

Berliner Juristische Abhandlungen

Band 25

Gewillkürte Stellvertretung
im Römischen Privatrecht

Von

Dr. Axel Claus



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

AXEL CLAUS

Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht

Berliner Juristische Abhandlungen

unter Mitwirkung von

Walter G. Becker, Hermann Blei, Arwed Blomeyer, Erich Genzmer, Ernst Heinitz, Ernst E. Hirsch, Hermann Jahrreiß, Emil Kießling, Wolfgang Kunkel, Richard Lange, Walter Meder, Dietrich Oehler, Werner Ogris, Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Erwin Seidl, Karl Sieg, Klaus Stern, Wilhelm Wengler, Franz Wieacker, Hans Julius Wolff (Freiburg i. Br.)

herausgegeben von

Ulrich von Lübtow

Band 25

Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht

Von

Dr. Axel Claus



DUNCKER & HUMBLOT/BERLIN

Gedruckt auf Empfehlung
der Professoren Dr. Erwin Seidl und Dr. Ulrich von Lübtow
mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten
© 1973 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1973 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 02859 7

Vorwort

Die Forschungen Herrn Prof. Dr. Erwin Seidls, dessen Assistent ich von 1966 bis 1971 am Institut für Römisches Recht der Universität zu Köln war, haben mich zu vorliegender Untersuchung angeregt. Herr Prof. Seidl hat in freundschaftlicher, sachlicher und persönlicher Zusammenarbeit die Arbeit gefördert; dafür bin ich ihm sehr dankbar.

Herrn Prof. Dr. Ulrich von Lübtow danke ich für die Aufnahme meines Buches in die Reihe der „Berliner Juristischen Abhandlungen“ sowie für seine sehr freundliche Hilfe bei der Überarbeitung bis zur Druckreife.

Beide Herren haben sich zudem dafür eingesetzt, daß der Druck des Buches möglich wurde. Auf ihre Empfehlung hat die Deutsche Forschungsgemeinschaft dankenswerterweise diese Arbeit mit einem namhaften Druckkostenzuschuß unterstützt.

Ein besonderes Sachregister erschien mit Rücksicht auf das ausführliche Inhaltsverzeichnis nicht notwendig.

Eitorf, im Januar 1973

Axel Claus

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Einleitung

A. Allgemeine Vorbemerkungen; Problemstellung	1
Bisherige Darstellungen — Ankündigungen von Neudarstellungen — Definition der direkten Stellvertretung als Maßstab der Unter- suchung	
B. Die in der Fachliteratur zum Thema geäußerten Ansichten	5
I. Die Hauptlinie	5
Grundsätzliche Nichtanerkennung einer direkten Stellvertretung zu allen Zeiten römischen Rechtslebens	
II. Die abweichende Auffassung	6
Zulassung der direkten Stellvertretung in der Spätzeit — Die Auffassungen von Riccobono sen. und von Savigny	
III. Sonstige Streitfragen	7
Ungelöste Fragen auf Einzelgebieten	
IV. Das Recht der Papyri Ägyptens	7
Die Auffassung Wengers — Die populäre Begründung seiner Ansicht — Rabels Kritik — Erwägungen über die Möglichkeit eines Rückschlusses auf das in Rom geltende Recht — Das Recht der koptischen Urkunden	
V. Die für die Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung ange- nommenen Gründe	9
1. Allgemeine Gründe	9
Die Unzulässigkeit direkter Stellvertretung als ein Rechts- prinzip von unabweisbarer Richtigkeit — Fehlen eines Ab- straktionsvermögens in früher Zeit	
2. Auf römischer Eigenart beruhende Gründe	10
Der starre Formalismus einer frühen Entwicklungsstufe — Die besondere Auffassung der Römer von der Obligation — Das aktionenrechtliche Denken — Fehlendes Bedürfnis aufgrund der Besonderheiten des Gewaltunterworfenen- rechts — Struktur des römischen Wirtschaftssystems — Das Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit?	

Frühe Rechtszustände

<i>A. Das Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit</i>	14
Die Suche nach einem frühen Ordnungsgesichtspunkt auf dem Gebiet des Warenverkehrs — Maßgeblichkeit objektiver Kriterien: Leistung und entsprechende Gegenleistung — Parallelvorstellungen im modernen Recht — Pringsheims Surrogationsgedanke — Das Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit nach Seidl — Widerspruch namentlich bei H. J. Wolff — Wolffs Prinzip der Zweckverfügung — Übereinstimmung beider Prinzipien im Ergebnis — Diskussion der Argumente — Das Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit als Basis der weiteren Untersuchung	
<i>B. Die Auswirkung des Prinzips der notwendigen Entgeltlichkeit auf die Entwicklung der Stellvertretung</i>	20
I. Theoretische Folgen	20
Automatische Zuordnung einer Sache zu dem, mit dessen Mitteln sie erworben wird — Bedeutungslosigkeit des Willens und der Form des Auftretens einer Mittelsperson — Bedürfnis nach Stellvertretung?	
II. Nachweise aus der Praxis antiker Rechtsordnungen	21
1. Neubabylonisches Recht	21
Die Feststellungen Petschows	
2. Griechisches Recht	22
Fruchtbarmachung der Erkenntnisse Pringsheims durch Röhrmann	
<i>C. Die Geltung des Prinzips der notwendigen Entgeltlichkeit im frühen Rom</i>	23
Nichtausreichen des Nachweises des Prinzips in vielen alten Rechtsordnungen — Notwendigkeit des Hinzutretens unterstützender, auf Romweisender Indizien	
I. Paulus D. 44,7,3 pr — Spuren einer frühen sachenrechtlichen Auffassung der Obligation?	23
II. Ulpian D. 50,16,213,1 — aes alienum als Bezeichnung für Schulden	24
III. Scaevola D. 13,5,26 und D. 14,3,20 — habes penes me: ein Hinweis auf die Grundgedanken des Prinzips?	26
IV. Varro, de lingua latina 7,105 — nexum = neque suum fit — Gegensatz bei Gai. 3,90	27
V. Gai. 3,90;91 — Andeutung der in früher Zeit das Vertragsrecht beherrschenden Gedanken	29
VI. I. 2,1,41; Pomponius D. 18,1,19; Varro, de re rustica 2,1,15	30
Erfordernis der Kaufpreiszahlung — mancipatio als Barkauf — Weiterentwicklung durch die mancipatio nummo uno	
VII. Die Schenkungsfeindlichkeit des römischen Rechts	32
VIII. Das Verhältnis der alten Römer zu ihren Göttern	34
do ut des als in allen Lebensbereichen wirksame Maxime	

<i>D. Ergebnis</i>	34
Geltung des Prinzips der notwendigen Entgeltlichkeit auch im frühen Rom	
<i>E. Auswirkungen des Prinzips schon in früher Zeit bei der Wahrnehmung fremder Interessen durch Sklaven und Hauskinder</i>	35
I. Rechtserwerb	35
Der Gewaltunterworfenen als verlängerter Arm des Gewalthabers? — Betrachtung unter dem Aspekt des Prinzips — Auswirkung der Änderung der Rolle des Prinzips auf dem Sektor des Vertragsrechts	
II. Verpflichtung durch Gewaltunterworfenen?	37
Möglichkeit unter der Geltung des Prinzips — Folgen der Veränderung auf dem Gebiet des Vertragsrechts	
<i>F. Grundsätzliche Überlegungen zur weiteren Entwicklungsmöglichkeit einer direkten Stellvertretung im römischen Recht</i>	37
I. Die Bedeutung des Willens	37
Unbeachtlichkeit des Willens unter der Geltung des Prinzips — Erfordernis einer Neuorientierung auf dem Gebiete des Vertragsrechts — Größerer Spielraum des Willens — Nahezu gleiche Problematik im Hinblick auf den gleichalten Formalismus — Die Schaffung von Konsensualkontrakten in der Republik	
II. Fremder Einfluß bei der Entwicklung der Willenslehre in Rom?	40
Keine Rezeption der Willenslehre aus dem dem Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit unterworfenen griechischen Privatrecht — Übernahme des Willensprinzips aus der griechischen Philosophie und Rhetorik? — Der Streit <i>verba</i> — <i>voluntas</i>	
<i>G. Zusammenfassung; Umwertung des Prinzips</i>	42

Dritter Abschnitt

Die Entwicklung bis zum Ende der Republik

<i>A. Vorbemerkung</i>	45
Zurücktreten der alten Rechtsanschauungen im Laufe der Republik — Die zeitliche Einordnung der adjektivischen Klagen, der in D. 50,17,73,4 gegebenen Äußerung sowie der Schaffung der ersten Konsensualkontrakte als Hauptproblem	
<i>B. Der procurator als direkter Stellvertreter?</i>	45
Die Annahme Dülls — Die Komödien des Plautus als Quellenmaterial	45
I. Benutzbarkeit literarischer Quellen zur Herausarbeitung juristischer Institute	45
II. Dülls Fälle	46
Erfüllung eines Kaufes durch einen procurator mit befreiender Wirkung für seinen Herrn	

III. Lösungsmöglichkeiten	47
1. Düll tritt für direkte Stellvertretung ein	47
2. Die Auffassung Kasers von der Maßgeblichkeit des <i>iussum</i>	47
3. Zugrundelegung griechischer Rechtszustände	48
4. Anhang: Der <i>procurator</i> in der Republik	49
Zeitlich erstes Auftreten eines <i>procurator</i> — Frage der Herkunft der Prokuratur: Freigelassener Gewaltunterworfenener oder sozial gleichgestellter <i>amicus</i> ? — Cicero, <i>pro Caecina</i> 20,57 — <i>lex agraria</i> , Zeile 69 — Ergebnis	
 C. Stellvertretung im Prozeß	52
I. Cognitor	52
1. Etymologische Deutungsversuche	52
a) cognitor als Mitwisser	52
b) cognitor als jemand, der etwas anerkennt	52
c) cognitor als ein Anerkannter	52
2. Die Bestellung des cognitor	53
Förmliche Benennung des cognitor vor dem Prätor durch den Vertretenen — <i>iussum</i> — Die besondere Auffassung Wunners von der Maßgeblichkeit des <i>suscipere officium</i> durch den cognitor	
3. Die Stellung des cognitor und des <i>dominus litis</i> im Prozeß ..	54
Der cognitor als Prozeßpartei — Auswirkungen der Kognitur bei Vertretung eines Klägers oder Beklagten	
4. Das Alter der Kognitur	55
Bestimmungsversuch aufgrund der Etymologie — Kognitur bereits im <i>Legisaktion</i> enverfahren — Der Streit zwischen Lenel und Eisele — Stellungnahme — Die Kognitur, älter oder jünger als die Prozeßprokuratur?	
5. Die Prozeßprokuratur	57
Bestellung durch internen Vorgang zwischen <i>dominus litis</i> und <i>procurator</i> — <i>iussum</i> — <i>procurator</i> als Prozeßpartei — Auswirkungen seiner Tätigkeit	
6. Zum zeitlichen Verhältnis zwischen cognitor und Prozeßprokurator	59
Wlassaks Meinung von dem höheren Alter der Prozeßprokuratur — Herkunft der Kognitur aus dem griechischen Recht? — Ergebnis	
II. Cognitor und Prozeßprokurator — direkte Stellvertreter?	60
Prozessieren beider Prozeßvertreter <i>alieno nomine</i> über ein fremdes Recht — Die Auswirkung des <i>iussum</i> — Die von Wenger geteilte Auffassung Koschakers — Ergebnis	
III. Der Prozeßprokurator: Kein Thema im weiteren Verlauf der Untersuchung	62

<i>D. Stellvertretung bei der Erbengemeinschaft <i>ercto non cito</i>?</i>	62
Handeln eines Miterben mit Wirkung für alle anderen — Stellvertretung im Willen?	
<i>E. Die Entwicklung auf dem Gebiete des prätorischen Amtsrechts</i>	64
Die adjektivischen Klagen, insbesondere die <i>actio exercitoria</i> und die <i>actio institoria</i>	
I. Die verschiedenen Klagen	64
1. Verpflichtung des Gewalthabers durch Gewaltunterworfenen — Tatbestände	64
a) Die <i>actio de peculio vel de in rem verso</i>	64
Überlassung eines <i>peculium</i> an die Gewaltunterworfenen — Version von Vermögenswerten Dritter in das Vermögen des Gewalthabers	
b) Die <i>actio tributoria</i>	65
Betrieb eines Geschäftes durch einen Gewaltunterworfenen aufgrund des <i>peculium</i> — Privater Konkurs	
c) Die <i>actio quod iussu</i>	65
Formloses <i>iussum</i> des Gewalthabers an den Dritten, mit dem Gewaltunterworfenen zu kontrahieren	
2. Verpflichtung von Gewalthabern und Freien durch Gewaltunterworfenen und Freie	66
a) Die <i>actio exercitoria</i>	66
<i>praepositio</i> von meistens freien Kapitänen	
b) Die <i>actio institoria</i>	67
Anstellung auch von freien Filialleitern	
II. Der die Klagen tragende allgemeine Gedanke	67
Der Gedanke des <i>de in rem verso</i> : Auswirkung des Prinzips der notwendigen Entgeltlichkeit — Herausstellung bestimmter Personen durch einen Hintermann auf ganz bestimmten Gebieten — Der dogmatische Gesichtspunkt für die Haftung der Hintermänner	
III. Die jeweiligen, die Haftung des Dritten auslösenden rechtstechnischen Gründe	69
1. Die <i>actio de peculio vel de in rem verso</i>	69
Das <i>peculium</i> als Kreditgrundlage, auf die die Partner der Gewaltunterworfenen vertrauen können — Schutz des Vertrauens in Höhe des <i>peculium</i>	
2. Die <i>actio tributoria</i>	70
<i>peculium</i> als Kreditgrundlage	
3. Die <i>actio quod iussu</i>	70
Die Erklärung des <i>iussum</i> als Vertrauensgrundlage	
4. <i>Actio exercitoria</i> und <i>actio institoria</i>	71
Anstellung von Kapitän und Filialleiter als Vertrauensgrundlage für Dritte — <i>praepositio</i> als allein maßgebliche Willensäußerung für die Haftung von Reeder und Geschäftsinhaber	

5. Zusammenfassung	73
6. Formeltechnische Lösung der Mithaftung der Hintermänner	73
IV. Das Alter der prätorischen Klagen	74
1. Die frühesten Belege aus der Republik	74
a) Die actio de peculio vel de in rem verso: Alfenus D. 15,3,16	74
Exegese	
b) Nichterwähnung der actio tributoria	76
c) Kein Beleg für die actio quod iussu	76
d) Die actio exercitoria: Ofilius in Ulpian D. 14,1,1,9 — Exe- gese — Besondere Art der Interessenwahrnehmung durch den Dritten	76
e) Die actio institoria: Servius in Ulpian D. 14,3,5,1	77
2. Weitere Anhaltspunkte für die zeitliche Einordnung der prä- torischen Klagen	78
3. Zeitprobleme im Verhältnis der actio exercitoria und der actio institoria zueinander	79
a) Die actio exercitoria, übernommen aus dem rhodischen Seerecht?	79
b) Übernahme der actio exercitoria aus dem griechischen Rechtskreis?	80
c) Fehlen sicherer Anhaltspunkte für die Übernahme aus fremdem Recht	81
4. Argumente für das höhere Alter der actio exercitoria	81
Katalog der Argumente — Schlußfolgerung	
5. Vorläufige zeitliche Fixierung der meisten prätorischen Klagen	83
V. Die prätorischen Klagen, gemessen an der direkten Stellver- tretung	83
Primäre Verpflichtung der Mittelsperson — Mithaftung des Hintermannes aufgrund eigener Willensäußerung — praepositio und Vollmacht — Fazit	
<i>F. D. 50,17,73,4 — eine erste konkrete Äußerung</i>	<i>84</i>
I. Die zeitliche Fixierung der Stelle	85
Mehrere als Autoren in Frage kommende Juristen aus den Reihen der Mucii	
II. Der Inhalt des Fragments	87
1. Übersetzung	87
Erste Übersetzung in den Basiliken — pacisci — legem dicere — stipulari	

2. Textkritik und weitere Auslegung	91
Den Text einengende und erweiternde Vorschläge — Stellungnahme	
3. Zwei weitere, die Thematik der regula behandelnde Stellen	93
a) Pomponius D. 45,1,110 pr	93
Kann sich ein Gewaltfreier für einen anderen etwas stipulieren lassen?	
b) Pomponius D. 41,1,54 pr	95
homo liber hereditatem nobis acquirere non potest	
4. Der Geltungsbereich der in D. 50,17,73,4 ausgedrückten regula	96
Meinungsvielfalt — Die regula als allgemeiner Rechtsgedanke?	
<i>G. Direkte Stellvertretung auf dem Gebiet der Stipulation zur Zeit Ciceros?</i>	97
Briefe Ciceros an den in Achaia sitzenden Servius Sulpicius — Möglichkeit einer fideiussio durch im Ausland weilende procuratores?	
<i>H. Eigentumserwerb durch einen anderen bei Servius Sulpicius</i>	100
Paulus D. 34,2,4 — Eigentumserwerb durch einen Freien als Ausnahmefall — Soziale Einordnung eines libertus in den Kreis der Gewaltunterworfenen? — Frage nach einer Auswirkung des Prinzips der notwendigen Entgeltlichkeit	
<i>I. Zusammenschau der bis zum Ende der Republik im Hinblick auf die Entwicklung der Wahrnehmung fremder Interessen bedeutsamen Ereignisse</i>	104
I. Ein Rechtsgeschäft wirkt nur zwischen den abschließenden Parteien	104
II. Auftreten der Konsensualkontrakte spätestens im 2. Jh. ante ..	104
III. Ausweichkonstruktion der prätorischen adjektivischen Klagen ..	105
IV. Artikulation des Verbots, für einen anderen eine günstige Rechtsposition zu schaffen, bei Quintus Mucius Scaevola	105
V. Problematik der zeitlichen Aufeinanderfolge	105
VI. Die Sicht von Mitteis: Existenz der prätorischen Klagen vor der Schaffung der Konsensualkontrakte	106
VII. Möglichkeit einer anderen Konzeption	107
Die prätorischen Klagen als Reaktion auf durch die übrigen Ereignisse herbeigeführte Ansatzmöglichkeiten zur Bildung einer Stellvertretung — Konsequenzen aus den in der Republik grundgelegten Einrichtungen und Regeln für die weiteren Entwicklungsmöglichkeiten einer direkten Stellvertretung	

Vierter Abschnitt

Die Zeit der Frühklassik

<i>A. Vorbemerkungen</i>	110
I. Allgemeines	110
Mögliche Ansatzpunkte für Weiterentwicklungen	

II. Die Bedeutung des Willens in der Klassik	111
Stellungnahmen aus der Literatur — Pringsheims Meinung vom byzantinischen animus — Kaser: Die Entwicklung zum Willen ist in vollem Fluß — Seidls differenzierte Auffassung: Vielfalt der Kriterien	
III. Die Bedeutung einer Methodenlehre	113
Nichtausreichen des Syllogismus — Einbeziehung der Interessen und Machtlagen unter Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten — Heck und Müller-Erbach — Fruchtbarmachung der Ideen dieser Autoren für die Rechtsgeschichte namentlich durch Seidl	
<i>B. Erwerb von Rechten für einen anderen</i>	115
I. Besitz und Eigentum	115
1. Labeo D. 41,1,65: Eigentumserwerb an einem Brief	115
2. Iavolenus oder Neratius Priscus bei Paulus D. 41,2,1,21: Eigentumserwerb an Sachen ohne persönliche Besitzergreifung	117
3. Iavolenus D. 41,2,51: Eigentumserwerb an Sachen unter Zuhilfenahme von Mittelspersonen — Konstruktion des Besitzes im römischen Recht — Auswirkung der Berücksichtigung des animus in dogmatischer Hinsicht	118
4. Neratius D. 41,3,41: Besitzerwerb per procuratorem fast zugelassen	124
possessio als res facti — procurator omnium bonorum — Soll der animus des dominus oder der animus des procurator maßgebend sein? — Zulassung des Besitzerwerbes utilitatis causa: Wertung der Interessen — Nachwirkung des Prinzips der notwendigen Entgeltlichkeit?	
5. Neratius D. 41,1,13 pr: Eigentumserwerb per procuratorem? D. 41,1,13,1 verfälscht?	136 139
II. Erwerb von Forderungen für einen anderen	140
Aristo bei Ulpian D. 12,1,9,8: Stellvertretung beim Erwerb einer conditio durch einen Dritten bei Hingabe eigenen Geldes im Namen des Dritten?	
Ansatz der Lösung auf dem Gebiet der conditio — Der dogmatische Gesichtspunkt der Entscheidung	
<i>C. Verpflichtung durch einen anderen</i>	145
I. Labeo D. 17,2,84: Erweiterung der actio quod iussu im Rahmen einer societas	145
II. Labeo bei Ulpian D. 15,4,1,9: Erweiterung des Kreises der Gewaltunterworfenen bei der actio quod iussu?	152
<i>D. Verfügungen</i>	154
Labeo — Celsus bei Paulus D. 12,6,6 pr — 2; Celsus D. 46,3,87	155
Fälle: Zahlung eines debitum bzw. indebitum durch einen procurator an einen Dritten oder durch einen Dritten an einen procurator — Befreiung des Schuldners? — Erwerb einer conditio durch einen ande-	

ren als den Zahlenden — Die Bedeutung einer *ratihabitio* — Die Bedenken Serraios — „Doppelmandatstheorie“ — Dogmatische Kriterien

<i>E. Zusammenfassung</i>	166
Stellvertretung im Willen? — Die maßgeblichen Denkformen	

Fünfter Abschnitt

Die Zeit der Hochklassik

<i>A. Vorbemerkung</i>	168
<i>B. Erwerb von Rechten</i>	168
I. Besitz und Eigentum	168
1. Julian D. 41,1,37,6: Eigentumserwerb per procuratorem? — Verfälschung der Stelle	168
2. Pomponius D. 41,1,53: Besitzerwerb per procuratorem scheint zugelassen	172
3. Gai. 2,95: Der Besitzerwerb per procuratorem wird als fraglich hingestellt	174
4. C. 7,32,1: Legitimation des Besitzerwerbes <i>utilitatis causa</i>	177
5. Zustimmung Papinians in D. 41,2,49,2	181
Ausschluß des Forderungserwerbes durch den Vermögensverwalter	
6. Callistratus D. 41,1,59: Eigentumserwerb durch einen Beauftragten?	183
7. Äußerungen Ulpians	
a) D. 13,7,11,6: Referat von C. 7,32,1	184
b) D. 41,2,2: Besitzerwerb von <i>municipes</i> durch Prokuratoren?	185
c) D. 6,2,7,10: Erwerb der <i>actio Publiciana</i> bei Kauf durch den <i>procurator</i> ? — Problem des Erwerbs von Forderungen durch den <i>procurator</i>	185
d) D. 41,2,42,1: Ein umstrittener Fall zum Besitz- oder Eigentumserwerb	188
e) D. 41,1,20,2: Frage nach dem Erwerb des Eigentums, wenn zwei Käufer existieren und einem von ihnen die Kaufsache tradiert wird	189
f) D. 47,2,14,17: Aushändigung von Briefen und Empfehlungsschreiben an Mittelspersonen	194
g) D. 39,5,13: Parallelfall zu Julian D. 41,1,37,6	196
8. Paulus und der Sentenzenverfasser	197
a) D. 41,2,1,20: Eigentumserwerb per procuratorem bei Auftreten im Namen des anderen?	198
b) PS 5,2,2: Allgemeine Stellungnahme zum Erwerb durch andere	199

c) D. 3,5,23(24): Zweifelhafte Stellungnahme zum Eigentums- erwerb per procuratorem	201
d) D. 41,1,65 pr: Eigentumserwerb des Adressaten an Briefen, die Mittelspersonen übergeben werden — Empfehlungs- schreiben	203
II. Erwerb der hereditas durch einen anderen?	205
Pomponius D. 41,1,54 pr: Ablehnung des Erwerbes der Erbschaft durch einen Freien — Der bona fide serviens als Erbe	
III. Antragstellung auf Erwerb der bonorum possessio, Erwerb der bonorum possessio durch andere?	207
1. Africanus D. 46,8,24 pr	207
2. Ulpian D. 37,1,3,7	207
3. Paulus D. 29,2,48	207
Antragstellung beim zuständigen Magistrat für einen anderen durch eine beauftragte Mittelsperson — Willensbildung für den mutmaßlichen Erben — Voraussetzungen des Erwerbes der bonorum possessio für einen anderen	
IV. Forderungserwerb durch einen anderen	214
1. Vorbemerkung	214
Grundsätzliche Nichtzulassung — Ausnahmefälle bei den Klassikern bei der Vertretung im Willen	
a) Africanus D. 21,1,51	215
Wissen als Element des Willens — Maßgeblichkeit des Wissens des Gewaltunterworfenen beim Kauf für den Gewalthaber	
b) Ulpian D. 26,7,9 pr	217
Willensbildung des tutor für den pupillus in einem Spe- zialfall	
2. Gaiusstellen	220
a) Gai. 3,103	221
b) Gai. 3,163	221
Kein Forderungserwerb für einen anderen durch Freie — Verallgemeinerung des alteri stipulari nemo potest — Be- achtung der Interessen- und Willenslage	
3. Marcellus bei Ulpian D. 14,3,1; Gaius D. 14,3,2	224
Ausnahme zum Grundsatz — Berücksichtigung des Ver- mögensverfalls des institor	
4. C. 8,37,3: Bedeutung einer fehlerhaften conceptio verborum bei der stipulatio	227
5. Ulpianstellen	227
a) D. 45,1,38,17: Versuch einer Begründung des Verbotssatzes alteri stipulari nemo potest — Erstreckung des Verbotes auf alle Arten von Kontrakten?	227

b) D. 43,24,3 pr: Erwerb eines Interdikts bei Erfüllung von Tatbestandsvoraussetzungen durch einen procurator?	229
c) D. 14,1,1,18: Ausnahme aus politischen Motiven im Wege der extraordinaria cognitio	231
6. Paulusstellen	233
a) D. 44,7,11: Paraphrase negativen Inhalts	233
b) D. 45,1,126,2: Aufrechterhalten des Verbotes	234
c) D. 22,1,24,2: Erfüllen von Tatbestandsmerkmalen durch Mittelspersonen	237
d) D. 46,5,5: Erwerb eines Anspruchs aus einer von einem Prokurator abgeschlossenen prätorischen Stipulation — Folgen des Vermögensverfalls eines institor	238
e) D. 18,1,34,7: Kauf einer Sache des dominus durch den procurator — Insihgeschäft — Willenskonflikt	243
7. Scheinbare Ausnahmen	247
a) Ulpian D. 12,1,9,8: Beibehalten der Entscheidung des Aristo	247
b) Scaevola D. 39,5,35,2: Freier als Mittelsperson — Beweis für die richtige Auslegung von Aristo D. 12,1,9,8	251
c) C. 4,2,4: Unklare Stellungnahme	252
d) D. 45,1,126,2: Einordnung der Entscheidung durch Paulus	254
C. <i>Verpflichtung durch Freie</i>	255
I. Frage nach der Möglichkeit eines Hinausgehens über die vom Prätor vorgezeichneten Formen	255
1. Africanus D. 14,1,7 pr: Besondere Sicht der Vollmacht bei der actio exercitoria	255
2. Julian in Ulpian D. 13,5,5,6: Formloses Leistungsversprechen an den procurator	257
II. 1. Das Ruhmesblatt Papinians: Gleichsetzung des procurator omnium bonorum mit dem institor im Rahmen der actio institoria	259
a) Papinian D. 3,5,30 pr	259
b) Papinian D. 14,3,19 pr	259
c) Ulpian D. 17,1,10,5	259
Darlehensaufnahme von einem Dritten durch einen procurator	
2. d) Ulpian D. 19,1,13,25: Verkauf einer Sache des dominus durch den beauftragten procurator	261
3. Urheberschaft Papinians an der Novität? — Umfang der Neuerung	262
Die Meinung Rabels — Die weitergehende Auffassung Krelers — Messen der Stellungnahmen an den Grundgedanken aller adjektivischen Klagen — Harmonisierungsversuch und Ergebnis	

III. Von Ulpian überlieferte honorarrechtliche Verpflichtungen	269
1. D. 15,3,7,5: Animus im Rahmen der actio de in rem verso	269
2. D. 4,9,1,3: Gleichsetzung der Rolle der Schiffsbewacher mit der der Kapitäne im Rahmen der actio exercitoria	270
3. D. 14,3,5,18: Anstellung eines institor durch einen procurator	273
4. D. 43,26,6,1: Erwerb des precarium durch den procurator ..	275
5. D. 2,13,6,5: Vom procurator absente domino in Auftrag ge- gebene Rechnung	277
IV. C. 8,15,1: Der procurator im Rahmen der actio de in rem verso	279
V. Paulusstellen	280
1. D. 14,5,8: Erschließung einer praepositio aus den Umständen im Rahmen der actio institoria	280
2. D. 14,3,16: Verkauf der Ernte durch den Gutsverwalter?	281
<i>D. Verfügungen</i>	282
I. Gemeinsame Behandlung mehrerer Fragen — auch den Rechts- erwerb betreffender Fragen — wegen des dogmatischen Zu- sammenhanges	282
II. Julianstellen	283
1. Zahlung eines debitum an einen procurator: Julian D. 46,3,34,3 Wirkung hinsichtlich der Schuld	283
2. Zahlung eines debitum an einen beliebigen Freien: Africanus D. 46,3,38,1	283
Wegfall des Innenverhältnisses zwischen dem Gläubiger und der dem Schuldner anbefohlenen Zahlstelle — Entscheidungs- kriterium	
3. Zahlung eines indebitum an den procurator: Julian D. 46,8, 22 pr — Wirkung einer ratihabitio durch den dominus	289
4. Zahlung eines debitum an den procurator: Julian D. 46,8,22,1 Handeln eines nicht präponierten procurator — Wirkung der ratihabitio des dominus	291
5. Zahlung eines debitum durch den procurator: Paulus D. 12,6, 6,3	291
Gleichgültigkeit der Herkunft der Mittel?	
6. Zahlung eines indebitum an den procurator: Paulus D. 12,4,14 Tatbestandsmerkwürdigkeiten — Wirkung einer ratihabitio des dominus	293
7. Zusammenfassung der Gedanken Julians	294
III. Zahlung eines indebitum an einen negotiorum gestor: Ulpian D. 3,5,5,11	295
Lösung über die ratihabitio	
IV. Zahlung eines indebitum an den procurator: Pomponius D. 46, 8,16 pr	296

Wirkung der *ratihabitio* im Hinblick auf eine *condictio* des Zahlenden gegen den *dominus*

V. *Furtum* — Fragen bei Leistung an einen anderen als den Gläubiger: *Scaevola D. 13,1,18* 297
 Irrtümliche Zahlung eines *procurator* auf eine Nichtschuld seines *dominus* — *condictio ex causa furtiva* für den *procurator* — Frage bei *ratihabitio* durch den *dominus*: Wer ist jetzt Bestohler? — Begriffliche und wirtschaftliche Schau

VI. Zahlung eines *debitum* an den *procurator*: *Gaius D. 20,6,7,1* 299

VII. Zwei Äußerungen *Papinians* 299

1. *D. 47,2,81,7*: Zahlung eines *debitum* durch einen *gestor* 299
 Anknüpfung an die *furtum* — Fragen zu V.
2. *D. 47,2,81,5*: Zahlung eines *indebitum* an einen *falsus procurator* — *furtum* 301

VIII. Zahlung an einen Freien durch den Schuldner 303

1. *Ulpian D. 46,3,18* 303
 Weitgehender Vertrauensschutz des Schuldners
2. *Ulpian D. 46,3,12 pr, 1—4* 304
 Allgemeine Zusammenfassung der zum gesamten Fragenkomplex aufgezeigten juristischen Gedanken

IX. *Marcian D. 46,3,49* 305

X. Verfügung über eine *res aliena* 306

1. *Gaius*-Äußerungen 306
 - a) *D. 41,1,9,4* 306
 - b) *Gai. 2,64* 307
 Versuche zur Ausfüllung der Lücke in der Institutionenstelle — *procurator omnium bonorum* als Befugter
2. *Scaevola D. 17,1,60,4* 311
3. *Ulpian D. 6,1,41,1* 312
4. *Paulus D. 13,7,20 pr* 313
 Harmonisierung der Stelle mit des klassischen Befunden
5. *Modestinus* 314
 - a) *D. 3,3,63*: *procurator totorum bonorum res domini alienare potest* 314
 - b) *D. 50,16,109*: Gleiches Ergebnis anlässlich der Definition eines gutgläubigen Käufers 314
6. Ergebnis 315

E. Zusammenfassung der Befunde der Hochklassik 315

Sechster Abschnitt

Die Konstitutionen Diokletians

A. Vorbemerkung 320
 Die Stellung der Reskriptenkanzlei Diokletians zum klassischen Recht

B. Rechtserwerb	320
I. Erwerb von Forderungen	320
1. C. 8,38(39),3 pr: Anklang an Ulpian D. 45,1,18,17	320
2. C. 4,50,6,3: Begründung einer actio aus Kauf für die Ehefrau durch ihren für sie handelnden Mann?	320
Argumentation mit dem Willen — Zugleich Problem des Eigentumserwerbes	
3. C. 5,12,26: Dotalstipulation mit dem Versprechen der Leistung u. U. an einen Dritten	323
4. C. 5,12,19: ex alieno pacto nulla competit actio	324
5. C. 5,14,7: Problematik wie 3. und 4.	325
II. Erwerb von Besitz und Eigentum	326
1. C. 7,32,8: Besitzerwerb per procuratorem utilitatis causa ...	326
Eigentumserwerb in einem Spezialfall zugelassen?	
2. C. 4,27,1: Grundsätzliche Unmöglichkeit für einen Freien, für einen anderen etwas zu erwerben — Ausnahme: Besitzerwerb per procuratorem	327
C. Verpflichtung durch andere	329
1. C. 4,25,5: Zurückgreifen auf die Idee Papinians	329
2. C. 4,25,6: Ein gleichgelagerter Fall	330
3. C. 4,26,7,3: Hingabe eines Darlehens an den freien Geschäftsführer eines anderen	330
Gedanken der actio de in rem verso	
4. C. 4,2,13	332
D. Verfügungen	332
C. 2,12(13),16: Veräußerungsbefugnis des procurator im Hinblick auf Sachen seines dominus	332
E. Zusammenfassung der den Konstitutionen zu entnehmenden Ergebnisse	333
F. Anhang — Das momentarium Konstantins: Stellvertretung auf dem Gebiete des Besitzschutzes?	334
CTh. 4,22,1 = C. 8,5,1: Wertung des momentarium — Vorherrschende Auffassung — Die Ansicht de Malafosses — Auswirkung der Streitfrage auf eine mögliche Stellvertretung im Willen	

Siebenter Abschnitt

Das Recht Justinians

A. Vorbemerkung	337
B. Rechtserwerb	337
I. Erwerb von Besitz und Eigentum: per liberam personam possessio adquiritur — I. 2,9,5 — Gründe für die Zulassung	337

II. Erwerb von Forderungen: <i>alteri stipulari nemo potest</i>	340
1. Inst. 3,19,4: Allgemeines Erwerbsverbot	340
2. Inst. 3,19,19: Wiederholung von Ulpian D. 45,1,38,17 und C. 8, 38(39),3 pr	341
3. Ein vereinzelter Fall der Zulassung des Forderungserwerbes: Ulpian D. 19,1,13,25	342
4. Vermeintlicher Forderungserwerb für einen anderen: C. 4,27,3	343
5. C. 4,27,3: Erwerb eines Pfandrechts	344
6. 7. 8. Die Bedeutung des Willens beim Rechtserwerb in einzelnen Fällen	345
6. C. 4,27,2: Ist das <i>iussum</i> eines Mitherrn oder die <i>nominatio</i> bei einem Erwerb durch einen <i>servus communis</i> mittels <i>stipulatio</i> ausschlaggebend?	345
7. 8. Julian D. 41,1,37,6 und Ulpian D. 39,5,13	347
Gleicher Ausgangsfall wie bei 6. — Unterschiedliche Begründung — Harmonisierungsversuch	
C. <i>Verpflichtung durch andere</i>	349
I. <i>Actio quod iussu</i>	349
1. C. 4,26,13 pr — 4 = CTh. 2,31,1	349
Zuordnung des <i>procurator</i> in den Kreis der Gewaltunterworfenen: Soziale Abwertung des <i>procurator</i> ? — Papyrologische Befunde	
2. Inst. 4,7,8: Direkte Haftung aus Vertrag im Rahmen der <i>actio quod iussu</i>	352
3. D. 17,2,84: <i>actio quod iussu</i> und <i>societas</i>	354
II. Der Gedanke des <i>de in rem verso</i>	356
1. D. 17,2,82: <i>arca communis</i> bei der <i>societas</i>	356
2. C. 4,26,7,3: Frage nach der Haftung bei Darlehensaufnahme durch einen einfachen Geschäftsführer	358
3. C. 4,2,13: Allgemeine Verwendungsklage?	359
4. C. 8,15,1: Ausgangspunkt für die Anwendung der <i>actio de in rem verso</i> beim <i>procurator</i> ?	360
III. <i>Actio ad exemplum institoriae</i> — Anspruch gegen jeden Mandanten?	360
D. <i>Verfügungen</i>	362
I. Verfügungen über eine Sache	362
Inst. 2,1,42 — Jeder kann mit Willen des Sacheigentümers über eine Sache verfügen	362
II. Verfügung über eine Forderung	363
Geltung der aus der Klassik bekannten Entscheidungen	
E. <i>Zusammenfassung der auf Justinian zurückgehenden Entscheidungen</i>	363

Ergebnis der Untersuchung

Maß der Annäherung an die direkte Stellvertretung — Vertretung im Willen — Vertretungsmacht	367
Literaturverzeichnis	376
Quellenverzeichnis	387

Abkürzungsverzeichnis

A.	Anmerkung
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Aegyptus	Aegyptus. Rivista Italiana di Egittologia e di Papirologia. Milano
AHDO	Archives d'Histoire du Droit Oriental
AP	Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo
A Per	Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Perugia
Arch. Giur.	Archivio Giuridico
A Tor	Atti della Accademia della Science di Torino
Bas.	Basiliken
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BL	Preisigke - Kießling, Berichtigungsliste der griechischen Papyrusurkunden aus Ägypten
Bull	Bulletino dell' Istituto di Diritto Romano
C.	Codex Justinianus
CTh.	Codex Theodosianus
D.	Digesta Justiniani
Diss.	Dissertation
EP ³	<i>Lenel</i> , Das Edictum perpetuum. 3. Aufl., Leipzig 1927
Études Macqueron	Études offertes à Jean Macqueron. Aix-en-Provence 1970
FIRA I	Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars prima. Florentiae 1941
Gai.	Gai institutiones
<i>Georges</i> , Handwörterbuch	<i>Georges</i> , Ausführliches lateinisch - deutsches Handwörterbuch, Basel 1951
Grünh. Zeitschr.	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (herausgegeben von Grünhut, Wien)
<i>Heumann - Seckel</i>	<i>Heumann - Seckel</i> , Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Auflage Jena 1907
Inst.	Institutiones Justiniani
Ind. Intp.	<i>Levy - Rabel</i> , Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. 3 Bände und 1 Supplementheft

Ind. Intp. Brogginì	<i>Brogginì</i> , Index Interpolationum quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur. Köln, Wien 1969
Iura	Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico
JuS	Juristische Schulung. München und Frankfurt
Labeo	Labeo. Rassegna di diritto romano a cura dell' Istituto di diritto romano dell' Università di Napoli
<i>Liddell - Scott</i>	<i>Liddell - Scott</i> , A Greek — English Lexicon. 9. Ed. Oxford 1953
LQR	Law Quarterly Review. London
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mél.	Mélanges
NJW	Neue Juristische Wochenschrift. München und Frankfurt
P.	Papyrus
Pal. I, II	<i>Lenel</i> , Palingenesia iuris civilis. 2 Bände. Leipzig 1889
P. Flor	Papiri greco - egiziani pubblicati della R. Accademia dei Lincei Milano 1906 ff.
P. Mil Vogl	Papiri della Università degli Studi di Milano. Milano
P. Oxy	The Oxyrhynchus Papyri. London 1898 ff.
<i>Pringsheim</i> , Ges. Abh. I	<i>Pringsheim</i> , Gesammelte Abhandlungen. 1. Band. Heidelberg 1961
PSI	Papiri della Società Italiana. Firenze 1912 ff.
Rdnr.	Randnummer
Rend. Lombard.	Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere Rendiconti
RHD	Revue historique de droit francais et étranger
RE	Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften
RIDA	Revue international des droits de l'antiquité
S. (mit Zahl)	Seite
s.	siehe
SB	Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten. Bislang 10 Bände
SDHI	Studia et documenta historiae et iuris. Roma
<i>Sophocles</i>	<i>Sophocles</i> , Greek Lexicon of the Roman and Byzantine Periods (From B.C. 146 to A.D. 1100). New York 1959.
s.v.	sub verbo
SZ	Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
vgl.	vergleiche
V.I.R.	Vocabularium iurisprudentiae Romanae. 5 Bände
ZÄS	Zeitschrift für ägyptische Sprache und Altertumskunde

Erster Abschnitt

Einleitung

A. Allgemeine Vorbemerkungen; Problemstellung

Die Stellvertretung im römischen Recht war zuletzt zu Beginn unseres Jahrhunderts Gegenstand umfassender Stellungnahmen. Nach den Arbeiten von *Mitteis*¹ und *Rabel*² und dem mit Hauptaugenmerk auf die ägyptischen Papyri geschriebenen Buche *Wengers*³ ist zwar eine Anzahl von Abhandlungen zu einzelnen Problemen herausgekommen, eine zusammenfassende Neudarstellung des gesamten Problemkreises steht aus. An Ankündigungen für eine solche hat es nicht gefehlt⁴, sie sind nur, aus welchen Gründen auch immer, nicht in die Tat umgesetzt worden.

Dagegen wurde die Entwicklung der Stellvertretung und zugleich auch die des Vertrages zugunsten Dritter durch das Mittelalter bis hin zur Regelung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches im Zuge einer immer stärkeren Verlagerung des Interesses auf die romanistische Mediävistik sowie die neuere Privatrechtsgeschichte⁵ mehrfach untersucht⁶. Dabei bildete die Auffassung der Römer zu dieser Frage einleitend den Ausgangspunkt der weiteren Entwicklung; naturgemäß konnte bei diesen Themenstellungen eine Neubearbeitung der Stellvertretung im römischen Recht nicht erwartet werden. Die Autoren gingen mehr oder weniger von den vorgefundenen Stellungnahmen und Ergebnissen zu dieser Frage aus.

¹ Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht; Römisches Privatrecht, S. 203 ff.

² Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., S. 182 ff.

³ Die Stellvertretung im Recht der Papyri.

⁴ *Rabel*, a.a.O., S. 182 A. 5; *Serrao*, Il procuratore, S. 99 A. 1: „Contributi alla teoria della rappresentanza in diritto romano“ sollte der Beitrag heißen, der durch die vermeintliche Entdeckung der Verfälschung einer größeren Textgruppe initiiert war. Siehe neuerdings *Kaser*, Zum Wesen der römischen Stellvertretung. Romanitas XI (1970), Vol. 9, S. 333 A. 1.

⁵ *Dilcher*, JuS 1966, S. 392; *Kaser*, JuS 1967, S. 344.

⁶ *Everding*, Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert (ungedr. Diss. Münster 1951); *Bauer*, Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB (Diss. Erlangen 1963); *U. Müller*, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Diss. Köln 1966); nur den Vertrag zugunsten Dritter behandelt *Wesenberg*, Verträge zugunsten Dritter (Weimar 1949).

Ist man von dem Nutzen einer neuen Darstellung des Stellvertretungsrechtes überzeugt, so ist vorab zu klären, was unter Stellvertretung verstanden werden und in welchem Umfang die Untersuchung geführt werden soll.

Unter Stellvertretung wollen wir das begreifen, was man heute allgemein als direkte, unmittelbare (offene, echte) Stellvertretung ansieht. Das bedeutet in dem Verhältnis zwischen Vertreter, Vertretenem und Drittem, der mit dem Vertreter in Beziehung tritt, daß die Wirkungen der Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Vertretenen und nicht, wie das bei der indirekten, mittelbaren (verdeckten, unechten) Stellvertretung der Fall ist, zunächst nur zwischen dem Dritten und dem Vertreter eintreten⁷. Das setzt voraus, daß der Vertreter nicht bloßes Instrument des Vertretenen, nicht nur Bote (*nuntius*) ist, der lediglich Willenserklärungen seines Prinzipals überbringt oder an seinen Prinzipal gerichtete Willenserklärungen entgegennimmt, aber keinen eigenen Willen faßt, sondern daß er hinsichtlich des abzuschließenden Geschäftes eigenen Geschäftswillen erklären kann, daß er also die Herrschaft über den Inhalt des gesamten Geschäftes im Sinne einer mehr oder minder großen eigenen Entscheidungsfreiheit hat. Er muß, wie die Pandektistik es sah, Willenserklärungen mit Wirkung für andere abgeben können⁸.

In der heutigen deutschen Zivilistik⁹ versteht man unter Stellvertretung die Abgabe oder den Empfang einer Willenserklärung für einen anderen in dessen Namen (also in fremdem Namen) mit der Wirkung des Eintretens der Rechtsfolgen unmittelbar bei dem anderen, § 164 BGB.

Diese Rechtsfolgen treten nach BGB aber nur dann ein, wenn der Vertreter eine entsprechende Vertretungsmacht besitzt. Diese erlangt er durch einseitige Erklärung des Vertretenen (Vollmacht), die abstrakt losgelöst ist von dem Auftrag, der als Kausalverhältnis die Beziehungen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen regelt.

Bei der Frage der Vertretungsmacht wollen wir auf einige Besonderheiten des BGB hinweisen, das, von der Vertretung in der Willenserklärung ausgehend, in den §§ 167 ff. (dazu kommt noch § 48 HGB) die Vollmacht regelt. Uns interessieren in diesem Zusammenhang die gesetzlichen Anwendungsfälle des Rechtsscheinsgedankens — wie sie sich in den §§ 169, 170—173 BGB zeigen —, der weitgehend darauf abstellt, wie der Dritte die Vertretungsmacht sieht oder zu sehen in der Lage ist, und ihm u. U. auch dann, wenn keine Vertretungsmacht vorliegt, Schutz seines Vertrauens in das, was er zu sehen vermag, zubilligt.

⁷ *Betti*, Diritto romano I, parte generale, S. 383.

⁸ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 7. Aufl., S. 352 A. 16 b.

⁹ *Müller - Freylenfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 71 f.; 15 ff.

Diese letzte Konsequenz hat die Rechtsprechung aus den Grundgedanken des Gesetzes gezogen. Mit der stillschweigenden Vollmacht hat sie Vertretungsmacht angenommen, wenn — Vollmachtserteilung ist Willenserklärung — die für das Zustandekommen einer Willenserklärung erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, wozu auch das Erklärungsbewußtsein des Vertretenen gehört, der Vertreter aber im Augenblick des Handelns des Bevollmächtigten keine Kenntnis davon hat. Diese Art von Vollmacht liegt z. B. dann vor, wenn ein Angestellter, der nur im Innendienst tätig ist, mehrfach in Gegenwart des Chefs Bestellungen aufgibt — was der Chef hinnimmt und was von dem Angestellten als Bevollmächtigung gewertet wird —, der Angestellte später aber auch dann bestellt, wenn der Chef nicht dabei ist, also das Verhalten des Angestellten nicht kennt.

Kennt der Chef das Verhalten des Angestellten, so liegt, wenn er z. B. nicht gegen das Verhalten des Angestellten einschreitet, Duldungsvollmacht vor. Sie ist noch Willenserklärung und liegt vor, „... wenn der Vertretene das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden darf, daß der Vertreter vom Vertretenen Vollmacht, für ihn zu handeln, erhalten hat“¹⁰.

Noch weiter geht die Anscheinsvollmacht, die auch, wie die stillschweigende Vollmacht, davon ausgeht, daß der Vertretene von dem Handeln eines anderen in seinem Namen im konkreten Fall keine Kenntnis hat, zusätzlich aber die Variante bringt, daß der Vertretene den anderen überhaupt nicht kennt. Die Rechtssprechung sagt¹¹: „Auf den Rechtsschein kann sich der Geschäftsgegner des Vertretenen in solchen Fällen berufen, in denen er nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Vertretene kenne und dulde das Verhalten des für ihn auftretenden Vertreters.“ Es darf aber nicht übersehen werden, „daß eine weitere Voraussetzung auf seiten des Geschäftsherrn erfüllt sein müßte, daß dieser nämlich bei pflichtmäßiger Sorgfalt das Verhalten des Vertreters hätte erkennen müssen und verhindern können“. Weiter wird als Voraussetzung verlangt, „daß dasjenige Verhalten des einen Teils, aus dem der Vertragsgegner auf die Bevollmächtigung eines Dritten schließen zu können glaubt, von einer gewissen Dauer ist und sich nicht nur in wenigen Teilakten erschöpft“¹². Schließlich „setzt die Bindung des Geschäftsherrn durch das Verhalten des nicht bevollmächtigten Vertreters voraus, daß dieses Verhalten nicht nur dem Geschäftsherrn bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, sondern daß auch der Ge-

¹⁰ BGH MDR 1953, S. 345; NJW 1956, S. 460.

¹¹ BGHZ 5, 115 = NJW 1952, S. 657.

¹² BGH MDR 1953, S. 345.