



Exposé

Titel der Dissertation:

Mittelbare Stellvertretung Interdependenzen von Ausführung und Abwicklung

Verfasser

Mag. Elias Pock
01548992

Angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im November 2022

Studienkennzahl lt Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Ernst Karner

Inhalt

- I. Ausgangslage
- II. Forschungslücke
- III. Praxisrelevanz
- IV. Gang der Untersuchung und Problemstellungen
- V. Vorläufige Gliederung
- VI. Zeitplan
- VII. Relevante Literatur

I. Ausgangslage

In Lehrbüchern wird die sogenannte „mittelbare Stellvertretung“ oft (nur) in einem ergänzenden Absatz zur direkten Stellvertretung behandelt. Im Unterschied zur dieser, wo der Vertreter zum Handeln im fremden Namen bevollmächtigt wird und ein direktes Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten entsteht,¹ tritt der mittelbare Stellvertreter dem Dritten gegenüber im *eigenen* Namen auf. Dabei agiert er auf *fremde* Rechnung, nämlich auf jene des Geschäftsherrn. Auf diesen wird der wirtschaftliche Erfolg aus dem Verhältnis zum Dritten (Ausführungsgeschäft) überwältzt (Abwicklungsgeschäft). Nach hA sind diese zwei hintereinander geschalteten Verträge unabhängig und getrennt voneinander zu beurteilen (näher unten IV.)

Teilweise wird gesagt, dass die Bezeichnung dieser Konstellation als „Stellvertretung“ zumindest unglücklich gewählt sei.² „Geschäftsbesorgung auf fremde Rechnung im eigenen Namen“ wäre daher treffender, wenn auch weniger markant.

II. Forschungslücke

Für das *österreichische* Privatrecht ist eine Arbeit, die sich der mittelbaren Stellvertretung als Ganzes widmet, noch ausständig. Einzig zur *deutschen* Rechtslage bestehen vereinzelt ausführlichere Stellungnahmen: Schon kurz nach Einführung des dBGB lehnte *Müller-Erbach* die hA vom Trennungsprinzip als nicht der Interessenlage entsprechend ab. Er kam zum Ergebnis, dass der Geschäftsherr dem Dritten auch bei mittelbarer Stellvertretung unmittelbar hafte – der mittelbare Vertreter habe nur subsidiär einzustehen.³ Erst 1980 folgten

¹ Siehe nur *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 622 ff; *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil, Bürgerliches Recht I⁹ (2021) Rz 9/1 ff.

² Vgl schon *Laband*, Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866) 183 (198); *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB⁶ (2020) § 1002 Rz 5.

³ *Müller-Erbach*, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt (1905) 29. Seine Stütze im positiven Recht suchte Müller-Erbach in den von der damals schon hA angenommenen

für das deutsche Recht zwei Fachbeiträge, die einen Gesamtüberblick zur mittelbaren Stellvertretung bieten, ausgewählte Problemkreise aber nur anschnitten: Nach *Hager* sei im Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten das Trennungsprinzip aufrecht zu erhalten – im Verhältnis zu gänzlich Außenstehenden, insbesondere zum Gläubiger des Vertreters, schlage die von der rechtlichen abweichende wirtschaftliche Position des Geschäftsherrn aber durch.⁴ *Schwark* zeigte anhand einiger Konfliktpunkte auf, dass die strikte Trennung der Rechtsverhältnisse bei der mittelbaren Stellvertretung nicht in voller Schärfe durchzuziehen ist.⁵ An rezenterer Literatur liegen drei Doktorarbeiten vor, wovon sich zwei auf rechtsvergleichende⁶ und eine auf historischer⁷ Aspekte konzentrieren.

Dieser Überblick über die bestehende Literatur zeigt, dass die mittelbare Stellvertretung für das österreichische Recht bislang unzureichend untersucht wurde. In Deutschland ist die Bearbeitungsdichte etwas höher, die existierenden deutschen Beiträge liegen aber zT mehrere Jahrzehnte zurück. Überdies weicht die deutsche Rechtslage in manchen Aspekten bedeutend von der österreichischen ab. Diese Forschungslücke soll das beschriebene Dissertationsvorhaben schließen.

III. Praxisrelevanz

Die *Interessenlage* der beteiligten Personen führt in mehreren Konstellationen dazu, dass die Abwicklung eines Geschäfts über die mittelbare Stellvertretung erwünscht oder sogar erforderlich ist. Einerseits ist es dem Geschäftsherrn aufgrund des Eigenhandelns durch den Vertreter möglich, von der wirtschaftlichen Potenz und dem geschäftlichen Ruf zu profitieren, welche der Stellvertreter möglicherweise im Rechtsverkehr genießt.⁸ Außerdem hat teils nur der Mittelsmann Zugang zu einem Markt, wie das etwa bei stark reglementierten Sektoren (vgl etwa den Finanzmarkt) der Fall ist.⁹ Ebenso denkbar sind Konstellationen, in denen der Geschäftsherr ein Geschäft aus rechtlichen Gründen nicht selbst tätigen darf, wobei hier stets

Durchbrechungen des Trennungsprinzips, in verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen sowie im Seeversicherungsrecht des HGB (s 43 ff).

⁴ *Hager*, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), 239.

⁵ *Schwark*, Rechtsprobleme der mittelbaren Stellvertretung, JuS 1980, 777.

⁶ *D. Busch*, Indirect Representation in European Contract Law (2005); *D. Moser*, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung (2010).

⁷ *Ellsperger*, Zum Verhältnis von unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung unter besonderer Berücksichtigung der Schlossmann'schen Vertretungslehre (2016).

⁸ Darauf hinweisend bereits *Müller-Erzbach*, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt (1905) 5 f.

⁹ *Bollenberger* in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB (2019) § 383 Rz 3, 5; *Häuser* in Münchener Kommentar zum HGB⁵ (2021) § 383 Rz 7.

darauf zu achten ist, dass kein (nichtiges) Umgehungsgeschäft vorliegt.¹⁰ Oft werden in diesem Zusammenhang auch Fälle genannt, in denen der Geschäftsherr (etwa aus wirtschaftlichen oder strategischen Gründen) dem Dritten gegenüber nicht in Erscheinung treten will, und daher einen Mittelsmann vorschaltet.¹¹ Zum Teil wird auch der mittelbare Vertreter selbst ein Interesse daran haben, dass Geschäftsherr und Dritter einander nicht bekannt werden, um der Redundanz seiner Beteiligung an Folgetransaktionen vorzubeugen.¹² Zuletzt darf nicht vergessen werden, dass immer dann, wenn es zu keiner Offenlegung des Handelns im fremden Namen kommt (und auch, wenn dies unwirksam oder zweifelhaft ist), ein Eigengeschäft des Stellvertreters vorliegt.¹³

Die *wirtschaftliche Bedeutung* der mittelbaren Stellvertretung (vor allem in Form des Kommissionsgeschäfts) hat zwar seit Mitte des 20. Jahrhunderts abgenommen, weil der direkten Stellvertretung mit voranschreitender (Verkehrs- und Informations-)Technologie die früher bestehenden Hürden genommen wurden.¹⁴ Nach wie vor von großer praktischer Relevanz ist die Kommission aber im Bereich des Wertpapierhandels, und zwar in der Form der sogenannten Effektenkommission (vgl § 1 Abs 1 Z 7 lit e BWG). Hier sind freilich bank- und wertpapierrechtliche Sonderregeln zu beachten (insb BWG, WAG und §§ 13 ff DepotG;¹⁵ sofern vereinbart auch die Bank-AGB¹⁶). Die Warenkommission spielt heutzutage laut Kommentarliteratur nur noch eine untergeordnete Rolle. Zunächst wird sie noch aus steuerlichen Gründen innerhalb internationaler Konzernstrukturen angewendet.¹⁷ Im Binnenmarkt wird die Warenkommission nach wie vor beim Handel bestimmter, meist seltener

¹⁰ Dazu *Baumgartner/Torggler* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ (2019) § 1002 Rz 76 mwN. Dass solche Umgehungen aber nicht stets verpönt sein müssen, zeigt das von *Baer* in BeckOK HGB³⁴ (2021) § 383 Rz 3 genannte Beispiel: Der Eigentümer von Jagd- oder Sportwaffen, der die Besitzberechtigung für diese Waffen nicht mehr hat, *muss* zur Veräußerung einen berechtigten Händler zwischenschalten.

¹¹ So schon *Müller-Erbach*, Mittelbare Stellvertretung 6; siehe auch *P. Bydlinski*, AT BR I⁹ Rz 9/5. Ähnliche und weitere Anwendungsfälle und -beispiele auch bei *Jhering*, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in *Jhering* (Hrsg), Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts I (1857) 273 (317 ff).

¹² *Handig*, Die österreichische Umsetzung des Folgerechts, wbl 2006, 397 (399) für den Bereich des Kunsthandels.

¹³ Im Zweifel ist Eigenhandeln anzunehmen: RIS-Justiz RS0019540 und RS0019516; vgl auch schon *Laband*, ZHR 10 (1866) 183 (214).

¹⁴ So etwa *Martinek* in Oetker, HGB⁷ (2021) § 383 Rz 21.

¹⁵ Dazu *Oppitz*, Das Effektengeschäft, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht VI² (2007) 99 ff und *Bollenberger* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB (2019) § 383 Rz 5 f.

¹⁶ Siehe etwa die insoweit noch mit den Z 62 ff ABB aF übereinstimmenden AGB der Kreditinstitute Erste Group Bank AG, Raiffeisen Bank International AG, UniCredit Bank Austria AG und BAWAG P.S.K. AG.

¹⁷ ZB: Die in einem Niedrigsteuerland ansässige Konzernmutter vertreibt als Kommittentin Waren über die inländische, als Kommissionärin tätig werdende Tochtergesellschaft; siehe *Bücheler* in *Torggler* (Hrsg), UGB³ (2019) § 383 Rz 3. Zu den dadurch ausgelösten Fragen des internationalen Steuerrechts siehe *Staringer*, Kommissionärsstrukturen im internationalen Konzernvertrieb, SWI 2010, 407.

und wertvoller, Güter eingesetzt (insbesondere im Kunst- und Antiquitätenhandel, aber auch bei Instrumenten, Schmuck, Briefmarken, uÄ).¹⁸ Als Anwendungsfall wird mithin (aufgrund der damit angeblich verbundenen Vermeidung des Umsatzsteueranfalls) der Gebrauchtwagenhandel genannt.¹⁹ Praktisch bedeutend ist auch die Spedition (§§ 407 ff UGB: Besorgung von Güterversendungen im eigenen Namen und auf fremde Rechnung).²⁰

Ein unter diesem Gesichtspunkt noch nicht näher untersuchter Anwendungsfall könnte die in den letzten Jahren wachsende Branche der *(Transaktions-)Plattformunternehmen*²¹ sein.²² Wenn das Plattformunternehmen mit den Nutzern im eigenen Namen kontrahiert, aber auf Rechnung der auf der Plattform anbietenden Unternehmer tätig wird, ist diese Konstellation als mittelbare Stellvertretung zu qualifizieren. Zwar dürfte dies nicht dem Eigenverständnis der meisten Plattformunternehmen entsprechen, die sich vielmehr auf eine bloße Vermittlerposition zurückziehen wollen.²³ Nach einer durchaus verbreiteten Ansicht in Österreich reicht aber die Offenlegung, in fremdem Namen zu handeln oder auch bloßer Vermittler zu sein, in AGB allein nicht aus.²⁴ Somit läge wieder ein Eigengeschäft auf fremde Rechnung und damit mittelbare Stellvertretung vor.

Abschließend zeigen einige Urteile des OGH, dass auch – oftmals familiär miteinander verbundene – Private das Rechtsinstitut der mittelbaren Stellvertretung einsetzen.²⁵

¹⁸ Vgl *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ (2013) 420; *Griss* in Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), UGB I⁴ (2009) § 383 Rz 3; *Bollenberger* in Zib/Dellinger, UGB § 383 Rz 5 f; *Apathy/Perner* in Artmann (Hrsg), UGB I³ (2019) § 383 Rz 4; *Büchele* in Torggler, UGB³ § 383 Rz 3.

¹⁹ Etwa *Büchele* in Torggler, UGB³ § 383 Rz 3 unter Verweis auf *Griss* in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 383 Rz 3 (diese allerdings ohne Nachweis). Für Deutschland etwa *Häuser* in MüKoHGB⁵ (2021) § 383 Rz 12 und *Martinek* in Oetker (Hrsg), HGB⁷ (2021) § 383 Rz 21 jeweils unter Verweis auf BGH 24.11.1980, VIII ZR 339/79.

²⁰ Dazu *Csoklich* in Artmann, UGB I³ §§ 407-414.

²¹ Zu diesem Begriff etwa *Santangelo-Reif*, VbR 2019, 128 (129).

²² Dazu allgemein *Forgó* in *Forgó/Zöchling-Jud*, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. ÖJT Band II/1 (2018) 285 ff.

²³ Das ergibt eine nähere und in der Dissertation im Detail wiedergegebene Analyse mehrerer Plattformen.

²⁴ *Fischer-Czermak*, Wandel der Vertragsstrukturen als Kodifikationsproblem, 20. ÖJT II/2 (2018) 12 f unter Verweis auf die im Kontext von „App-Stores“ geäußerten Meinungen von *Zankl/Knaipp*, Aktuelle Rechtsfragen bei Download und Anwendung von Apps, *ecolex* 2015, 542 und *Peschel/Schwamberger*, Der Vertragspartner beim App-Erwerb, *ZIIR* 2016, 411 (mwN auch zur deutschen L); *Forgó*, 20. ÖJT Band II/1, 307 f will auf den Einzelfall abstellen; *Burkowski/Schamberger* App-Einkäufe durch Minderjährige, *EF-Z* 2015, 9 (10) und diesen folgend *Welser/Zöchling-Jud*, *BR* II¹⁴ (2015) Rz 742 sehen das anbietende (Appentwicklungs-)Unternehmen als Vertragspartner an.

²⁵ OGH 1 Ob 30/73 (Ehemann bestellt im eigenen Namen aber auf Rechnung seiner Gattin ein Werk auf ihrem Grundstück); 4 Ob 506/81 (Sohn erwirbt Bauernholzmöbel als mittelbarer Stellvertreter seines Vaters); 3 Ob 556/85 (Vater erwirbt Vollgattersäge als mittelbarer Stellvertreter seines Sohnes); 3 Ob 120/95 (Bäuerin erwirbt über Ehemann und Schwiegervater indirekt Vieh); 3 Ob 188/12m (Bieten und Ersterben einer Liegenschaft im Rahmen einer Zwangsversteigerung im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung).

Eine eingehende Untersuchung des Themas lohnt sich somit auch aus praktischer Sicht, weil die systematische Darstellung der mittelbaren Stellvertretung im österreichischen Recht sowie die Entwicklung von Lösungen für bestehende Problemkreise auch für den Rechtsverkehr von Bedeutung ist.

IV. Gang der Untersuchung und Problemstellungen

A. Abschnitt 1: Einführung

Im ersten Abschnitt soll zunächst in das Thema eingeleitet werden, wobei die oben beschriebene Ausgangslage und der Forschungsstand näher dargestellt wird. Auch die *Praxisrelevanz* des Themas soll (bestenfalls anhand empirischer Belege) kurz aufgegriffen werden. Die terminologische Kritik an der mittelbaren Stellvertretung gibt außerdem Anlass dazu, besser passende *Bezeichnungen* für das Rechtsinstitut an sich sowie die beteiligten Parteien zu finden. Den nachfolgenden Abschnitten sollen außerdem ein kurzer *rechtshistorischer* Aufriss sowie eine *rechtsvergleichende* Umschau zugrunde gelegt werden. Geschichtlich erscheint erörterungswürdig, dass die mittelbare Stellvertretung aufgrund des Drittstipulationsverbots im römischen Recht die einzige Möglichkeit war, den eigenen Aktionsradius (durch Gewaltfreie) zu erweitern.²⁶ Erst *Hugo Grotius* gelang der „Durchbruch“, erstmals die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der direkten Stellvertretung zu beschreiben.²⁷ Die *rechtsvergleichenden* Schlaglichter sollen wie die Analyse der Rechtsvereinheitlichungsprojekte²⁸ auf dem Gebiet der Stellvertretung horizonterweiternd sein und (wenn auch nicht *de lege lata*) alternative Lösungswege aufzeigen.

²⁶ Siehe D 45, 1, 38, 17 (*Ulpian*): „*Alteri stipulari nemo potest ...*“ und dazu *U. Müller*, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (1969) 15; *Kaser*, Das römische Privatrecht I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht² (1971) 260 ff.

²⁷ *Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres (1625) II. Buch, 11. Kapitel, XVIII 2.

²⁸ Siehe Art 13 Abs 2 CAISG und dazu *Bonell*, The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods, *American Journal of Comparative Law* 1984, 718 (insb 733 ff); *D. Busch*, Indirect Representation in European Contract Law (2005) 197 ff. Vgl ebenso Art 3:302 f PECL und weiterführend *Bennet*, Agency in the Principles of European Contract Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004), *Uniform Law Review* 2006, 771; und schließlich Art 2.2.4 PICC sowie *Bennet*, *Uniform Law Review* 2006, 771 (778 f).

B. Abschnitt 2: Wesensmerkmale der mittelbaren Stellvertretung

In Lehre²⁹ und Rechtsprechung³⁰ herrscht Übereinstimmung, dass mittelbare Stellvertretung dann vorliegt, wenn jemand 1) im eigenen Namen, aber 2) auf fremde Rechnung 3) Geschäfte besorgt. Gesetzliche Bestimmungen, die für dieses Rechtsinstitut unmittelbar einschlägig sind, finden sich im ABGB aber kaum. § 1002 ABGB stellt sogar ausdrücklich auf das Handeln „im Namen des Andern“ ab. Das löste im 19. Jhd noch die Kontroverse aus, ob der mittelbaren Stellvertretung angesichts des engen Wortlauts des § 1002 ABGB überhaupt ein Auftrag zugrunde liegen kann.³¹ Die heute ganz hA differenziert freilich bei der Anwendung der §§ 1002 ff ABGB, ob die jeweilige Norm das Innen- oder Außenverhältnis betrifft,³² weshalb es mittlerweile unbestritten ist, dass auch der Geschäftsbesorgung im *eigenen* Namen im Innenverhältnis ein Auftrag zugrunde liegen kann.³³ Auch sonst findet sich im ABGB wenig Normmaterial, das Rückschlüsse auf das Institut der mittelbaren Stellvertretung erlauben würde. Einzig ihre handelsrechtliche Ausprägung der Kommission (§§ 360 ff AHGB bzw §§ 383 ff HGB/UGB) setzt die Vornahme von Rechtshandlungen im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung ausdrücklich voraus.³⁴ Ziel des zweiten Abschnitts wird es sein, die Merkmale der mittelbaren Stellvertretung aus den bestehenden Bestimmungen des Zivilrechts, der Sonderprivatrechte sowie im sonstigen Normenbestand der österreichischen Rechtsordnung abzuleiten und im Detail zu umschreiben.

Vor diesem Hintergrund kann die mittelbare Stellvertretung dann von anderen Rechtsinstituten abgegrenzt werden. Zu kontrastieren ist die mittelbare Stellvertretung aufgrund teilweiser Vergleichbarkeit insbesondere mit der direkten Stellvertretung sowie der bloßen Vermittlung,³⁵ mit Absatzketten und Zielschuldverhältnissen im Allgemeinen,³⁶ mit

²⁹ Vgl schon *Müller-Erzbach*, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt (1905) 63 ff; *Schey*, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechts I/3: Der Bevollmächtigtungsvertrag (Auftrag) (1907) 453 ff mwN; *Ehrenzweig*, System I/1² (1951) 273 f; sowie *Strasser* in Rummel, ABGB³ § 1002 Rz 8; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 67-73; *Apathy/Burtscher* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1017 Rz 10; *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 1017 Rz 9; *Schurr* in Schwimann/Neumayr, ABGB⁵ § 1002 Rz 15 und § 1017 Rz 1; *Baumgartner/Torggler* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1002 Rz 146-150.

³⁰ RIS-Justiz RS0019579: „Eine sogenannte mittelbare (indirekte, stille) Stellvertretung liegt vor, wenn ein Beauftragter im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers, abschließen soll [...]“.

³¹ *Schey*, Obligationsverhältnisse I/3, 453 ff mwN.

³² *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 2 mwN.

³³ Vgl nur *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 1002 Rz 5.

³⁴ Dazu näher *Grünhut*, Das Recht des Commissionshandels (1879); *Apathy/Perner* in Artmann, UGB I³ § 383 Rz 6. Siehe zur Spedition auch *Bauer* in Torggler, UGB³ § 407 Rz 5.

³⁵ Hier ist auch auf stellvertretungsrechtliche Probleme „auf der Plattform“ einzugehen.

³⁶ Vgl dazu *Koziol*, Mehrstufiger Warenverkehr (2021).

dem Trödelvertrag³⁷ und mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175 ff, insb § 1199 Abs 2 ABGB). Die Abwicklungsinstrumente Vertrag zugunsten Dritter (§§ 881 f ABGB)³⁸ und Anweisung (§§ 1400 ff ABGB)³⁹ sind hier ebenso von Interesse. In der Lit vieldiskutiert ist schließlich die Grenzziehung zur Treuhand.⁴⁰

C. Abschnitt 3: Das Trennungsdogma und seine Durchbrechungen

Durch die Konstruktion der mittelbaren Stellvertretung wird ein wirtschaftlich einheitlicher Vorgang auf zwei Rechtsverhältnisse aufgeteilt: Rechtlich wird strikt zwischen dem Ausführungs- und dem Abwicklungsgeschäft unterschieden („Trennungsprinzip“).⁴¹ Das ergibt sich bereits aus den allgemeinen Regeln, vor allem etwa der Vertragsabschlussfreiheit, die Ausfluss der Privatautonomie ist.⁴² Es kann nicht angehen, dass dem Dritten der Geschäftsherr als Vertragspartner „aufgebunden“ wird, tritt doch dem Dritten gegenüber nur der mittelbare Stellvertreter als Kontrahent auf. Das Prinzip der Trennung zwischen den hintereinander geschalteten Verträgen wird aber in mancherlei Hinsicht durchbrochen. Es bestehen nämlich Berührungspunkte zwischen den beiden Rechtsverhältnissen – sie wirken in bestimmten Fällen aufeinander ein und sind teils voneinander abhängig.

So stellt sich zunächst die Frage, inwieweit der Wissenstand des Geschäftsherrn dem mittelbaren Vertreter zuzurechnen ist,⁴³ etwa wenn es um *Wurzelmängel* geht, die das Ausführungsgeschäft betreffen. Aber auch die Auswirkung einer anfänglichen Unmöglichkeit oder der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit des Innen- oder Außenverhältnisses auf den jeweils anderen Vertrag soll aufgearbeitet werden.

Der Bereich der *Leistungsstörungen* ist bislang kaum untersucht, was möglicherweise darauf zurückzuführen ist, dass die einschlägigen Rechtsbehelfe weitgehend an objektive Kriterien geknüpft und damit von der Person des unmittelbaren Vertragspartners unabhängig

³⁷ *Oftinger*, Der Trödelvertrag (1937); *Ganser*, Die Rechtsnatur des Trödelvertrags (1937).

³⁸ Etwa *Parapatis*, Der Vertrag zugunsten Dritter (2011).

³⁹ Jüngst *B.C. Steininger*, Die Anweisung (2021).

⁴⁰ Siehe *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 74-76, 90 ff mwN.

⁴¹ Die strikte Trennung betonen etwa schon *Jhering* in *Jhering*, Jahrbücher I 273 (320) und *Laband*, ZHR 10 (1866) 183 (196 ff); für Deutschland siehe *Ellsperger*, Zum Verhältnis von unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung unter besonderer Berücksichtigung der Schlossmann'schen Vertretungslehre (2016) 2 f mwN, die in Anlehnung an *Herbert*, Die Beteiligung des Kommittenten am Ausführungsgeschäft bei der Warenkommission (1972), den Begriff „Trennungsdogma“ wählt.

⁴² Vgl *Welser/Kletečka*, BR I¹⁵ Rz 627.

⁴³ Für eine Behandlung des Geschäftsherrn als unechter Dritter im Kontext der Irrtumsanfechtung für Österreich erstmals *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ § 875 ABGB Rz 3 mit Bezug auf deutsche Kommentarliteratur.

sind. Das Aufspaltungsrisiko für den Geschäftsherrn bzw den Dritten könnte daher auch weniger stark ausgeprägt sein.⁴⁴

Schadensfälle bei Ausführung oder Abwicklung waren bereits verstärkt Gegenstand der Diskussion im Schrifttum, wobei sich die mittelbare Stellvertretung als einer der Anwendungsfälle der sogenannten Drittschadensliquidation herausgebildet hat.⁴⁵ Das Drittschadensproblem ist zwar – nicht zuletzt aufgrund des umstrittenen Einflusses der Schadensberechnungsmethode – Gegenstand einer schon länger bestehenden Kontroverse.⁴⁶ Nichtsdestotrotz wird die Diskussion systematisch aufzubereiten sein, wobei die auf diese Art gewonnenen Erkenntnisse auf andere Problemkreise ausstrahlen könnten. Im Bereich des Haftungsrechts soll auch untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass Ausführungs- und Abwicklungsgeschäft Schutzwirkung zugunsten des jeweils nicht Beteiligten (Geschäftsherrn bzw Dritten) entfalten können.⁴⁷

Im *bereicherungsrechtlichen* Kontext besteht die vielbearbeitete Diskussion, ob ein Verwendungsanspruch des Dritten besteht, wenn der Vorteil aus dem Ausführungsgeschäft dem Geschäftsherrn zugeflossen ist, der Dritte aber nicht (mehr) auf den mittelbaren Stellvertreter zugreifen kann.⁴⁸ Noch nicht tiefergehend untersucht ist hingegen die Frage, inwieweit die Redlichkeit des Geschäftsherrn auf den mittelbaren Stellvertreter durchschlägt und vice versa.

Auch die rechtliche Stellung der Beteiligten im Verhältnis zu gänzlich Außenstehenden soll Gegenstand der Arbeit sein. So stellen sich einige *sachenrechtliche* Fragen, allen voran jene nach dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch den Geschäftsherrn am durch das Ausführungsgeschäft zu erlangende Gut sowie nach den diesbezüglichen privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten.⁴⁹ Abschließend ist in der *Insolvenz* des Vertreters ungeklärt, ob der

⁴⁴ Vgl dazu *Koziol*, Mehrstufiger Warenverkehr (2021) 270 f im Kontext von Lieferketten.

⁴⁵ Siehe *Apathy*, Drittschadensliquidation, JBl 2009, 69 (74).

⁴⁶ *Karner* in KBB⁶ § 1295 Rz 18.

⁴⁷ Siehe *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1002 Rz 72 unter Verweis auf OGH 8 Ob 516/90 JBl 1991, 795 (Versender von den Schutzwirkungen des vom Spediteur abgeschlossenen Ausführungsgeschäfts erfasst).

⁴⁸ Vgl etwa *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1734, die entgegen der überwiegenden L mit einem Direktanspruch sympathisieren. Zur Diskussion ausführlich *Kerschner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1041 Rz 52 ff.

⁴⁹ So wird vielerorts gesagt, dass sich der Geschäftsherr vor dem Insolvenzrisiko des Vertreters bei der Einkaufskommission durch die Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts weitgehend schützen kann (etwa *Baumgartner/Torggler* in Klang³ § 1002 Rz 214 mwN). Dieser Gestaltungsmöglichkeit dürfte der OGH aber zumindest skeptisch gegenüberstehen (vgl 3 Ob 120/95: „Eine Übergabe mittels Besitzkonstituts beim Eigentumserwerb durch mittelbaren Stellvertreter wäre nur dann anzunehmen, wenn der mittelbare Stellvertreter weiterhin im Besitz der erworbenen Sache bleiben soll, wie etwa in dem Fall, daß eine Bank für den Kunden Wertpapiere erwirbt und für ihn verwahrt. Dagegen paßt diese Übereignungsform ihrem Sinn und

Geschäftsherr bloßer Insolvenzgläubiger ist und damit auf die Quote beschränkt wird, oder ob er etwa erworbene Forderungen oder bereits beim Vertreter befindliche Gegenstände aussondern kann.⁵⁰

Ziel der geplanten Untersuchung wird es sein, diese genannten Berührungspunkte zu untersuchen sowie darüber hinaus herauszuarbeiten, wo nach wie vor ein „Aufspaltungsrisiko“ für die Beteiligten besteht, und ob die Sachlage auch dort eine Durchbrechung des Trennungsprinzips rechtfertigt. Ob letztlich alle der genannten Problematiken in die Arbeit einfließen können, wird sich noch weisen. Gegebenenfalls muss die Untersuchung auf bestimmte (vorzugsweise bislang weniger dicht bearbeitete) Bereiche eingeschränkt werden.

Abschließend soll jedenfalls der Versuch unternommen werden, ein System herauszubilden bzw Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung zu formulieren. Eine thesenförmige Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse wird die Arbeit abrunden.

Zweck nach nicht, wenn ohnehin die alsbaldige Übergabe der erworbenen Sache an den Interessenten erfolgen soll [...]“).

⁵⁰ Vgl dazu § 392 Abs 2 UGB, der dem Kommittenten ein insolvenzsicheres Vorrecht an Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft einräumt. Ob diese Bestimmung analog auf das Surrogat anwendbar ist, ist bereit für den Bereich des Handelsrechts umstritten (siehe *Bollenberger* in *Zib/Dellinger*, UGB § 392 Rz 12). Noch kontroverser ist die Frage nach der Verallgemeinerungsfähigkeit von § 392 Abs 2 UGB etwa für die zivilrechtliche mittelbare Stellvertretung (die wohl hL lehnt dies aber ab: *Baumgartner/Torggler* in *Klang*³ § 1002 Rz 148 ff mwN).

V. Vorläufige Gliederung

1. Abschnitt

- I. Einleitung
 - A. Ausgangsposition
 - B. Interessenlage und Praxisrelevanz
 - C. Terminologie
 - D. Gang der Untersuchung
- II. Historische Entwicklung
- III. Rechtsvergleichende Umschau, Rechtsvereinheitlichung

2. Abschnitt

- IV. Charakteristik der mittelbaren Stellvertretung
 - A. Definition
 - B. Einschlägiges Normmaterial
 - C. Merkmale im Einzelnen
- V. Abgrenzungen

3. Abschnitt

- VI. Idealvorstellung eines Absatzvorgangs im Wege der mittelbaren Stellvertretung
 - A. Zugrundeliegende Vertragsverhältnisse
 - B. Das sogenannte „Trennungsdogma“
 - C. Schuldrechtliche Stellung der Beteiligten
 - D. Sachenrechtliche Stellung der Beteiligten
- VII. Interdependenzen zwischen Ausführungs- und Abwicklungsgeschäft
 - A. Wurzelmängel
 - B. Leistungsstörungen
 - C. Schadenersatz
 - D. Bereicherung
 - E. Sachenrecht
 - F. Insolvenzrecht
- VIII. Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, Systembildung
- IX. Zusammenfassung in Thesen

VI. Zeitplan

Vor WiSe 2021/22 (bereits absolviert):

- Vorlesung zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre
- Seminar im Dissertationsfach

WiSe 2021/22 (bereits absolviert):

- Verfassen des Exposés
- Seminar im Dissertationsfach und Vorstellung des Dissertationsvorhabens

SoSe 2022 (bereits absolviert):

- Zwei Seminare aus dem Dissertationsfach
- Verfassen der Grundlagenabschnitte
- Aufarbeitung bestehender Rsp und des aktuellen Meinungsstands

WiSe 2022/23 (bereits absolviert)

- Verfassen der weiterführenden Abschnitte
- Seminar aus dem Dissertationsfach

SoSe 2023

- Erarbeitung und Umsetzung eigener Lösungsansätze
- Forschungsaufenthalt(e) im Ausland
- Finalisieren der Arbeit

Herbst 2023 / Anfang 2024

- Einreichen der schriftlichen Arbeit
- Defensio

VII. Relevante Literatur

A. Kommentare

Österreich

Artmann (Hrsg), UGB³ (2019)

Fenyves/Vonkilch/Klang (Hrsg), ABGB, 3. Auflage des von Kang begründeten Kommentars (ab 2008)

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.01-1.06} (laufend)

Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), Kommentar Insolvenzordnung (2019)

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020)

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (ab 2000)

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ (ab 2014)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB I-VIII⁴ (2011-2017)

Straube/Ratka/Rauter (Hrsg), Wiener Kommentar zum UGB I⁴ (ab 2019)

Torggler (Hrsg), UGB Kommentar³ (2019)

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I-IV (1811-1813)

Zib/Dellinger (Hrsg), UGB Großkommentar (2019)

Deutschland

Boujong/Ebenroth/Joost/Strohn (Hrsg), HGB II⁴ (2020)

Drescher/Fleischer/Karsten Schmidt (Hrsg), Münchener Kommentar zum HGB V⁵ (2021)

Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg) beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB (laufend)

Henssler/Herresthal/Paschke (Hrsg), beck-online.GROSSKOMMENTAR HGB (laufend)

J. von Staudingers Kommentar zum BGB (laufend)

Oetker (Hrsg), Handelsgesetzbuch⁷ (2021)

Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB I⁹ (2021), VI⁸ (2020)

Stürner (Hrsg), Jauernig BGB Kommentar¹⁸ (2021)

B. Monografien, Hand- und Lehrbücher

Böhm, Auslegung und systematische Einordnung des § 392 II HGB - zum Verhältnis von Analogie und Fiktion bei mittelbarer Stellvertretung (Diss, 1971)

Busch, Indirect Representation in European Contract Law (Diss, 2005)

Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht (Diss, 1931)

Dressler, Die entsprechende Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Nichtkaufleute am Beispiel des § 392 Abs. 2 HGB – ein Beitrag zur Methode der Analogie (Diss, 1968)

- Dubber*, Das Geschäft mit dem, den es angeht (Diss, 1977)
- Dullinger*, Bürgerliches Recht II Schuldrecht Allgemeiner Teil⁷ (2021)
- Ellsperger*, Zum Verhältnis von unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung unter besonderer Berücksichtigung der Schlossmann'schen Vertretungslehre (2015)
- Grünhut*, Das Recht des Commissionshandels (1879)
- Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992)
- Hagen*, Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik – ein Beitrag zur Koordinierung von Rechtsfortbildungen (1971)
- Herbert*, Die Beteiligung des Kommittenten am Ausführungsgeschäft bei der Warenkommission (1972)
- Iro*, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982)
- Kleinrahm*, Erwirbt der Kommittent analog zu § 392 Abs. 2 HGB auch relatives Eigentum? (Diss, 1957)
- Knoke*, Der Eigentumserwerb des Kommittenten bei der Wareneinkaufskommission (1928)
- Koziol*, Mehrstufiger Warenverkehr (2021)
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) und II³ (2018)
- Kremmler*, Der Eigentumserwerb des Kommittenten (1934)
- Leintz*, Die Dogmatik der Versicherung für fremde Rechnung (2015)
- Moser*, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung - Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht sowie zu den internationalen Regelungsmodellen (2010)
- Müller-Erbach*, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt (1905)
- Oetker*, Handelsrecht⁸ (2019)
- P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil⁹ (2021)
- Parapatits*, Der Vertrag zugunsten Dritter (2011)
- Pisko*, Handelsgesetze als Quelle des bürgerlichen Rechts (1935)
- Rabl/Herndl/Riedler*, Bürgerliches Recht III Schuldrecht Besonderer Teil⁷ (2021)
- Schlossmann*, Die Lehre von der Stellvertretung I: Kritik der herrschenden Lehre (1900) und II: Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung (1902)
- Schmaranzer*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2006)
- Schreindorfer*, Verbraucherschutz und Stellvertretung – Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Einschaltung einer Hilfsperson auf Kundenseite beim Abschluss von Verbraucherverträgen (2012)
- Schütte*, Leistungsstörungen im Kommissionsrecht (Diss, 1988)
- Spitzer*, Das persönliche Recht auf Aussonderung (2017)

von Dalwigk zu Lichtenfels, Das Effektenkommissionsgeschäft (1975)

Vrbaski, Forderungszuständigkeit und Insolvenzschutz bei Handel in Kommission (2005)

Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018)

Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015)

Wolter, Effektenkommission und Eigentumserwerb (1979)

C. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und Sammelwerken

Altmeyden, Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte, ZHR 157 (1993) 541

Apathy, Drittschadensliquidation, JBl 2009, 69

Apathy, Probleme der Treuhand, ÖJZ 2006, 221

Avancini, Ist § 392 II HGB auf die vom Kommissionär in Durchführung eines Kommissionsgeschäfts erworbenen Sachenrechte "analog" anwendbar? FS Kastner (1972) 5

Berg, Drittschadensliquidation und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, MDR 1969, 613

Böhm, Anmerkung zu OLG Nürnberg vom 23.6.1972 – 6 U 105/71, NJW 1973, 196

Börner, Offene und verdeckte Stellvertretung und Verfügung, FS Hübner (1984) 409

Burtscher/Spitzer, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz, SPRW 2014, 201

Butschek, Die Rechtsstellung des Treugebers bei der uneigennütigen Treuhand, JBl 1991, 364

Canaris, Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts auf das Recht des Handelskaufs und der Kommission, FS Konzen (2006) 43

Canaris, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, FS Flume I (1978) 372

Dressler, Aufrechnung des Käufers von Kommissionsgut mit Forderung gegen Kommissionär NJW 1969, 655

Einsele, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips, JZ 1990, 1005

Fleckner, Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung, in Baum/Fleckner/Hellgadt/Roth (Hrsg), Perspektiven des Wirtschaftsrechts, Beiträge für Hopt (2008) 3

Gehrlein, Wirksame Vertretung trotz Unkenntnis über die Person des Vertreters, VersR 1995, 268

Gundlach/Frenzel/Schmidt, Die Anwendbarkeit des § 392 Abs. 2 HGB auf das aus dem Ausführungsgeschäft Erlangte in der Insolvenz des Kommissionärs, DZWiR 2000, 449

Hager, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980) 239

- Hüffer*, Vorrang des Kommittenten bei Mehrfachabtretung durch den Kommissionär, JuS 1991, 195
- Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 470 (Teil I), 510 (Teil II)
- Iro*, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3 (Teil I), 112 (Teil II)
- Karsten Schmidt*, Die Kommission: Treuhand am Rechtsverhältnis, FS Medicus (2009) 467
- Karsten Schmidt*, Rechtsprechungsübersicht – Kommittentenschutz gegen Globalzession, JuS 1989, 409
- Karsten Schmidt*, Offene Stellvertretung – Der „Offenkundigkeitsgrundsatz“ als Teil der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, JuS 1987, 425
- Laband*, Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB, ZHR 10 (1866) 183
- Müller*, Das Geschäft für den, den es angeht, JZ 1982, 777
- Muthorst*, Der aufrechnende Kommissionskäufer, JURA 2013, 179
- Perl*, Das Aussonderungsrecht des Kommittenten, BuschsA 49 (1888) 94
- Peters*, Zum Problem der Drittschadensliquidation, AcP 189, 329
- Petersen*, Unmittelbare und mittelbare Stellvertretung, JURA 2003, 744
- Plambeck*, Die Eingriffskondiktion in Kommissionsfällen, JuS 1987, 793
- Rabe*, Drittschadensliquidation im Gütertransportrecht, TranspR 1993, 1
- Rabl*, § 1026 ABGB und Konkurs des Machthabers, NZ 1997, 302
- Schwark*, Rechtsprobleme der mittelbaren Stellvertretung, JuS 1980, 777
- Schwarz*, § 392 II HGB als Aufrechnungshindernis, NJW 1969, 1942
- Staringer*, Kommissionärsstrukturen im internationalen Konzernvertrieb, SWI 2010, 407
- von Caemmerer*, Das Problem des Drittschadensersatzes, ZHR 127 (1965) 241
- von Lübtow*, Das Geschäft „für den es angeht“ und das sog. antizipierte Besitzkonstitut, ZHR 112 (1949) 227
- von Thur*, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen, GrünhutsZ 25 (1898) 529
- Wilmer*, Rechtliche Probleme der Online-Auktion, NJW-CoR 2000, 94
- Wolf*, Der mittelbare Stellvertreter als nichtberechtigter Verfügender, JZ 1968, 414