 February 1983). Im Text wird das Innenverhältnis angesichts der divergierenden Meinungen, die mit den unterschiedlichen Regelungen im Bereich der verschiedenen nationalen Rechte (Rechtssysteme) im Zusammenhang stehen, nicht geregelt. Vgl. G. Hamza, Egyezménytervezet a képviselőről a nemzetközi adásvétel körében (Konventionsentwurf über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf) Külgazdaság 27 (1983) S. 17—22. und W. Müller—Freienfels, Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht (Rabelsz 43 [1979]) S. 80—115. Diese Abhandlung ist in unveränderter Form abgedruckt auch im Sammelband W. Müller—Freienfels, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt (Frankfurt am Main, 1982) S. 359—391.

<sup>41</sup> Bezüglich der Rechtsvereinheitlichungsfunktion der Rechtsvergleichung s. Zweigert—Kötz, Einführung I<sup>2</sup> S. 26—31.