

# Die gewillkürte Vertretungsmacht in Deutschland und Japan

Peter A. WINDEL\*

- I. Die Aktualität des Themas
- II. Zum Abstraktionsprinzip im BGB
  1. Allgemeines zu Trennung und Abstraktion
  2. Trennung und Abstraktion beim Handeln mit Fremdbezug
  3. Kritik in Deutschland
- III. Die Rechtslage in Japan
  1. Grundlagen
  2. Einzelfragen
  3. Zwischenbewertung
- IV. Abschließende Bewertung: Einzelfallprüfung oder typisierte Verkehrslegitimation?
  1. Die Prozessvollmacht in Deutschland und Japan
  2. Die Vollmachten des Handelsrechts
  3. Fürsorge im Alter
- V. Fazit

## I. DIE AKTUALITÄT DES THEMAS

Im Zuge der zum 1. April 2020 in Kraft getretenen Novelle des *Minpō* (ZG) wurde auch der Titel zur Vertretung (Art. 99–117 ZG) umfassend überarbeitet. Dies ist für das japanisch-deutsche Rechtsgespräch deshalb besonders bedeutsam, weil das Konzept der §§ 164–181 BGB seit längerem grundsätzlich diskutiert wird. Namentlich das Modell der Abstraktheit der Vollmacht, das Othmar JAUERNIG noch 1979 als „bahnbrechend“ gefeiert hatte,<sup>1</sup> wird neuerdings – gerade für eine europäische Rechtsvereinheitlichung – als „obsolet“ bezeichnet.<sup>2</sup> Noch schärfer als diese auf ein Gedankenexperiment

---

\* Dr. iur. utr., Professor für Prozessrecht und Bürgerliches Recht an der Ruhr-Universität Bochum.

1 Heute H.-P. MANSEL, in: Jauernig (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, hrsg. von Stürner (17. Aufl., 2018) § 167 Rn. 1 (insoweit seit der 1. Aufl., 1979 von Othmar Jauernig unverändert).

2 R. DOERNER, Die Abstraktheit der Vollmacht. Zur mangelnden Begründbarkeit eines bürgerlichrechtlichen Lehrsatzes (2018), zusammenfassend S. 260 sub IX., 262.

gestützte<sup>3</sup> rechtspolitische Kritik leugnet Volker BEUTHIEN das Abstraktionsprinzip im Stellvertretungsrecht gegen die ganz h.L.<sup>4</sup> sogar *de lege lata*.<sup>5</sup> Finden diese Tendenzen zur Aufgabe einer „juristischen Entdeckung“<sup>6</sup> eine Rechtfertigung durch das überarbeitete japanische Recht?

## II. ZUM ABSTRAKTIONSPRINZIP IM BGB

Die Gegensatzpaare Einheitlichkeit–Trennung (Teilung) und Abstraktheit–Kausalheit dienen der Qualifikation von Rechtsgeschäften in ihrem Verhältnis zueinander. Dazu einige allgemeinere Bemerkungen (1.), bevor wir uns der speziellen Frage zuwenden, was das für Handeln mit Fremdbezug besagt (2.).

### 1. Allgemeines zu Trennung und Abstraktion

Das Verhältnis von Rechtsgeschäften zueinander lässt sich kombinatorisch zunächst nach den Kriterien der Einheitlichkeit oder der Trennung (Teilung) bestimmen. Diese Unterscheidung ist dann sinnvoll, wenn es um verschiedene Rechtsfolgen eines außerrechtlich, also wirtschaftlich oder sozial, einheitlichen Vorgangs geht, wie etwa Verpflichtung und Verfügung oder auch Befugnis und Rechtsmacht. Für eine Trennung der rechtsgeschäftlichen Tatbestände wird man optieren, wenn es sinnvoll erscheint, die Rechtsfolgen unabhängig voneinander eintreten zu lassen. Dies kann man schon dann befürworten, wenn auch nur deren zeitliche Streckung von Fall zu Fall angemessen sein kann.<sup>7</sup>

Aufbauend auf einer Trennung von Rechtsgeschäften kann man zur Abstraktion gelangen. Hier interessierend<sup>8</sup> geht es um die Abstraktheit eines der

---

3 DOERNER, *supra* Fn. 2, 150 ff., zusammenfassend 260 f. sub IX–XII.

4 Für sie E. SCHILKEN, in: Staudingers Kommentar zum BGB (2019) vor § 164 Rn. 33 f.

5 V. BEUTHIEN, Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip? – Zum Verhältnis von Auftrag, Amt und Vollmacht, in: Canaris et al. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft Band I. Bürgerliches Recht (2000) 81–109.

6 H. DÖLLE, Juristische Entdeckungen: Festvortrag, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957, Bd. 2 (1958) B1, B3 ff.; aufgegriffen von D. DIEMERT, Paul Laband und die Abstraktheit der Vollmacht vom Kausalverhältnis oder „Der Meister des Staatsrechts auf Abwegen“, in: Hoeren (Hrsg.), Zivilrechtliche Entdecker (2001) 151–187.

7 Zwingend ist dies natürlich nicht, aber ein solcher Effekt lässt sich innerhalb eines Einheitstatbestandes nur mit Hilfsregelungen erzielen, vgl. Art. 1196 Abs. 2 CC.

8 Eine Abstraktion des rechtlich Relevanten vom außerrechtlichen Gesamtvorgang liegt der Unterscheidung von rechtlich relevantem Inhalt und rechtlich (grundsätzlich) irrelevantem Motiv des Rechtsgeschäfts zugrunde.

beiden durch Trennung selbstständig gewordenen Rechtsgeschäfte gegenüber dem anderen. Das sog. Abstraktionsprinzip kann hier in zweierlei Weise,<sup>9</sup> nämlich innerlich sowie äußerlich, zum Tragen kommen. Die innere oder *inhaltliche Abstraktion* besagt, dass der rechtliche Grund des abstrakten Geschäfts nicht in diesem selbst, sondern in dem Geschäft liegt, von dem es getrennt (bzw. abgespalten) wurde. Die *äußere Abstraktion* hingegen immunisiert das abstrakte Rechtsgeschäft gegen Fehler und damit Unwirksamkeitsgründe, die dem anderen Geschäft anhaften („*Fehlerunabhängigkeit*“).

Abstraktion ist ohne Trennung nicht denkbar, aber Trennung führt nicht notwendig zur Abstraktion. Letzteres gilt in äußerer wie in innerer Hinsicht: Unwirksamkeitsgründe können erstreckt werden, und dem Tatbestand des abgetrennten Geschäfts kann der Rechtsgrund<sup>10</sup> wiederholend integriert werden, oder es kann jedenfalls eine Bezugnahme für erforderlich erklärt werden.<sup>11</sup>

Mit den Beobachtungen, dass weder die äußere noch die innere Abstraktion gleichförmig ausgestaltet sein müssen, sind wir bereits beim Gesichtspunkt der Gradualisierung: Wenn wir von Trennung und Abstraktion sprechen, haben wir es nicht mit *a priori* feststehenden Prinzipien,<sup>12</sup> sondern mit graduell auszugestaltenden Kategorien zu tun.<sup>13</sup>

## 2. Trennung und Abstraktion beim Handeln mit Fremdbezug

Nach Vorigem ist genauer zu analysieren, *inwieweit* das Grundverhältnis oder – genauer – die Einräumung rechtlicher Befugnis einerseits und die Rechtsmacht oder – genauer – deren Einräumung beim Handeln mit Fremdbezug andererseits rechtlich getrennt sind und inwieweit Letztere inhaltlich sowie äußerlich abstrakt ist.

### a) Ausgangspunkt: Die Mandatslehre

Um die Herausarbeitung der Abstraktheit der Vollmacht durch Paul LABAND einschätzen zu können, sollte man sich einige Eckdaten in Erinnerung rufen.

---

9 Hierzu und zum Folgenden O. JAUERNIG, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, Juristische Schulung 1994, 721–727.

10 So die Rechtsordnungen, die für Zuwendungen einen wirksamen „Titel“ verlangen bzw. verlangt haben, aber nach manchen auch für die Prokura im japanischen Recht, unten IV.2.b).

11 So die Lehre von der subjektiven Leistungszweckbestimmung (zu ihr P. A. WINDEL, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall (1998) 369 ff.).

12 Dies macht das Erkenntnisinteresse von BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, bedenklich.

13 Leider wird darauf selten hingewiesen, etwa bei H.-M. PAWLOWSKI, Allgemeiner Teil des BGB (7. Aufl., 2003) Rn. 675 Fn. 72.

Dies kann hier natürlich nur sehr selektiv geschehen.<sup>14</sup> Die *Gesetzgebung* beruhte in Europa um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert auf der *Mandatstheorie*,<sup>15</sup> die im Kern besagt, dass Auftrag und Bevollmächtigung einen einheitlichen Vertrag bilden. Völlig klar formuliert ist sie in den bis heute geltenden Art. 1984 CC<sup>16</sup> und § 1005 S. 1 ABGB,<sup>17</sup> während die §§ 5, 6 prALR I 13<sup>18</sup> die Möglichkeit der einseitigen Mandatierung offen gelassen hatten. „Mandat“, „Auftrag“, „Prokuration“ und „Vollmacht“ waren dabei nach ALR und CC Synonyme für die Vertragserklärung des Auftrag- und Vollmachtgebers, nicht für den Vertrag als Ganzes, was im Wortlaut des § 662 BGB bis heute fortlebt. Abweichend ist die Terminologie des ABGB, wonach „Vollmacht“ eine vom Gewaltgeber ausgestellte Urkunde,<sup>19</sup> also die Legitimation genannt wird.<sup>20</sup>

14 Deziert DOERNER, *supra* Fn. 2, 32 ff.; P. A. WINDEL, Abstraktheit der Bevollmächtigung und Typisierung der Vollmacht, in: FS Herbert Roth (in Vorbereitung für 2021).

15 Historisch unzutreffend A. KLETEČKA, in: Koziol/Welser (Begr.), Bürgerliches Recht Bd. I (14. Aufl., 2014) Rn. 642: „Oft werden Vollmacht und Auftrag miteinander verbunden. *Deshalb* hat das ABGB in den §§ 1002 ff. beide Institute unter dem Titel des ‚Bevollmächtigungsvertrages‘ gemeinsam geregelt.“ (Hervorhebung nicht im Original).

16 Art. 1984 CC <sup>1</sup>Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. <sup>2</sup>Le contrat ne se forme que par l’acceptation du mandataire.

17 § 1005 ABGB<sup>1</sup> Bevollmächtigungsverträge können mündlich oder schriftlich geschlossen werden.

18 § 5. Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt.

§ 6. Wird der Auftrag angenommen, so ist unter beyden Theilen ein Vertrag vorhanden.

19 § 1005 ABGB<sup>2</sup> Die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt.

20 Dies ist in § 1017 ABGB nicht ganz präzise aufgegriffen (dazu auch DOERNER, Die Abstraktheit der Vollmacht (2018) Fn. 84), wo von „offener Vollmacht“ im Sinne von offengelegtem Handeln in fremdem Namen – also als direkter Stellvertreter – und von „geheimer Vollmacht“ im Sinne von Handeln im eigenem Namen – also als indirekter Stellvertreter – die Rede ist:

§ 1017 ABGB. Insofern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Hat er also innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen; so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten; nicht aber dem Gewalthaber zu. Die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß.

b) *Differenzierung des Mandatsverhältnisses*

Die *Rechtsdogmatik* hat in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vielfältige Versuche unternommen, das einheitliche Mandatsverhältnis näher aufzuschlüsseln. Aus der kaum überschaubaren Literatur sei hier<sup>21</sup> neben der Arbeit von LABAND der Aufsatz von Rudolf von JHERING über „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte“<sup>22</sup> hervorgehoben.<sup>23</sup> Dort werden an der noch einheitlich gedachten „mandirten Stellvertretung“ eine „innere Seite“ und eine „äußere Seite“ unterschieden.<sup>24</sup>

c) *Aufspaltung in zwei Rechtsverhältnisse im ADHGB*

Die Arbeiten zum ADHGB<sup>25</sup> (1857–1861) führten gleichsam im Schnelldurchlauf vom Standpunkt JHERINGS, also eines einheitlichen Rechtsverhältnisses mit je einer klar unterscheidbaren inneren und äußeren Seite,<sup>26</sup> zu dem, was heute allgemein mit den Kategorien der Trennung und Abstraktion, hier zudem auch der Typisierung, zu erfassen versucht wird. Der Impetus kam dabei von den Handelsstädten des Norddeutschen Bundes, die dem Verkehrsschutz unbedingten Vorrang einräumten.<sup>27</sup>

Die Vertretungsregelungen des ADHGB waren also Kinder der Praxis. Ihre detaillierte analytische Aufbereitung leistete weitgehend erst LABAND, der gesetzlich fixierte oder – wie wir heute eher sagen würden – *typisierte Vollmachten und gewillkürte Vollmachten*, deren Umfang entweder gesetzlich präsumiert sein kann oder vollständig privatautonom festgelegt wird,<sup>28</sup> unterscheidet. Diese Beobachtungen liefern die Grundlage zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Trennungs- und Abstraktionsprinzips: Trennung und Abstraktion von Rechtsgeschäften sind desto wirksamer, je eindeutiger ihre Rechtsfolgen typisiert sind.<sup>29</sup>

---

21 Daneben zu ZEILLER und BRINZ ausführlich DOERNER, *supra* Fn. 2, 40 ff.

22 R. v. JHERING, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Teil 1), in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Band 1 (1857) 273–350.

23 Meine Auswahl ist W. BREHM, *Allgemeiner Teil des BGB* (6. Auflage, 2008) Rn. 452 Fn. 46, nachempfunden. Außerdem weist das Konzept von BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, deutliche Parallelen zu dem von JHERING auf, unten III.3.

24 JHERING, *supra* Fn. 22, 313.

25 Zum Folgenden DOERNER, *supra* Fn. 2, 43 ff.

26 Näher DOERNER, *supra* Fn. 2, 43 f.

27 Näher DOERNER, *supra* Fn. 2, 45 f.

28 P. LABAND, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, *ZHR* Bd. X (1866) 183–241, 218–222, sowie zuvor schon 206 f.

29 Näher WINDEL, *supra* Fn. 14.

d) *Die gewillkürte Stellvertretung des BGB*

Auf der Grundlage des BGB haben sich die Relativierungen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips gegenüber dem ADHGB vermehrt. Zunächst gilt nach bürgerlichem Recht nicht das Prinzip der gesetzlichen Typisierung der Vollmacht, sondern umgekehrt das ihrer freien Bestimmung durch den Vertretenen. Das heißt natürlich nicht, dass es im allgemeinen Privatrechtsverkehr nicht seit je „verkehrstypische“ Mandate bzw. Vollmachten gegeben hätte. Aber der Versuch, sie adäquat zu kodifizieren, würde wahrscheinlich zu überkomplexen Regelungen führen.<sup>30</sup>

Eine weitere klare Abweichung des Normtextes des BGB vom ADHGB besteht darin, dass sich gem. § 168 S. 1, 2 BGB das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt und sie bei dessen Fortbestehen (nur!) widerruflich ist, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Im Gegensatz zur Bevollmächtigung ist der *Widerruf* der Vollmacht also weder abstrakt noch getrennt, sondern *nur trennbar* – und selbst das nicht immer. Nach Art. 54 Abs. 1 ADHGB war die Prokura dagegen unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnis zu jeder Zeit widerruflich, was man durchaus im Sinne einer vollständigen Trennung und Abstraktion auch des Erlöschens der Vollmacht lesen konnte.<sup>31</sup> Freilich lässt sich aus dieser Abweichung des BGB von der den Untersuchungen LABANDS zugrunde liegenden Gesetzeslage kein Argument gegen Trennung und Abstraktion<sup>32</sup> überhaupt ableiten; es handelt sich vielmehr (nur) um eine Gradualisierung in Gestalt einer Abschwächung.

3. *Kritik in Deutschland*

Das Hauptargument gegen die Abstraktion lautet, insbesondere die „reine“ Innenvollmacht bringe *überschießenden Verkehrsschutz* mit sich.<sup>33</sup> Von einer solchen Innenvollmacht spricht man, wenn die Bevollmächtigung vom Machtgeber weder durch Mitteilung an den Geschäftsgegner noch durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben (vgl. §§ 170 f. BGB) oder durch eine Urkunde dokumentiert wurde (vgl. § 172 BGB), womit der Verkehr „nur dem Wort des Bevollmächtigten vertraue“.<sup>34</sup> Das mag vielleicht vordergründig verblüffen; bei näherem Zusehen ist es dagegen verblüffend sys-

30 Zur japanischen Lösung des Problems unten III.2.

31 Nach geltendem Handelsrecht bleibt hingegen (nur) der Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung unbeschadet, § 52 Abs. 1 HGB.

32 So aber insbes. BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, 84; DOERNER, *supra* Fn. 2, 22; zur japanischen Diskussion III.1.; wie hier zutr. SCHILKEN, *supra* Fn. 4, vor § 164 Rn. 34.

33 Jeweils einführende Überblicke bei BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, 87 f.; DOERNER, *supra* Fn. 2, 23 ff.

34 DOERNER, *supra* Fn. 2, 114 f., 160.

temkonform, weil sogar die Qualifizierung des Handelns mit Fremdbezug als Stellvertretung oder Botenschaft letztlich nach dem äußeren Auftreten des Mittelsmannes erfolgt.

Jedenfalls in einem rein „begrifflichen“ Sinne systemkonform ist es sogar, dass die Abstraktheit der Bevollmächtigung einen Geschäftsgegner ohne Rücksicht auf aktuellen Glauben vor Mängeln der Entstehung des Grundverhältnisses schützt, während § 173 BGB einen solchen verlangt, wenn nur noch der Rechtsschein einer in Wahrheit schon erloschenen Vollmacht besteht.<sup>35</sup> Denn diese Differenzierung lässt sich durchaus als Konsequenz daraus sehen, dass das Abstraktionsprinzip für die Bevollmächtigung allgemein schärfer ausgeprägt ist als für das Erlöschen der Vollmacht.

### III. DIE RECHTSLAGE IN JAPAN

#### 1. Grundlagen

Im japanischen Recht ist das Prinzip der Abstraktheit der Bevollmächtigung bzw. Vollmacht nicht anerkannt. Eine § 167 BGB entsprechende Vorschrift fehlt, obwohl die (gewillkürte) Stellvertretung im Gegensatz zum Vorentwurf, der noch am Code Civil und damit am Institutionensystem orientiert war, nicht im besonderen Vertragsrecht, sondern im Allgemeinen Teil geregelt worden ist. Der Begriff *inin* (委任) findet aber sowohl im Vertragsrecht für die Auftragserteilung (Art. 643 ff. ZG) wie im Allgemeinen Teil für die Erteilung der Vertretungsmacht Verwendung.<sup>36</sup> Dies führt zu interkulturellen Schwierigkeiten, das japanische Recht präzise zu übersetzen, wie sich am Beispiel des durch die jüngste Reform unveränderten Art. 104 ZG zeigen lässt: Die erste Übersetzung hielt sich an die Normtexte des ABGB und des CC,<sup>37</sup> womit die Vertretungsmacht unmittelbar durch das Innenverhältnis begründet würde<sup>38</sup> („Mandatstheorie“). Wohl unter dem Eindruck der Rezeption deutscher Dogmatik<sup>39</sup> war dann aber von Vollmacht die Rede,<sup>40</sup> was

---

35 Zu diesem Kritikpunkt BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, 96 ff.

36 Ebenfalls in Art. 55 (Art. 81 a. F.) des Zivilprozessgesetzes (ZPG); dessen deutsche Übersetzungen von H. NAKAMURA/B. HUBER, *Die japanische ZPO in deutscher Sprache* (1978) und C. HEATH/A. PETERSEN, *Das Japanische Zivilprozeßrecht* (2002) umschiffen den Ausdruck.

37 So L. H. LÖNHOLM, *Das Bürgerliche Gesetzbuch für Japan*, Bd. 1 (2. Aufl., 1897) 31.

38 So im Ergebnis H.-P. MARUTSCHKE, *Einführung in das japanische Recht* (2. Aufl., 2010) 116; F. WRBKA, *Grundzüge des Vertragsrechts von Japan* (2019) 32 f.; im Ausgangspunkt auch G. SIEBEL, *Die handelsrechtliche Stellvertretung im deutschen und japanischen Recht* (2003) 29.

39 Zur sog. Theorienrezeption statt aller K. YAMAMOTO, *Privatrechtsdogmatik im japanischen Recht, Entwicklung der Diskussion über die Zivilrechtsmethodik*, in:

neuerdings aufgegriffen wurde,<sup>41</sup> nachdem zwischenzeitlich in Anlehnung an die Mandatstheorie formuliert worden war.<sup>42</sup> Die halboffizielle englische Übersetzung war bis zur Reform neutral („*a privately appointed agent*“), neuerdings verweist sie aber ebenfalls auf die Mandatstheorie („*an agent appointed by mandate*“).<sup>43</sup>

Letztlich wird man freilich weder aus Art. 104 ZG, der ja (nur) die Untervertretung regelt, noch gar aus dessen Übersetzung eine Antwort ableiten können. Obwohl das Erlöschen der Vertretungsmacht stärker als im BGB vom Innenverhältnis abhängt – Art. 111 Abs. 2 ZG (unverändert) –, besagt auch diese Norm nichts Abschließendes.<sup>44</sup> Denn auch § 168 BGB führt nur zur Relativierung, nicht zur Aufgabe des Abstraktionsprinzips.<sup>45</sup> Entscheidend scheint mir vielmehr Art. 103 ZG zu sein, der die Befugnisse des Vertreters regelt, wenn nichts Näheres bestimmt ist. Der systematischen Stellung nach ist diese Bestimmung eine Regel zur Auslegung der Vertretungsmacht, nicht des vertraglichen Innenverhältnisses. Dies bestätigt die verbreitete Ansicht, dass im ZG das Trennungsprinzip<sup>46</sup> ohne Abstraktionsprinzip gilt.<sup>47</sup>

Als weitere Abweichung vom deutschen Ansatz wird die Möglichkeit einer Außenvollmacht in der japanischen Lehre weitgehend geleugnet. Folglich ist die (aus deutscher Sicht besonders problematische) Ableitung der Vertretungsmacht aus dem Verhältnis zwischen Vertretenem und Stellvertreter (je nach Lesart: Innenvollmacht oder Auftrag) in Japan ausschlaggebend.<sup>48</sup>

Daraus folgt zweierlei: *Zum ersten* ist der Schutz eines potentiellen Vertragspartners oder „des Rechtsverkehrs“ in Japan aufgrund der geschilderten Konzeption traditionell schwach ausgeprägt.<sup>49</sup> Bei der jüngsten Reform hat dies einen besonders klaren Ausdruck gefunden, weil *Missbrauch der Vertretungsmacht* (Art. 107 ZG n.F.) und *Interessenkollision* (Art. 108 Abs. 2 ZG n.F.) zusätzlich zum *Insichgeschäft* (Art. 108 Abs. 1 ZG n.F., der ge-

---

Auer/Grigoleit/Hager et al. (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert*, FS Canaris (2017) 1221–1255, 1224 m. w. N.

40 K. VOGT, *Japanisches Bürgerliches Gesetzbuch* (1927) 21.

41 K. YAMAMOTO et al., *Das novellierte japanische Zivilgesetz 2020*. Übersetzung des novellierten Zivilgesetzes 2020, ZJapanR/J.Japan.L. 45 (2018) 183–305, 195.

42 A. ISHIKAWA/I. LEETSCH, *Das japanische BGB in deutscher Sprache* (1985) 20; A. KAISER, *Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache* (2008) 28.

43 [www.japaneselawtranslation.jp/go](http://www.japaneselawtranslation.jp/go).

44 Insoweit wohl a. A. SIEBEL, *supra* Fn. 38, 29 m. Nw.

45 Oben II.2.d).

46 Im Ergebnis auch SIEBEL, *supra* Fn. 38, 29 m. Nw.

47 Zu dieser Kombination schon oben II.1.

48 MARUTSCHKE, *supra* Fn. 38, und WRBKA, *supra* Fn. 38, sprechen von „Innenvollmacht“.

49 WRBKA, *supra* Fn. 38, 33.

genüber Art. 108 ZG a.F. ebenfalls reformiert wurde) neu in das Gesetz aufgenommen wurden. Diese Novellen beruhen ebenso wie *zum zweiten* die Erweiterungen der Regeln über die Scheinvollmachten (Art. 109 Abs. 2; 110; 112 ZG n.F. gegenüber Art. 109 ZG a.F., der Art. 109 Abs. 1 ZG n.F. entspricht) auf der Rechtsprechung des OGH<sup>50</sup> und stärken umgekehrt die Position des Vertragspartners bzw. des Rechtsverkehrs.

## 2. Einzelfragen

Aus deutscher Sicht interessant ist die (unveränderte) Regel des Art. 103 ZG, die eine umfänglich unbestimmte (oder unklare?) generalklauselartige Bevollmächtigung auf dem Vertretenen günstige Geschäfte beschränkt. Sie wurde durch die Rechtsprechung konkretisiert und damit operabel gemacht.<sup>51</sup>

Zentral ist die Neuregelung des Missbrauchs der Vertretungsmacht, den jedenfalls die ältere Lehre mit den Grundsätzen des Scheingeschäfts (Art. 93 ZG a.F.) zu bewältigen versucht hatte.<sup>52</sup> Art. 107 ZG n.F. regelt den Missbrauch der Vertretungsmacht im eigentlichen Wortsinne: Der *Vertreter* handelt *dolos*, um sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen. In Deutschland würden wir insoweit an Kollusion und damit das Sittenwidrigkeitsverdict des § 138 Abs. 1 BGB denken.<sup>53</sup> Allerdings erfordert Art. 107 ZG n.F. auf Seiten des *Geschäftsgegners* nur *fahrlässige Unkenntnis* von der Absicht des Vertreters. Letzteres würde der deutschen Lehre vom Missbrauch der Vertretungsmacht entsprechen, die aber andererseits keinen Vorsatz des Vertreters erfordert<sup>54</sup> (und deshalb sprachlich irreführend bezeichnet ist).

Das *Verbot von Insichgeschäften* wurde in Art. 108 Abs. 2 ZG n.F. gegenüber dem bisherigen Recht insoweit etwas gelockert, als mit der vorgängigen<sup>55</sup> Gestattung explizit eine weitere Ausnahme neben der Erfüllung einer Verbindlichkeit in den Normtext aufgenommen wurde. Das entspricht § 181 BGB. Eine grundlegende Abweichung zur deutschen Dogmatik, nach der § 181 BGB eine *formale Ordnungsvorschrift* darstellt,<sup>56</sup> enthält aber Art. 108 Abs. 2 ZG n.F., wonach *jede Kollision der Interessen* von Vertreter und Vertretenem sanktioniert wird. Zudem kommt es dabei – jedenfalls nach

---

50 WRBKA, *supra* Fn. 38, 38 ff.; zur Rechtsprechung schon MARUTSCHKE, *supra* Fn. 38, 116 ff.

51 Dazu SIEBEL, *supra* Fn. 38, 31, 37.

52 Dazu SIEBEL, *supra* Fn. 38, 35, 38.

53 Dazu BGH, 13.9.2011, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2011, 2005 ff.; BGH, 28.1.2014, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, 615 ff.

54 MANSEL, *supra* Fn. 1, § 164 Rn. 8.

55 Weiter die frühere Rechtsprechung, die auch die nachträgliche Genehmigung anerkannte: SIEBEL, *supra* Fn. 38, 32 zu und in Fn. 7.

56 BGHZ 50, 8, 11.

dem Wortlaut – nicht einmal auf fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners an. Es muss sich zeigen, ob dies ohne entsprechende teleologische Reduktion praktikabel ist.

Systematisch geordnet bildet Art. 108 Abs. 2 ZG n.F. die Grundnorm der Einschränkungen der Vertretungsmacht. Diese Grundnorm wird durch Art. 108 Abs. 1 ZG auf Fälle erweitert, in denen kein materieller Interessenkonflikt gegeben (oder nachweisbar) ist, aber formal ein Insichgeschäft vorliegt. Art. 107 ZG n.F. kann neben diesen beiden Schranken wohl nur dann Bedeutung erlangen, wenn der Vertreter einem *Dritten* einen Vorteil verschaffen will. Handelt er dagegen aus Eigennutz, dürfte immer bereits eine materiale Interessenkollision oder ein formaler Verstoß gegeben sein. Im Ergebnis wird damit wohl jede denkbare Verletzung des rechtlichen „Dürfens“ durch den Vertreter erfasst. Deshalb kann man zusammenfassend sagen, dass das Grundverhältnis in Japan in weiten Teilen auf das Außenverhältnis durchschlägt.<sup>57</sup>

Gegenläufig dazu erscheint aber die Reform der Anscheins- oder vielleicht besser, weil neutraler: *Scheinvollmachten*. Sie spielen traditionell im japanischen Recht eine große Rolle. Davon zeugen nicht nur die früheren Regeln des *Minpō* (Art. 109, 112 ZG a.F.), sondern auch die Regelung der *Scheinprokura* in Art. 42 Handelsgesetz (HG a.F.).<sup>58</sup> Sowohl bei Schaffung des Art. 42 HG a.F. im Jahre 1942<sup>59</sup> wie bei der jetzigen Reform<sup>60</sup> folgte der Gesetzgeber der bisherigen Rechtsprechung.<sup>61</sup> Kodifiziert wurden aktuell Scheinvollmachten bei *Vollmachtsüberschreitung*. Systematisch stellt Art. 110 ZG n.F. dafür die allgemeine Grundnorm dar, die durch Art. 109 Abs. 2 ZG n.F. auf die einem Dritten kundgegebene und durch Art. 112 Abs. 2 ZG n.F. auf die in Wahrheit bereits erloschene Vertretungsmacht erweitert wird.

---

57 WRBKA, *supra* Fn. 38, 34.

58 Entspricht inhaltlich Art. 24 HG n.F. und gilt analog für die Handlungsvollmacht, SIEBEL, *supra* Fn. 38, 77 f., 80.

Durch die Überführung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen aus dem HG in das Gesellschaftsgesetz (*Kaisha-hō*) im Jahr 2005 ist das HG zu einem Rumpfgesetz geschrumpft, das zudem sprachlich modernisiert wurde. Dies betrifft u. a. auch die allgemeinen Vorschriften in den Kapiteln 6 (Kaufmännische Angestellte) und 7 (Handelsvertreter). Art. 42 Abs. 1 HG a.F. entspricht nunmehr in sprachlicher Neufassung, aber ohne inhaltliche Änderung Art. 24 erster Halbsatz HG n.F. Da die hier zitierte Literatur sich auf die alte Fassung bezieht und es zudem bislang keine deutsche Übersetzung der novellierten Fassung gibt, wird im Text auf die alte Zählung der Normen verwendet und lediglich in den Fn. auf deren aktuelle Nummerierung verwiesen.

59 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 59, 72; dt. Übers. bei O. KLIESOW / U. EISELE / M. BÄLZ, Das japanische Handelsgesetz (2002).

60 Zu ihr WRBKA, *supra* Fn. 38, 39 f.

61 Zu ihr MARUTSCHKE, *supra* Fn. 38, 117 f.

Voraussetzung einer Scheinvollmacht ist durchweg, dass für den Geschäftsgegner bzw. den Rechtsverkehr „ein berechtigter Grund zu der Annahme besteht, dass der Vertreter innerhalb seiner Befugnisse handelte“. Man kann dies als jeweils konkret zu prüfenden *Rechtsscheintatbestand* bezeichnen. Wie auch in der deutschen (und der österreichischen) Dogmatik verlangt man aber einschränkend, dass dieser Rechtsschein dem Geschäftsherrn auch *zurechenbar* sein muss.<sup>62</sup>

### 3. Zwischenbewertung

Unter der Prämisse einer Begrenzung des Art. 108 Abs. 2 ZG n.F. auf Fälle, in denen der Interessenkonflikt dem Gegner wenigstens erkennbar war, stellt das reformierte japanische Recht ein weitgehend *geschlossenes System* dar, mit dem sich die denkbaren Interessenkonflikte zwischen Vertretenem, Vertreter und Rechtsverkehr *im Einzelfall* bewältigen lassen. Damit erscheint es jedenfalls denjenigen Alternativen zum deutschen Konzept der Vollmacht überlegen, die in der jüngeren Vergangenheit diskutiert wurden.

Diese bestanden *zum einen* in einer von BEUTHIEN in der Sache vorgeschlagenen Rückkehr zum Konzept JHERINGS, also der Zusammenfassung von Grundverhältnis und Vollmacht in einem Gesamtrechtsverhältnis.<sup>63</sup> Nicht nur, dass man damit gezwungen wäre, wenigstens ausnahmsweise isolierte Vollmachten zuzulassen;<sup>64</sup> man wäre vor allem versucht, ein *fehlerbehaftetes Grundverhältnis* um der Vollmacht willen retten zu wollen.<sup>65</sup> DOERNER hat vorgeschlagen, der klassischen Konzeption durch einen flankierenden *Risikoabnahmevertrag* aufzuhelfen,<sup>66</sup> was aber im Gesetz keine Stütze findet.<sup>67</sup>

## IV. ABSCHLIEßENDE BEWERTUNG: EINZELFALLPRÜFUNG ODER TYPISIERTE VERKEHRSLEGITIMATION?

Nach allem folgt das deutsche Recht im Grundsatz nach wie vor dem Modell der von LABAND entwickelten „selbstständigen Verkehrslegitimation“, während in Japan die Interessenkonflikte stark einzelfallbezogen bewältigt werden. Dazu soll hier exemplarisch für die Prozessvollmacht (1.), die handelsrechtlichen Vollmachten (2.) sowie die Fürsorge im Alter (3.) Stellung genommen werden.

---

62 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 34 f.; WRBKA, *supra* Fn. 38, 40.

63 BEUTHIEN, *supra* Fn. 5.

64 So auch BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, 95.

65 Näher WINDEL, *supra* Fn. 14.

66 DOERNER, *supra* Fn. 2, 191 ff.

67 Näher WINDEL, *supra* Fn. 14.

### 1. Die Prozessvollmacht in Deutschland und Japan

Sogar die schärfsten deutschen Kritiker von Trennung und Abstraktion der Bevollmächtigung konzedieren, dass beide für die Prozessvollmacht besonders klar durchgeführt sind. Gleichwohl wird dem „wegen des besonderen Zwecks der Prozessvollmacht und ihres besonderen Einsatzfeldes“ keine Bedeutung beigemessen.<sup>68</sup> Daran ist richtig, dass Abstraktion und Typisierung im Rahmen eines justizförmigen Verfahrens besonders gut durchführbar sind. Abstraktion und Typisierung sind für die Prozessvollmacht aber auch unverzichtbar. Denn sonst würde das Innenverhältnis einzelne Prozesshandlungen des Prozessbevollmächtigten und damit den geordneten Verfahrensablauf insgesamt in Frage stellen. Dies alles gilt für Deutschland und Japan in gleicher Weise (§ 81 ZPO einerseits, Art. 55 ZPG sowie Art. 23 der Zivilprozessverordnung<sup>69</sup> andererseits).

Aber auch wer nicht so weit gehen will wie Leo ROSENBERG, der gleich die gesamte Lehre der Stellvertretung vor dem Hintergrund des Zivilprozesses aufgearbeitet hat,<sup>70</sup> sollte die Verknüpfungen von materiellem Recht und Prozessrecht gerade im Bereich der Stellvertretung nicht ignorieren: Diese manifestieren sich schon im lebhaften Streit um die Rechtsnatur der Bevollmächtigung zur Prozessführung in fremdem Namen als Prozesshandlung oder Rechtsgeschäft,<sup>71</sup> der wohl deshalb nie endgültig wird entschieden werden können, weil beide Materien betroffen sind.<sup>72</sup> Noch deutlicher wird die Verbindung daran, dass sich einerseits die Prozessvollmacht auch auf materielle Rechtsgeschäfte erstreckt,<sup>73</sup> während andererseits die Prozessführung von zahlreichen außerprozessualen Vollmachten umfasst wird.<sup>74</sup>

### 2. Die Vollmachten des Handelsrechts

#### a) Deutsches Recht

Abstraktion und Typisierung sind als tragende Komponenten des Handelns mit Fremdbezug sogar im deutschen Handelsrecht nur für die *Prokura* all-

---

68 BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, 102.

69 Verordnung Nr. 5 des Obersten Gerichtshofs vom 17.12.1996.

70 L. ROSENBERG, *Stellvertretung im Prozeß* (1908); die wesentlichen Ergebnisse auch bei L. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (9. Aufl., 1961) §§ 48 ff. (S. 214 ff.).

71 Überblick bei F. JACOBY, in: Stein/Jonas, *ZPO*, Bd. II (23. Aufl., 2016) vor § 80 Rn. 6 f.

72 Zutreffend relativierend deshalb A. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren*, (2. Auflage, 1985) § 9 III. 1 (S. 77 f.).

73 Unstreitig, statt aller JACOBY, *supra* Fn. 71, § 81 Rn. 8 ff.

74 Überblick bei JACOBY, *supra* Fn. 71, vor § 80 Rn. 20 ff.

gemein anerkannt,<sup>75</sup> für die Vollmachten der Handlungsbevollmächtigten (§ 54 HGB), Handelsvertreter (§ 55 HGB) und Ladenangestellten (§ 56 HGB) dagegen hoch umstritten.

Eine verbreitete Ansicht sieht in den §§ 54–56 HGB reine<sup>76</sup> Rechtscheinvorschriften: Es werde weder die Erteilung einer Vollmacht vermutet noch der Umfang einer in Wahrheit erteilten Vollmacht typisiert, sondern allein derjenige geschützt, der hinsichtlich etwaiger Einschränkungen einer nach allgemeinem Zivilrecht bestehenden Vollmacht guten Glaubens gewesen sei.<sup>77</sup> Ob überhaupt eine Vollmacht besteht, ist auf dieser Grundlage also nach Zivil-, nicht nach Sonderprivatrecht zu prüfen, wobei die ungeschriebenen Grundsätze der Duldungs- und der Anscheinsvollmacht zu berücksichtigen sein sollen.<sup>78</sup>

Die Praxis, aus der diese Vorschriften eigentlich stammen,<sup>79</sup> tut sich damit außerordentlich schwer. Gleichsam „zur Sicherheit“ werden gelegentlich die Spezialregelungen und die ungeschriebenen Grundsätze des BGB nebeneinander bejaht.<sup>80</sup> Deshalb drängt vom Ergebnis her alles dazu, den §§ 54–56 HGB in *Doppelfunktion* Verkehrsschutz nicht nur hinsichtlich des Umfangs einer tatsächlich erteilten Vollmacht, sondern auch hinsichtlich des Bestehens der Vollmacht selbst zuzusprechen.<sup>81</sup> Folgt man dem aber, so ist es nur konsequent, dogmatisch von einer (dispositiven) gesetzlichen Typisierung der Vollmacht auszugehen.<sup>82</sup>

Eine solche Typisierung bietet auch die Grundlage für eine *Inhaltskontrolle* von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich am verkehrstypischen Leitbild der jeweiligen Vollmacht orientiert (sowohl für § 54,<sup>83</sup> § 55<sup>84</sup>

---

75 Statt aller DOERNER, *supra* Fn. 2, 230 ff. m. umf. Nw.

76 DOERNER, *supra* Fn. 2, 240 ff., versucht auch hier eine Absicherung durch „Außenklärung“ (dagegen bereits oben III.3.c).

77 Konsequenter durchgeführt bei C.-W. CANARIS, Handelsrecht (24. Aufl., 2006) § 13 Rn. 2 ff., 11 ff., § 14 Rn. 1 ff.; für gewisse Verfügungsgeschäfte weitergehend BEUTHIEN, *supra* Fn. 5, 103.

78 CANARIS, *supra* Fn. 77, § 13 Rn. 4, § 14 Rn. 12 ff.

79 K. SCHMIDT, Handelsrecht (6. Aufl., 2014) Rn. 112; oben II.2.c).

80 Paradigmatisch OLG Hamm, 22.10.2010, Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report 2011, 532 gegen 533: § 54 HGB und „Duldungsvollmacht“ des Stationsleiters einer Tankstelle; vgl. auch BGH, 23.3.1995, Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report 1995, 80: AGB-Kontrolle von Duldungs- und Anscheinsvollmachten von Bauleitern.

81 Überzeugend K. SCHMIDT, *supra* Fn. 79, Rn. 112 ff., 123 ff.

82 Zutreffend P. KREBS, in: Münchener Kommentar-HGB (4. Aufl., 2016) § 54 Rn. 3 ff., § 56 Rn. 2 ff.

83 BGH, 25.2.1982, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1982, 588: Personal von Kundendienststellen eines Elektrogeräteherstellers.

wie § 56 HGB<sup>85</sup>). Dies ist der konsequente<sup>86</sup> Schlusspunkt des von LABAND gewiesenen Weges.

*b) Japanisches Recht*

Die Genese des japanischen Handelsrechts ist sehr verwunden: Schon 1884 hatte der deutsche Professor ROESLER einen ersten Entwurf gefertigt, erst 1899 ist aber das Gesetz mit zahlreichen Änderungen verkündet worden. Gleichwohl blieben die Vertretungsregelungen so gut wie unverändert am ADHGB orientiert.<sup>87</sup>

Die *Prokura* ist in Japan vergleichbar *typisiert* wie in Deutschland (Art. 38 HG a.F.).<sup>88</sup> Zwar bestehen Unterschiede insofern, als sie nach allgemeiner Ansicht in Japan nur branchentypische Geschäfte umfasst<sup>89</sup> und sie nicht gesetzlich beschränkt, sondern rechtsgeschäftlich beschränkbar ist.<sup>90</sup> Diese Unterschiede erscheinen aber nicht besonders schwerwiegend. Ganz offenbar erkennt man auch das *Trennungsprinzip* für die Prokura an, indem man die Voraussetzungen ihrer Erteilung unabhängig vom Zustandekommen des Innenverhältnisses bestimmt.<sup>91</sup> Eine theoretische Streitfrage rankt sich aber darum, ob die Prokura ein (wirksames) Innenverhältnis voraussetzt oder nicht<sup>92</sup> – ob also äußere *Abstraktion* bzw. Fehlerunabhängigkeit besteht. Weil diejenigen, die das verneinen, die Regeln der Prokura aber analog anwenden,<sup>93</sup> werden von allen Ergebnisse erzielt, die dem deutschen Modell entsprechen. Der Streit, ob handelsrechtliche Vollmachten ein Anstellungsverhältnis voraussetzen, wird bei gleichem Meinungsstand auch im Übrigen geführt.<sup>94</sup> Ebenso wie in Deutschland<sup>95</sup> wird ferner eine Doppelfunktion der Vorschriften als Rechtsscheinregelung und Typisierung diskutiert.<sup>96</sup>

---

84 OLG Hamm, 22.1.1982, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1982, 594: Haustürverkauf von Zeitschriftenabonnements.

85 LG Hamburg, 30.1.1981. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1981, 746: Verkaufspersonal eines Möbelhauses.

86 BUNTE, Anm. zu BGH, Urteil v. 25.2.1982 – VII ZR 268/81, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1982, 590–592.

87 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 17 ff., bes. 19 ff.

88 Entspricht inhaltlich Art. 21 HG n.F.

89 Dazu SIEBEL, *supra* Fn. 38, 51.

90 Dazu SIEBEL, *supra* Fn. 38, 53 ff.

91 Dazu SIEBEL, *supra* Fn. 38, 47.

92 Dazu SIEBEL, *supra* Fn. 38, 41.

93 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 41.

94 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 83 f. (zum Ladenangestellten).

95 Oben IV.2.a).

96 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 81 f. (zum Ladenangestellten).

Auch im Übrigen knüpfen die Regelungen über die Stellvertretung im Handelsrecht überwiegend an äußere Umstände an, die man sowohl als Rechtsscheintatbestände wie (im hier befürworteten Sinne) als normative Typisierungen deuten könnte. So ist die *Scheinprokura* gem. Art. 42 Abs. 1 HG a.F.<sup>97</sup> daran geknüpft, dass ein entsprechender Titel geführt wird. Die Vertretungsmacht der *Ladenangestellten*<sup>98</sup> bezieht sich auf die im Laden befindlichen Waren (Art. 44 Abs. 1 HG a.F.)<sup>99</sup> und diejenige des *Handelsvertreters* auf die Abwicklung der von ihm geschlossenen oder vermittelten Kaufverträge (Art. 49 HG a.F.)<sup>100</sup>. Demgegenüber knüpfen die Vorschriften für *Angestellte mit bestimmten Aufträgen* (Art. 43 HG a.F.)<sup>101</sup> sowie über den *Umfang der Vertretungsmacht* bei Handelsgeschäften (Art. 505 HG a.F./n.F.) zwar am Auftrag an. Dies führt aber wohl kaum zu einer strengen Bindung an das Innenverhältnis einschließlich aller Weisungen. Vielmehr erweitert Art. 43 Abs. 1 HG a.F.<sup>102</sup> die Vertretungsmacht auf „alle außergerichtlichen Handlungen“, die zum Handelszweig des Prinzipals gehören,<sup>103</sup> und Art. 505 HG a.F./n.F. bestimmt sie nach „dem Hauptzweck des Auftrages“. Dies lässt sich jeweils auch als *objektiver Maßstab* deuten, was die Bedeutung des Innenverhältnisses weiter zurückdrängen würde.

### 3. Fürsorge im Alter

#### a) Die deutsche Vorsorgevollmacht

Das Konzept einer selbstständigen Verkehrslegitimation im BGB ermöglicht sogenannte Vorsorgevollmachten.<sup>104</sup> Wegen des in § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB für die rechtliche Betreuung verankerten Subsidiaritätsprinzips haben sie größte praktische Bedeutung erlangt. Hier<sup>105</sup> sind Abstraktheit und Typisierung als Elemente der Vorsorgevollmacht von Interesse. Die *Trennung von*

---

97 Entspricht inhaltlich Art. 24 erster Halbsatz HG n.F.

98 Dazu ausführlich SIEBEL, *supra* Fn. 38, 83 ff.

99 Entspricht inhaltlich Art. 26 erster Halbsatz HG n.F.

100 Entspricht inhaltlich Art. 29 HG n.F.

101 Entspricht inhaltlich Art. 25 HG n.F.

102 Entspricht inhaltlich Art. 25 Abs. 1 HG n.F.

103 SIEBEL, *supra* Fn. 38, 76.

104 V. LIPP, Assistenzprinzip und Erwachsenenschutz. Zur Kritik des Fachausschusses zur UN-Behindertenrechtskonvention am Betreuungsrecht, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2017, 4–11, 8, datiert ihre Einführung folglich auf den 1.1.1900. Mandate „vorkommendenfalls“ waren aber schon früher bekannt. Im ALR gab es die „vermuthete Vollmacht“ für Familienangehörige, I 13 § 119.

105 Zum Gesamtpaket „Stärkung der Vorsorgevollmacht“ W. BIENWALD, in: Staudinger, *supra* Fn. 4, (2017) § 1896 Rn. 263 ff.

*Vorsorgevollmacht* und dem sog. *Vorsorge-* als *Grundverhältnis*<sup>106</sup> ist ebenso wie ihre *äußere Abstraktion* schon deshalb sehr sinnvoll, weil von dem Institut nur im Fürsorgefall Gebrauch gemacht werden soll. Würde man die Wirksamkeit der Bevollmächtigung aber etwa gem. § 158 Abs. 1 BGB davon abhängig machen, dass der Geschäftsherr zu eigenständiger Besorgung seiner Angelegenheiten nicht mehr in der Lage ist, käme es zu nahezu unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten und die Vollmacht würde vom Rechtsverkehr kaum akzeptiert.<sup>107</sup>

Der Rechtsnatur nach wird das Vorsorgeverhältnis bisher meist als schuldrechtliche Geschäftsbesorgung – bei Unentgeltlichkeit als Auftrag, sonst als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag<sup>108</sup> – eingeordnet.<sup>109</sup> Weder „Gefälligkeitsverhältnisse“<sup>110</sup> noch familienrechtliche Sonderbeziehungen<sup>111</sup> seien ausreichend. Weil die §§ 662 ff., 675 Abs. 1, 2 BGB naturgemäß nicht auf das spezifische Fürsorgebedürfnis des § 1896 BGB zugeschnitten sind, rät man zu kautelarjuristischer Ausgestaltung.<sup>112</sup> Diese kann ein höchst bedenkliches<sup>113</sup> Ausmaß erreichen, das dasjenige für die ohnehin erforderliche Formulierung der Vollmacht sogar noch übersteigt.<sup>114</sup>

Nach einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs gebiert demgegenüber schon die *faktische Übernahme* der Fürsorge „eine besondere persönliche Verantwortung [...], die über die generelle im Eltern-Kind-Verhältnis geltende Pflicht zu Beistand und gegenseitiger Rücksicht (§ 1618a

---

106 V. LIPP, in: Lipp (Hrsg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen (2009) § 4 Rn. 14.

107 Lehrreich OLG Frankfurt, 15.10.2010, Deutsche Notar-Zeitschrift 2011, 745–751; vertiefend G. MÜLLER, Gestaltung der Vorsorgevollmacht, ebd., 747 ff.; J. SPALCKHAVER, in: Lipp, *supra* Fn. 106, § 13 Rn. 105 ff., § 14 Rn. 199.

108 Dazu näher SPALCKHAVER, *supra* Fn. 107, § 15 Rn. 7 ff.

109 LIPP sowie SPALCKHAVER, jeweils in: Lipp, *supra* Fn. 106, § 4 Rn. 14 ff. bzw. § 15 Rn. 3 ff.; W. ZIMMERMANN, Die Formulierung der Vorsorgevollmacht, Neue Juristische Wochenschrift 2014, 1573–1576, 1575 f.; vorsichtiger D. SCHWAB, Vorsorgevollmacht und Selbstbestimmung, Anm. zu BGH Urteil v. 25.3.2014 – Az. X ZR 94/12, Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht 2014, 888–891, 890; zu BGH, 25.3.2014, Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht 2014, 937 ff., sogleich b).

110 SPALCKHAVER, *supra* Fn. 107, § 15 Rn. 3 ff.; a. A. LG Bonn, 20.5.2016, Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins 2017, 157 ff. („Freundschafts- und Vertrauensverhältnis“), mit ablehnender Anmerkung V. SPERNATH, Auftrag bei Erteilung einer Vorsorgevollmacht und Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses, ebd., 159 f.

111 SPALCKHAVER, *supra* Fn. 107, § 15 Rn. 6.

112 ZIMMERMANN, *supra* Fn. 109, 1575 f.

113 Zutreffend kritisch zu übertriebenen Anforderungen K. MUSCHELER, Familienrecht (4. Aufl., 2017) Rn. 820.

114 Bei SPALCKHAVER, *supra* Fn. 107, § 14 Rn. 45–194, 37 Druckseiten zur Vollmacht, § 15 Rn. 18–207, 47 Druckseiten zum Vorsorgeverhältnis.

BGB)“ hinausgeht.<sup>115</sup> Wie Dieter SCHWAB zutreffend dargelegt hat, führt dies zu betreuerähnlichen Pflichten des Vorsorgebevollmächtigten nach dem Modell des § 1901 Abs. 1–3 BGB<sup>116</sup> auf familienrechtlicher Grundlage.

Ebenso wie für das Innenverhältnis sollten wir uns auch für das *Außenverhältnis* an der rechtlichen Betreuung orientieren, um zu einer praktikablen Typisierung zu kommen. Dies gelingt, wenn man an § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB, also an den Aufgabenkreisen<sup>117</sup> anknüpft, für die ein Betreuer zu bestellen wäre, wenn keine Vorsorgevollmacht erteilt worden wäre. Das nötige Material liegt in Gestalt der entsprechenden Verfügungen der Betreuungsgerichte vor.

#### b) *Der japanische Betreuungsvertrag*

Das japanische System der Fürsorge<sup>118</sup> für Behinderte und damit auch altersdemente Menschen wurde 2000 grundlegend reformiert.<sup>119</sup> Anders als in Deutschland, wo mit der rechtlichen Betreuung nur ein einziges flexibel ausgestaltetes gesetzliches Institut zur Verfügung steht, kennt das japanische Recht gleich drei gesetzliche Institute, nämlich die *Vormundschaft* (Art. 7 ff. ZG), die *Pflegschaft* (Art. 11 ff. ZG) und die *Beistandschaft* (Art. 15 ff. ZG).<sup>120</sup> Dies erscheint sehr formalistisch; allerdings bestehen zwischen diesen Instituten keine starren Grenzen, sondern vielmehr fließende Übergänge.<sup>121</sup> Praktisch kommt für die uns interessierenden Konstellationen in aller Regel die Beistandschaft in Betracht.

---

115 So BGH, 25.3.2014, *supra* Fn. 109, 939 Rn. 24, i.R. des § 530 BGB zum Mutter-Sohn-Verhältnis.

116 SCHWAB, Zeitschrift für das Gesamte Familienrecht 2014, 888, 890; näher WINDEL, *supra* Fn. 14.

117 LIPP, *supra* Fn. 106, § 4 Rn. 17, übertitelt einen Unterabschnitt geradezu mit „Aufgabenkreis“, freilich ohne daraus Konsequenzen zu ziehen.

118 Deziert dazu S. NISHIMURA, *Andere Länder, andere Sitten: Die europäische Sicherung der Vormundhaftung und ihre Rezeption in Japan*, in: Schermaier/Gephardt (Hrsg.), *Rezeption und Rechtskulturwandel. Europäische Rechtstraditionen in Ostasien und Russland* (2016) 103–135, 117 ff.

119 Zu Zielsetzung und Genese der Reform ausführlich M. ARAI, *Alternde Gesellschaft und System der sozialen Sicherheit in Japan*, ZJapanR/J.Japan.L. 10 (2000) 15–40, 33–36.

120 Überblicke bei ARAI, *supra* Fn. 119, 36 f.; M. ARAI, *Der Einfluss des deutschen Rechts auf die Reform des Zivil- und Betreuungsrechts in Japan*, in: Baum/Bälz/Riesenhuber (Hrsg.), *Rechtstransfer in Japan und Deutschland*, ZJapanR/J.Japan.L. Sonderheft 7 (2013) 265–277, 268 ff.; Y. SAGAMI, *Das neue Betreuungsrecht für Volljährige in Japan*, ZJapanR/J.Japan.L. 11 (2001) 115–140, 123 ff.; MARUTSCHKE, *supra* Fn. 38, 103 f.

121 SAGAMI, *supra* Fn. 120, 126.

Nicht im ZG, sondern in einem Sondergesetz<sup>122</sup> ist die funktional der deutschen Vorsorgevollmacht entsprechende „freiwillige Vormundschaft“ aufgrund registrierungspflichtigen<sup>123</sup> *Betreuungsvertrages* geregelt, der zwingend der notariellen Beurkundung bedarf.<sup>124</sup> Diese private Fürsorge hat grundsätzlich Priorität vor der Anordnung einer Beistandschaft. Allerdings muss eine solche angeordnet werden, sofern der Betreuungsvertrag das konkrete Fürsorgebedürfnis nicht abdeckt.<sup>125</sup>

Dieses System scheint sich bisher nicht besonders gut bewährt zu haben.<sup>126</sup> Bemängelt werden zunächst eine geringe Akzeptanz<sup>127</sup> mit der Folge, dass zahlreiche Senioren ohne rechtliche Hilfe bleiben, was offenbar von skrupellosen Geschäftsleuten ausgenutzt wird.<sup>128</sup> Neben den institutionellen Hürden des Systems wird insbesondere ein offenbar verbreiteter Missbrauch der Vertretungsmacht durch die (gerichtlich oder vertraglich bestellten) Fürsorgebevollmächtigten bemängelt.<sup>129</sup>

Vielleicht wäre es eine Überlegung wert, ob das hier für Deutschland propagierte *Modell einer auf familialen Näheverhältnissen aufbauenden formfreien Verkehrslegitimation* den japanischen Problemen abhelfen könnte: Die institutionellen Hürden würden damit weitgehend beseitigt und der Missbrauchsfahrer könnte nach dem Vorbild des § 1896 Abs. 3 BGB durch eine Erstreckung des Instituts der Kontrollbeistandschaft (Art. 876-8 ZG) begegnet werden.<sup>130</sup>

Entschlüsse man sich – in Deutschland wie in Japan – darüber hinaus sogar zu der hier vorgeschlagenen Typisierung der Vorsorgevertretungsmacht, würde sich ein weiteres Problem entschärfen: Vorsorgevollmachten bzw. Betreuungsverträge werden naturgemäß lange Zeit vor dem Fürsorgefall errichtet. Deshalb erweisen sie sich im Ernstfall oft mit der Folge als zu eng, dass im Ergebnis doch gesetzliche Hilfe in Form von rechtlicher Betreuung bzw. Beistandschaft angeordnet werden muss. In Japan wäre übrigens eine solche Typisierung der gewillkürten Vertretungsmacht ähnlich wie

---

122 Gesetz Nr. 150/1999 (leider nicht in Übersetzung zugänglich).

123 Aufgrund Gesetz Nr. 152/1999.

124 ARAI, *supra* Fn. 119, 37; MARUTSCHKE, *supra* Fn. 38, 104.

125 Zu beidem ARAI, *supra* Fn. 119, 39.

126 The Japan Times, Editorial vom 11. Februar 2017: The adult guardianship system.

127 M. ARAI, *supra* Fn. 120, 270 ff.; The Japan Times, *supra* Fn. 125.

128 Eindrücklich T. ISOMURA, Vertragsrisiko für Alternde in Japan, in: Gebauer/Isomura/Kansaku/Nettesheim (Hrsg.), *Alternde Gesellschaften im Recht* (2015) 27–31, 30 f.

129 The Japan Times, *supra* Fn. 125.

130 Für erweiterte Kontrollmöglichkeiten auch ARAI, *supra* Fn. 120, 275, der daneben (276 f.) auch die Einführung einer Betreuungsbehörde nach deutschem Vorbild vorschlägt.

in Deutschland, wo sie sich an den Aufgabenkreisen des § 1596 Abs. 2 S. 1 BGB orientieren sollte, nach dem Vorbild der Rechtsprechung zu den Art. 15 ff. ZG zu erarbeiten.

## V. FAZIT

Im allgemeinen Zivilrecht ist die gewillkürte Vertretungsmacht in Deutschland im Kern nach wie vor am Modell der von LABAND zum Handelsrecht entwickelten selbstständigen und typisierten Verkehrslegitimation orientiert. Das reformierte japanische Zivilrecht geht dagegen vom jeweiligen Einzelfall aus.

Die Vollmachten des Prozessrechts und des Handelsrechts bringen in Japan ebenso wie in Deutschland bis heute weitgehend die von LABAND formulierten Grundsätze zum Ausdruck oder können jedenfalls sinnvoll nach diesen interpretiert werden.

Die Fürsorge im Alter wird in Deutschland von der bisher herrschenden Lehre unter starker Betonung des Innenverhältnisses organisiert. In Japan ist eine Regelung durch notariellen Betreuungsvertrag sogar gesetzlich vorgeschrieben. Insoweit wäre eine Neubesinnung für beide Rechtsordnungen von Vorteil. Eine solche müsste das Modell von LABAND mit den familienrechtlichen Grundlagen der Fürsorge kombinieren.

## ZUSAMMENFASSUNG

*Der Beitrag befasst sich mit dem Recht der Vertretung im deutsch-japanischen Rechtsvergleich. Ausgangspunkt ist die wachsende Kritik an der deutschen Regelung in den §§ 164–181 BGB und namentlich an dem Konzept der Abstraktheit der Vollmacht, wie sie vor allem von Paul LABAND herausgearbeitet wurde. Japan hat im Zuge der zum 1. April 2020 in Kraft getretenen Novelle seines Zivilgesetzes auch den Titel zur Vertretung (Art. 99–117) umfassend überarbeitet. Der Verfasser zeigt auf, dass das novellierte japanische Recht der Vertretung ein weitgehend geschlossenes System darstellt, mit dem sich die denkbaren Interessenkonflikte zwischen Vertretenem, Vertreter und Rechtsverkehr bewältigen lassen. Während die gewillkürte Vertretungsmacht in Deutschland sich im Kern aber nach wie vor am Modell der von LABAND zum Handelsrecht entwickelten selbstständigen und typisierten Verkehrslegitimation orientiert, geht das reformierte japanische Zivilrecht dagegen vom jeweiligen Einzelfall aus und erscheine jedenfalls denjenigen Alternativen zum deutschen Konzept der Vollmacht überlegen, die in der jüngeren Vergangenheit diskutiert worden seien. Der Verfasser überprüft seinen Befund anschließend rechtsvergleichend an drei Bei-*

*spielen: den Vollmachten des Prozessrechts und denen des Handelsrechts sowie der vertretungsrechtlichen Ausgestaltung der Fürsorge im Alter.*

*(Die Redaktion)*

#### SUMMARY

*The contribution discusses the rules of representation in a German-Japanese comparison of law. Starting point is the growing criticism of the traditional German provisions of §§ 164–181 BGB and specifically in the concept of abstraction as a core element of an authorization as it has been developed by Paul LABAND. In Japan, a major reform of the Civil Code came into force on 1 April 2020. Among others, the reform thoroughly amended the rules dealing with representation in Art. 99–117 of the Code. The author argues that the new Japanese rules on representation form a comprehensive system which is able to deal with conflicts of interests that may arise among the principal, the agent, and third parties involved. These rules are tailored to deal with individual cases. The German provisions, by contrast, are still guided by LABAND's concept of a separate and stylized legitimation of authority. The author considers the new Japanese model as superior to recent German reform proposals. He then discusses his thesis with references to three examples for Japan and Germany: authorization in the context of procedural and commercial law as well as with respect to representation as a means of care for the elderly.*

*(The Editors)*