

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 14

# Die Untervollmacht

Von

Dr. iur. Johann Wilhelm Gerlach



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

*Johann Wilhelm Gerlach / Die Untervollmacht*

# **Berliner Juristische Abhandlungen**

**unter Mitwirkung von**

Walter G. Becker, Karl August Bettermann, Hermann Blei, Arwed Blo-  
meyer, Gustav Boehmer, Martin Drath, Erich Genzmer, Ernst Heinitz,  
Heinrich Herrfahrdt, Ernst E. Hirsch, Götz Hueck, Hermann Jahrreiß,  
Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Peter Lerche, Walter Meder, Dietrich  
Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl  
Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Fritz Werner, Franz Wieacker,  
Herbert Wiedemann, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

**herausgegeben von**

**Ulrich von Lübtow**

**Band 14**

# Die Untervollmacht

Von

Dr. iur. Johann Wilhelm Gerlach



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Gedruckt mit Unterstützung der Stiftung Volkswagenwerk

Alle Rechte vorbehalten  
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1967 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61  
Printed in Germany

## Vorwort

Das Institut der Untervollmacht — die Vertretung eines Vertreters in seiner Vertreterstellung — ist ein Beispiel dafür, wie sich zu einem Problemkreis in der Rechtsprechung sowie in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur eine sogenannte herrschende Meinung etabliert, deren Augenmerk einzelnen praktischen Folgerungen, kaum aber den dogmatischen Grundlagen zugewendet ist. So kann es nicht über-raschen, wenn bei weitgehend übereinstimmender Auffassung zur rechtlichen Möglichkeit einer Untervollmacht die Ansichten in Einzel-fragen oft auseinandergehen. Wo eine konstruktive Basis fehlt, stellen sich zuweilen unhaltbare Scheinbegründungen ein, wenn nicht gar der bloße Hinweis auf ein Verkehrsbedürfnis für ausreichend erachtet wird. Dieses von *Gernhuber* zutreffend charakterisierte „Stadium des dogmatischen Halbdunkels“ etwas zu erhellen und damit eine Frage aus dem Stellvertretungsrecht ihrer Klärung näher zu führen, ist die Auf-gabe, der sich die folgenden Erörterungen widmen.

Herrn Professor Dr. Arwed *Blomeyer* danke ich für die ständige Betreuung und Förderung.

Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. *von Lübtow* für die Auf-nahme der Arbeit in die von ihm herausgegebene Reihe.

*Johann W. Gerlach*



## Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung .....	9
II. Abgrenzung und Begriffsklärung .....	11
III. Die verschiedenen Rechtsansichten zur Untervollmacht .....	15
IV. Die Untervollmacht im System der Stellvertretung .....	25
1. Der Untervertreter ist Bevollmächtigter des Vertreters, aber Vertreter des Prinzipals .....	25
a) Die schuldrechtliche Substitution kein notwendig eigen- namiges Rechtsgeschäft .....	26
b) Die angebliche Kongruenz von Untervollmacht und Unter- auftrag .....	27
c) Die Identität von Vollmachtgeber und Vertretenem .....	31
2. Der Untervertreter übt die Vertretungsmacht des Vertreters aus .....	38
a) Die Vertretungsmacht kein übertragbares Recht .....	39
b) Die Vertretungsmacht keine Ausübungsberechtigung .....	41
3. Der Untervertreter vertritt den Vertreter .....	44
a) Logische Möglichkeit .....	46
b) Rechtliche Möglichkeit .....	48
aa) Die Wirkung für und gegen den Vertreter .....	49
bb) Die Wirkung für und gegen den Prinzipal .....	52
cc) Die Unvereinbarkeit mit den §§ 164 ff. BGB .....	57
V. Die Übereinstimmung der Rechtsfolgen von Unter- und Neben- vollmacht .....	64
1. Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen, § 166 BGB .....	64
2. Anwendung des § 181 BGB auf Rechtsgeschäfte des Vertreters im eigenen Namen mit dem Unter- und dem Nebenvertreter ..	66
3. Erlöschen der Unter- und der Nebenvollmacht .....	71
a) Widerruf der Unter- und der Nebenvollmacht .....	71
b) Widerruf der Hauptvollmacht .....	76
4. Genehmigung vollmachtlosen Handelns des Unter- und des Nebenvertreters .....	76

5. Haftung des Unter- und des Nebenvertreters .....	78
a) Nach § 179 BGB .....	78
b) Nach § 54 S. 2 BGB .....	84
<i>VI. Die Bevollmächtigungsbefugnis des Vertreters .....</i>	<i>87</i>
<i>VII. Das angebliche Verkehrsbedürfnis nach Anerkennung der Untervollmacht .....</i>	<i>90</i>
1. Bestellung des „Vertreters“ nach § 81 ZPO .....	90
2. Bevollmächtigung des Schutzbefohlenen durch den gesetzlichen Vertreter .....	92
3. Bevollmächtigung durch einen Gesamtvertreter .....	95
4. Bevollmächtigung des Alleinerben durch den Erblasser .....	101
5. Bestellung des Testamentsvollstreckers .....	101
6. Bevollmächtigung durch den Testamentsvollstrecker .....	102
<i>VIII. Ergebnis .....</i>	<i>106</i>
<i>Literaturverzeichnis .....</i>	<i>109</i>

## Abkürzungsverzeichnis

ABGB	(Österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. 6. 1811
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
AktG	Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (Nr. der Entscheidung, Paragraph, Gesetz)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater (Jahr, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof, auch: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24. 2. 1961
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1. 8. 1959
Cc	Code civil vom 21. 3. 1804
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr, Spalte)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht, Ausgabe A (Jahr, Seite)
E I	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888
E II	Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, zweite Lesung, 1895
ElsLothZ	Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen (Jahr, Seite)
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band, Seite)
GrünhutzZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut (Band, Seite)
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HansRZ	Hanseatische Rechtszeitschrift für Handel, Schiffahrt und Versicherung (Jahr, Spalte)
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
JBl.	Juristische Blätter (Band, Seite)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (Band, Seite)
JherJb.	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KGBl.	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts (Band, Seite)
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band, Seite)

lit.	littera
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (Nr. der Entscheidung, Paragraph, Gesetz)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Spalte)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
MittBayNotV	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Jahr, Seite)
Mot.	Motive
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NaumbAZ	Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg a. S. (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht, auch: Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band, Seite)
Prot.	Protokolle
PucheltsZ	Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und Französisches Civilrecht (Band, Seite)
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
Rdb.	Randbemerkung
Rdz.	Randziffer
Recht	Das Recht (Aufsätze: Jahr, Spalte; Entscheidungen: Jahr, Nummer)
RechtsspW	Rechtsspiegel der Wirtschaft (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht, auch: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
SächsArch.	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß (Jahr, Seite)
SchiffsRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken vom 15. 11. 1940
SeuffArch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Band, Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Spalte)
VerglO	Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV (Jahr, Seite)
ZBlfG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (Band, Seite)
ZRpflBay.	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Jahr, Seite)
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Band, Seite)
ZVersWiss.	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Jahr, Seite)
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (Band, Seite)

Paragrafen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das BGB.

## I. Einleitung

Begriff und Zulässigkeit der Untervollmacht als der von einem Vertreter verliehenen Vollmacht haben im BGB keine Erwähnung erfahren<sup>1</sup>. Lediglich die §§ 52 Abs. 2, 58 HGB, § 135 Abs. 3 AktG und § 81 ZPO behandeln die Übertragbarkeit von Prokura und Handlungsvollmacht, die „Unterbevollmächtigung“ durch ein zur Stimmrechtsausübung bevollmächtigtes Kreditinstitut und die Bestellung eines Vertreters und eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen durch den Prozeßbevollmächtigten. Die Möglichkeit der Erteilung einer Vertretungsmacht durch einen Vertreter, in den Motiven<sup>2</sup> als eine den Umfang der Vollmacht betreffende Einzelfrage charakterisiert, ist jedoch über den Rahmen dieser positiven Bestimmung hinaus allgemein anerkannt<sup>3</sup>; *Fülster*<sup>4</sup> hält das Institut der Untervollmacht für gewohnheitsrechtlich gesichert.

Die Zulässigkeit der Bevollmächtigung durch einen Vertreter entspricht auch einem dringenden Erfordernis des Rechtsverkehrs. Ähnliche Gründe, die den einzelnen zur Erteilung einer Vertretungsmacht veranlassen, z. B. ausgedehnter Umfang der zu besorgenden Geschäfte, Verhinderung durch Abwesenheit oder Krankheit, mangelnde Sachkenntnis, können auch einen Vertreter nötigen, das Rechtsgeschäft nicht selbst abzuschließen, sondern durch einen von ihm bevollmächtigten Dritten vornehmen zu lassen: Ein Generalbevollmächtigter oder ein Prokurist erteilt Vertretungsmacht zum Abschluß einzelner Geschäfte, der Generalvertreter eines Versicherers bestellt Untervertreter, der prozeßbevollmächtigte Rechtsanwalt betraut einen Kollegen mit der Wahrnehmung eines Termins oder mit der Rechtsverfolgung in der höheren Instanz.

---

<sup>1</sup> Anders z. T. in ausländischen Zivilgesetzbüchern, z. B. § 1010 ABGB, Art. 1994 Cc. Siehe dazu mit weiteren Beispielen *Müller-Freienfels*, S. 62 Anm. 55 a. Der Begriff „Unterbevollmächtigung“ wird in § 135 Abs. 3 AktG verwandt. Zum Begriff der Untervollmacht in landesrechtlichen Stempelgesetzen vgl. *Haas*, S. 8 Anm. 4. Zur geschichtlichen Betrachtung vgl. *Wenger*, S. 152/153; *Mitteis*, S. 196/197; *Hupka*, Vollmacht, S. 346 ff.; *Haas*, S. 13 ff., 85 ff.

<sup>2</sup> I S. 232.

<sup>3</sup> Vgl. *Staudinger — Coing*, § 167 Rdz. 29; BGH 32, 250 ff. = JZ 1960, 603 = NJW 1960, 1565 = MDR 1960, 746 = WM 1960, 786 = BB 1960, 718 = DB 1960, 782.

<sup>4</sup> S. 1.

Die rechtliche Anerkennung einer Bevollmächtigung durch einen Vertreter erweist sich vor allem in den Fällen gesetzlicher Vertretung als dringlich, da hier grundsätzlich<sup>5</sup> nur der Vertreter zur Vornahme von Rechtsgeschäften für den Vertretenen in der Lage und dieser selbst vom eigenen rechtsgeschäftlichen Handeln und damit auch von der Erteilung einer Vertretungsmacht ausgeschlossen ist. Entsprechendes gilt für Organe und Verwalter (Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter usw.).

Trotz dieser erheblichen praktischen Bedeutung bestehen über die rechtliche Konstruktion der Untervollmacht größte Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten<sup>6</sup>. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ebenso wie in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur finden sich häufig nur kurze, stets wiederkehrende Wendungen und Ausführungen weniger begründender denn behauptender Natur. Lediglich einige ältere Monographien und Dissertationen wenden dieser Frage nähere Aufmerksamkeit zu. Da die Autoren dabei nicht nur verschiedene Wege zur dogmatischen Einordnung beschreiten, sondern auch eine voneinander abweichende Terminologie verwenden und zudem noch unterschiedliche Tatbestände behandeln, bedarf es zunächst einer Begriffserklärung und Abgrenzung der Untervollmacht von ähnlichen rechtlichen Tatbeständen.

---

<sup>5</sup> Anders z. B. bei der Pflegschaft, wenn der Pflegebefohlene selbst voll geschäftsfähig ist, §§ 1910 f. Ähnlich auch die sog. Schlüsselgewalt nach § 1357, wenn man sie als Vertretungsmacht versteht (entgegen der h. M., z. B. *Palandt — Lauterbach*, § 1357 Bem. 1, die die Schlüsselgewalt als eigenes Recht der Frau qualifiziert). Siehe näher dazu *Soergel — Siebert — Vogel*, § 1357 Rdz. 5 ff.

<sup>6</sup> So schon *Haas* (1925), S. 1. Ebenso heute *Gernhuber*, JZ 1960, 605, nach dem „das Stadium des dogmatischen Halbdunkels noch nicht überwunden“ ist.

## II. Abgrenzung und Begriffsklärung

Die Erteilung einer Vertretungsmacht durch einen Vertreter entzieht sich einheitlicher Qualifizierung und Bezeichnung. Das gründet sich auf die Verschiedenheit dieses Bevollmächtigungsaktes in Form und Wirkung. Die Form der Bevollmächtigung ist insoweit unterschiedlich, als der Vertreter die Vertretungsmacht im eigenen und im fremden Namen verleihen kann. Bei der Wirkung ergibt sich eine Differenzierung einmal dahin, zu wessen Vertretung der Bevollmächtigte befugt ist, und zum anderen, ob der bevollmächtigte Vertreter aus seinem Vertretungsverhältnis ausscheidet oder zwei Vertreter nebeneinander stehen.

Zur Verdeutlichung seien zunächst die konstruktiven Möglichkeiten der Bestellung eines Vertreters durch einen Vertreter aufgezeigt:

1. Der Vertreter bevollmächtigt den Dritten im Namen des Prinzipals zu dessen Vertretung; der Prinzipal ist nach § 164 Abs. 1 Vollmachtgeber und Vertretener.
2. Der Vertreter erteilt dem Dritten im eigenen Namen die Macht zur Vertretung des Prinzipals; der Vertreter ist Vollmachtgeber, der Prinzipal Vertretener.
3. Der Vertreter bevollmächtigt den Dritten im eigenen Namen zu seiner Vertretung als Vertreter; der Vertreter ist Vollmachtgeber und Vertretener, die Wirkungen des vom Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts sollen aber den Prinzipal treffen.
4. Der Vertreter bevollmächtigt den Dritten im eigenen Namen zu seiner Vertretung ohne Bezugnahme auf seine Vertreterstellung; der Vertreter ist Vollmachtgeber und Vertretener.

Für die Untervollmacht scheidet Fall 4 von vornherein aus, da der Bevollmächtigende den Vertreter für sich bestellt, also höchstens als mittelbarer Vertreter des Prinzipals. Die mittelbare Vertretung rechnet nicht zur Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff.<sup>1</sup>, so daß es sich bei dieser rechtlichen Gestaltung lediglich um eine Kombination zweier unabhängiger Vertretungsverhältnisse handelt; zu einer

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu *Staudinger — Coing*, Vorb. zu § 164 Rdz. 38 ff.