

# Stellvertretung, IPR und ein optionales Instrument für ein europäisches Vertragsrecht

Von JENS KLEINSCHMIDT, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Problemstellung: Stellvertretungsregeln in einem optionalen Vertragsrecht?	498
1. Die Idee eines optionalen Instruments für ein europäisches Vertragsrecht	498
2. Die Stellvertretung im Europäischen Privatrecht . . . . .	501
3. Die Stellvertretung in einem optionalen Instrument . . . . .	503
4. Die Dreieckskonstellation der Stellvertretung . . . . .	507
II. Gedankenspiel: Ein optionales Instrument ohne Stellvertretungsregeln . .	508
1. Stellvertretungsfragen als externe Lücke . . . . .	508
2. Lückenfüllung anhand des vom IPR berufenen Rechts . . . . .	510
3. Bewertung . . . . .	512
III. Anwendbarkeit von Stellvertretungsregeln in einem optionalen Instrument	514
1. Wahl eines optionalen Vollmachtsstatuts . . . . .	514
a) Gesetzliche Vertretungsmacht . . . . .	514
b) Gewillkürte Vertretungsmacht . . . . .	515
c) Sonderfall: Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins . . . . .	520
2. Bindung von Geschäftsherr und Drittem . . . . .	521
3. Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem . . . . .	523

---

\* Abgekürzt werden zitiert: *Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> III (2008) (zitiert: *Bamberger/Roth [-Gerald Mäsch]*); *Christian v. Bar*, Internationales Privatrecht II (1991); *Ursula Claßen*, Rechtswahl im Internationalen Stellvertretungsrecht (1998); Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (2009) (zitiert: *Bearb.*, in: HWBEuP); Internationales Vertragsrecht<sup>7</sup>, hrsg. von *Christoph Reithmann/Dieter Martiny* (2010) (zitiert: *Reithmann/Martiny [-Rainer Hausmann]*); *Ian Karsten*, Explanatory Report, in: Actes et documents de la Treizième session 4 au 23 octobre 1976 IV, hrsg. von Conférence de La Haye de droit international privé (1979) 378–436; *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I (1996); *Paul Lagarde*, Cadre commun de référence et droit international privé, in: Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law<sup>2</sup>, hrsg. von *Reiner Schulze* (2009) 275–293; *Peter Mankowski*, CFR und Rechtswahl, in: Der gemeinsame Referenzrahmen, hrsg. von *Martin Schmidt-Kessel* (2009) 389–432 (zitiert: *Rechtswahl*); *ders.*, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung: IPRax 2006, 101–113 (zitiert: *Rom I-Vorschlag*); *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I): *RabelsZ* 71 (2007) 225–344 (zitiert: *Max Planck Institute, Rome I Proposal*); *Max Planck Institute*

IV. Schlussfolgerungen . . . . .	524
1. Verzicht auf Vertretungsregeln in einem optionalen Instrument . . . . .	525
2. Materiell-rechtliche Harmonisierung des Stellvertretungsrechts . . . . .	525
3. Ergänzung der Rom I-VO . . . . .	526
4. Regelung in einem optionalen Instrument. . . . .	529
a) Keine teilweise Wahl eines optionalen Instruments. . . . .	529
b) Gleichlauf von Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut . . . . .	531
c) Verhältnis zum HStÜ . . . . .	536
d) Folgen für den materiell-rechtlichen Inhalt. . . . .	537
V. Fazit und Ausblick . . . . .	538
Summary: Agency, Private International Law and an Optional Instrument for a European Contract Law. . . . .	539

## I. Problemstellung: Stellvertretungsregeln in einem optionalen Vertragsrecht?

### 1. Die Idee eines optionalen Instruments für ein europäisches Vertragsrecht

Die Harmonisierung von Kernbereichen des Privatrechts durch Rechtsakte der Europäischen Union (EU) und ihrer Vorgänger gilt bislang als unsystematisch und fragmentarisch.<sup>1</sup> Sie betrifft Einzelfragen wie den Zahlungsverzug, den Verbraucherschutz bei Fernabsatz und Mobiliarkauf oder

---

for *Comparative and International Private Law*, Policy Options for Progress towards a European Contract Law: RabelsZ 75 (2011) 371–438 (zitiert: *Max Planck Institute*, European Contract Law); Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup> III (2008) und X (2010) (zitiert: Münch. Komm. BGB [-Bearb.]); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>70</sup> (2011) (zitiert: *Palandt [-Karsten Thorn]*); René de Quenaudon, Quelques remarques sur le conflit de lois en matière de représentation volontaire: Rev. crit. d. i. p. 73 (1984) 413–438, 597–616; Josef Ruthig, Vollmacht und Rechtschein im IPR (1996); Simon Schwarz, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen: RabelsZ 71 (2007) 729–801; Ulrich Spellenberg, Vertreterverträge, in: Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa, Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung, hrsg. von Franco Ferrari/Stefan Leible (2007) 151–178 (zitiert: Vertreterverträge); v. Staudinger, Kommentar zum BGB (zitiert: v. Staudinger [-Bearb.] [Jahr]); Ulrich Steding, Die Anknüpfung der Vollmacht im internationalen Privatrecht: ZvglRWiss. 86 (1987) 25–48; Hendrick L. E. Verhagen, Agency in Private International Law (1995); Peter Wats/Francis Reynolds, Bowstead and Reynolds On Agency<sup>19</sup> (2010).

<sup>1</sup> Nils Jansen, Europäisches Privatrecht, in: HWBEuP 548–551 (550); Reinhard Zimmermann, Comparative Law and the Europeanization of Private Law, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, hrsg. von Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (2006) 539–578 (543 ff.); Überblicke in: Zivilrecht unter europäischem Einfluss<sup>2</sup>, hrsg. von Martin Gebauer/Thomas Wiedmann (2010) 143 ff., und bei Bettina Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht<sup>2</sup> (2007) 135 ff.; Karl Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht<sup>2</sup> (2006) 89 ff.; The Cambridge Companion to European Union Private Law, hrsg. von Christian Twigg-Flesner (2010) (zitiert: The Cambridge Companion).

die Produkthaftung.<sup>2</sup> Dem gegenüber stehen die aktuellen Bestrebungen der Kommission hin zu einem europäischen Vertragsrecht. In ihrem Aktionsplan für ein kohärenteres Vertragsrecht aus dem Jahre 2003 hatte sie die schillernde Idee eines Gemeinsamen Referenzrahmens (*Common Frame of Reference*, CFR) vorgestellt.<sup>3</sup> Mit dessen Entwurf (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) betraute sie sodann ein europaweites Netzwerk von Forschergruppen, das im Jahre 2009 seine Ergebnisse der Öffentlichkeit vorgelegt hat.<sup>4</sup> Aus diesem (akademischen) DCFR will nun die Kommission einen (politischen) CFR entwickeln und hat dazu mit Beschluss vom 26. April 2010 eine Expertengruppe für den gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des Europäischen Vertragsrechts eingesetzt.<sup>5</sup> In die Gruppe wurden 18 Juristen *ad personam* als Experten für Vertragsrecht berufen; zusätzlich wurden der zuständigen Kommissarin zwei »special advisors« zur Seite gestellt.<sup>6</sup> Welche Rechtsnatur der Text, an dessen Erstellung diese Expertengruppe mitwirkt, erhalten wird, ist derzeit offiziell noch offen und bildete den Gegenstand eines Konsultationsverfahrens.<sup>7</sup> Die Kommission – und für sie insbesondere die zuständige Kommissarin Viviane Reding – hat jedoch bereits deutlich durchblicken lassen, dass sie sich ein als Verordnung in Kraft gesetztes optionales Instrument für Vertragsrecht, d. h. eine neben den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten stehende Vertragsrechtsordnung, wünscht.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 6. 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 200/35; Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. 1997 L 144/19; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171/12; Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. 7. 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. 1985 L 210/29.

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat »Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht, Ein Aktionsplan«, KOM(2003) 68 endg., 19 ff.

<sup>4</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common frame of Reference (DCFR) – Full edition, hrsg. von *Christian v. Bar/Eric Clive I–VI* (2009). Dazu *Reinhard Zimmermann*, Common Frame of Reference, in: HWBEuP 276–280. Der DCFR umfasst streng genommen auch die Arbeiten der ebenfalls von der Kommission beauftragten Gruppe zum Versicherungsvertragsrecht, die ihre Ergebnisse allerdings separat publiziert hat in: Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), hrsg. von *Jürgen Basedow/John Birds/Malcolm Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss* (2009).

<sup>5</sup> Beschluss 2010/233/EU der Kommission vom 26. 4. 2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts, ABl. 2010 L 105/109.

<sup>6</sup> Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 21. 5. 2010 (IP/10/595), abgedruckt in: ZEuP 18 (2010) 954–955.

<sup>7</sup> Grünbuch der Kommission vom 1. 7. 2010, Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg., abgedruckt in: ZEuP 18 (2010) 956–967.

<sup>8</sup> Das ergibt sich nicht zuletzt aus dem Arbeitsauftrag an die Expertengruppe, wie er in dieser Deutlichkeit zwar nicht in dem oben N. 5 genannten Beschluss, wohl aber in den Be-

Zur Anwendung gebracht würde dieses fakultative Vertragsrecht<sup>9</sup> durch Wahl der Parteien (sog. »opt-in«). Die Idee eines optionalen Vertragsrechts wird unterstützt vom Europäischen Parlament<sup>10</sup>, vom Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss<sup>11</sup> und hat auch im Schrifttum<sup>12</sup> Zuspruch erhalten. Allein der Rat zeigt sich bislang zurückhaltend: In seinen bisherigen Stellungnahmen plädiert er für eine Funktion des CFR als sogenannte »toolbox«, d. h. als nicht verbindliche Quelle der Inspiration und Referenz-

---

ratungen der Expertengruppe selbst zum Ausdruck kommt, siehe *European Commission, Expert Group on a Common Frame of Reference in European Contract Law, Synthesis of the Fourth Meeting 1–2 September 2010*, 1 (»The Chair [Dirk Staudenmayer, Head of the Civil and Contract Law Unit] reaffirmed the mandate of the group to work exclusively on the assumption of an optional instrument, while emphasising that no political decision concerning the options of the Green Paper, including as to whether to propose such an instrument has been taken.«) (<[http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies\\_consumer\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm)>, zuletzt abgerufen am 17. 2. 2011); außerdem *Viviane Reding, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt: ZEuP 19 (2011) 1–6; dies., Auf dem Weg zu einem Europa der Bürger – Neue Perspektiven durch den Vertrag von Lissabon, Speech/10/198 vom 29. 4. 2010; dies., A European Law Institute: an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice, Speech/10/154 vom 10. 4. 2010. Weniger eindeutig das Arbeitsprogramm der Kommission für 2011, KOM(2010) 623 endg., 8 (»Im Zuge ihrer Anstrengungen zur Stärkung der Bürgerrechte wird die Kommission 2011 ein Rechtsinstrument zum europäischen Vertragsrecht vorschlagen.«). Zur Idee eines optionalen Instruments siehe bereits die Kommissionsmitteilung »Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen« vom 11. 10. 2004 (KOM[2004] 651 endg.) sowie *Dirk Staudenmayer, Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht: ZEuP 11 (2003) 828–846.**

<sup>9</sup> Zum Begriff *Jürgen Basedow, Fakultatives Unionsprivatrecht oder: Grundlagen des 28. Modells* (erscheint 2011) sub III.

<sup>10</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. 11. 2010 (P7\_TA-PROV[2010] 0426) Tz. 16; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. 11. 2009 (P7\_TA[2009] 0090) Tz. 99.

<sup>11</sup> *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Das 28. Regime – Eine Alternative für weniger Rechtssetzung auf Gemeinschaftsebene, INT/499 – CESE 758/2010 vom 27. 5. 2010.*

<sup>12</sup> Siehe etwa *Hugh Beale, The Future of the Common Frame of Reference: European Review of Contract Law (ERCL) 3 (2007) 257–276 (269 ff.); Stefan Grundmann, Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis?: JZ 2005, 860–870 (867 ff.); Carsten Herresthal, Europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument: EuZW 2011, 7–12; Stefan Leible, Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen für das Europäische Vertragsrecht?, Plädoyer für ein optionales Instrument: BB 2008, 1469–1475; Wolfgang Kerber/Stefan Grundmann, An optional European contract law code: Advantages and disadvantages: European Journal of Law and Economics (Eur. J. L. Econ.) 21 (2006) 215–236; Hans Schulte-Nölke, The way forward in European consumer contract law: optional instrument instead of further deconstruction of national private laws, in: *The Cambridge Companion* (oben N. 1) 131–146; ders./Michael Müller, Der »blue button« für den Internetshop: Kommunikation und Recht (K&R) 2009, 7–14; Reiner Schulze, Kurs auf ein optionales Europäisches Vertragsrecht: EuZW 2010, 801; Jan M. Smits/R. R. Hardy, Het Groenboek over de ontwikkeling van een Europees contractenrecht: WPNR 2010, 719–720; weiterführend *Walter Doral, Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button?: AcP 211 (2011) 1–34 m. w. N.**

text bei zukünftiger EU-Rechtsetzung.<sup>13</sup> Nachdem der Erlass eines optionalen Instruments gegen den Rat nicht möglich ist,<sup>14</sup> erscheint nicht gesichert, dass ein derartiger Rechtsakt politisch durchsetzbar ist. Dennoch ist vorbehaltlich der Evaluation des Konsultationsverfahrens anzunehmen, dass die Kommission ihren Plan weiterverfolgen und ein optionales Instrument vorbereiten wird.

## 2. Die Stellvertretung im Europäischen Privatrecht

Die Expertengruppe hat den Auftrag, sich bei ihrer Arbeit am DCFR zu orientieren und Teile daraus auszuwählen, die unmittelbar oder mittelbar für das Vertragsrecht von Belang sind. Diese Teile soll sie »unter Berücksichtigung anderer einschlägiger wissenschaftlicher Untersuchungen« und des *acquis communautaire* neu gliedern, ändern oder ergänzen.<sup>15</sup> Diese etwas nebulöse Formulierung meint andere bereits bestehende, auf rechtsvergleichender Grundlage erarbeitete nicht-verbindliche Regelwerke zum Vertragsrecht. Es sind dies vor allem die Principles of European Contract Law (PECL)<sup>16</sup> sowie – zwar beschränkt auf Handelsverträge, dafür auch an außereuropäische Adressaten gerichtet – die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT PICC)<sup>17</sup>. Jedes dieser Regel-

<sup>13</sup> Leitlinien für einen Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht, festgelegt bei der 2964. Tagung des Rates Justiz und Inneres, 5. 6. 2009, Pressemitteilung 10551/09, 29.

<sup>14</sup> Als Kompetenzgrundlage für ein optionales Instrument ist am ehesten Art. 352 AEUV in Betracht zu ziehen, vgl. *Max Planck Institute*, European Contract Law Rz. 56ff. Diese Norm verlangt einen einstimmigen Beschluss im Rat.

<sup>15</sup> Art. 2 des oben N. 5 genannten Beschlusses.

<sup>16</sup> Principles of European Contract Law, Parts I, II, hrsg. von *Ole Lando/Hugh Beale* (2000); Principles of European Contract Law, Part III, hrsg. von *Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann* (2003). Dazu *Reinhard Zimmermann*, Principles of European Contract Law, in: HWBEP 1177–1180.

<sup>17</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004), hrsg. von UNIDROIT (2004); dazu Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), hrsg. von *Stefan Vogenauer/Jan Kleinheisterkamp* (2009) (zitiert: *Vogenauer/Kleinheisterkamp [-Bearb.]*). – Hinzu kommen zwei weitere Texte: Zum einen die »Principes Contractuels Communs« aus der französischen Rechtswissenschaft (Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, hrsg. von Association Henri Capitant/Société de Législation Comparée [2008]; dazu *Bénédictine Fauvarque-Cosson/Denis Mazeaud*, A Way Forward for the Common Frame of Reference: Views from France: ZEuP 17 [2009] 657–678) mit einer Revision der PECL-Regeln zur Stellvertretung auf S. 285–327 sowie zum anderen ein Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuches der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler (Code Européen des Contrats, hrsg. von *Giuseppe Gandolfi*, I [2004]; dazu *Kurt Siehr*, Code Européen des Contrats [Avant-projet], in: HWBEP 260–263; *Reinhard Zimmermann*, Der »Codice Gandolfi« als Modell eines einheitlichen Vertragsrechts für Europa?, in: FS Erik Jayme [2004] 1401–1418) mit Regeln zur Stellvertretung in Artt. 60ff.

werke enthält einen Abschnitt zu Voraussetzungen und Wirkungen der Stellvertretung (Artt. 3:101 ff. PECL; Artt. 2.2.1 ff. UNIDROIT PICC; Artt. II.-6:101 ff., III.-5:401 f. DCFR). Bemerkenswerterweise unterscheiden sich gerade diese Abschnitte in PECL, UNIDROIT PICC und DCFR – anders als bei den meisten anderen Regelungsmaterien – nicht nur in Detailfragen und in der Terminologie, sondern auch in den Grundentscheidungen.<sup>18</sup> Im Bereich der Stellvertretung liegt zudem das Genfer Übereinkommen über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf (Genfer Übk.) als Versuch einer materiell-rechtlichen Vereinheitlichung vor.<sup>19</sup> Das von UNIDROIT erarbeitete Übereinkommen konnte am Erfolg des UN-Kaufrechts, das es ergänzen soll, freilich nicht teilhaben. Es wurde von nur fünf Staaten ratifiziert; mit seinem Inkrafttreten ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen.<sup>20</sup> Eine weitere mögliche Quelle für die inhaltliche Ausgestaltung von Stellvertretungsregelungen in einem optionalen Instrument mag es dennoch darstellen.

Der *acquis communautaire* als andere bei der Überarbeitung des DCFR zu berücksichtigende Textmasse enthält keine detaillierte Regelung des materiellen Stellvertretungsrechts.<sup>21</sup> Doch selbstverständlich geht auch das Unionsprivatrecht davon aus, dass Verträge häufig mit Hilfe von Vertretern geschlossen werden. Dies wird an mehreren Stellen sichtbar: Die Handelsvertreter-Richtlinie<sup>22</sup> behandelt zwar nur das Verhältnis zwischen Unternehmer

<sup>18</sup> Dies betrifft vor allem die Handhabung von Situationen der indirekten oder mittelbaren Stellvertretung bzw. der *undisclosed agency*, siehe *Dominik Moser*, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung (2010) 275 ff., 357 ff., 487 ff.; *Reinhard Zimmermann*, The Unauthorized Agent: Where Do We Stand Today?: European Review of Private Law (ERPL) 2009, 961–966 (962 f.); *Matthias E. Storme*, The Structure of the Law on Multiparty-Situations in the 2009 Draft Common Frame of Reference: ERPL 2009, 531–557 (544 ff.); *Jens Kleinschmidt*, Stellvertretung, in: HWBEuP 1437–1442 (1439 ff.) (zitiert: Stellvertretung), jeweils m. w. N.

<sup>19</sup> Text des Übereinkommens abgedruckt in: Europäisches Privatrecht<sup>3</sup>, Basistexte, hrsg. von *Reiner Schulze/Reinhard Zimmermann* (2005) sub II.15. Zu diesem Übereinkommen *Michael Joachim Bonell*, The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods: Am. J. Comp. L. 32 (1984) 717–749; *C. Mouly*, La convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises: Rev. int. dr. comp. 1983, 829–839; *Hans A. Stöcker*, Das Genfer Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf: WM 1983, 778–785; skeptisch *Jürgen Basedow*, Das Vertretungsrecht im Spiegel konkurrierender Harmonisierungsentwürfe: RabelsZ 45 (1981) 196–217; Materialien in: Uniform L. Rev. 1983/I-II, 1–431.

<sup>20</sup> Zum Ratifikationsstand: <<http://www.unidroit.org/english/implement/i-83.pdf>> (zuletzt abgerufen am 17. 2. 2011): Frankreich, Italien, Mexiko, Niederlande und Südafrika, also drei EU-Mitgliedstaaten. Erforderlich sind zehn Ratifikationen.

<sup>21</sup> Zu diesem Befund *Oliver Remien*, Drittbeteiligung am Schuldverhältnis im Europäischen Privatrecht, in: Drittbeteiligung am Schuldverhältnis, hrsg. von *Jan Dirk Harke* (2010) 97–107 (102); *Kleinschmidt*, Stellvertretung (oben N. 18) 1441.

<sup>22</sup> Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. 12. 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 L 382/17.

und Handelsvertreter, beschreibt aber in der Definition des Handelsvertreterers in Art. 1 II auch ein Tätigwerden als unmittelbarer Vertreter des Unternehmers. Das Klauselverbot in lit. n der Nr. 1 des Anhangs zur Klausel-RL<sup>23</sup> setzt das Institut der unmittelbaren Stellvertretung voraus, wenn es davon ausgeht, dass ein Gewerbetreibender an »von seinen Vertretern eingegangene Verpflichtungen« gebunden ist.<sup>24</sup> Etwas konkretere Hinweise auf das Stellvertretungsrecht finden sich im modernisierten Zollkodex der Union.<sup>25</sup> Doch es erscheint fraglich, inwieweit eine Verallgemeinerung von dieser Sondermaterie auf das Vertragsrecht möglich ist. Insgesamt ist vom *acquis communautaire* daher wenig Hilfe bei der Ausarbeitung von Stellvertretungsregeln zu erwarten.

### 3. Die Stellvertretung in einem optionalen Instrument

Welche Teile des DCFR die Expertengruppe in ihren Text übernehmen würde, war trotz der im Internet veröffentlichten Zusammenfassungen der Sitzungen lange Zeit unklar. Dies galt insbesondere für das Schicksal der DCFR-Regeln zur Stellvertretung. Die Zusammenfassung der ersten Sitzung am 21. Mai 2010 deutete darauf hin, dass der Text der Expertengruppe Stellvertretungsregeln enthalten würde. In dem Protokoll hieß es: »Rather technical provisions like those on representation, change of parties, plurality of debtors and creditors and set off and mergers will not be discussed by the group during the meetings, but shall be discussed in a written procedure amongst the experts.«<sup>26</sup> Bei ihrer fünften Sitzung Ende September 2010 stellte die Expertengruppe fest, dass über die Notwendigkeit eines Ab-

---

<sup>23</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29. Ebenso lit. b des Anhangs II zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg.

<sup>24</sup> *Mathias Henke*, Enthält die Liste des Anhangs der Klauselrichtlinie 93/13/EWG Grundregeln des europäischen Vertragsrechts? (2010) 135 ff.; *Remien* (oben N. 21) 102.

<sup>25</sup> Artt. 11 f. VO (EG) 450/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4. 2008 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaft (Modernisierter Zollkodex), ABl. 2008 L 145/1. Dazu *Remien* (oben N. 21) 102; jetzt auch EuGH 17.2. 2011 – Rs. C-78/10 (*Bérel*), Slg. 2011, I-0000 und Schlussanträge dazu, in denen die Generalanwältin sich mit dem Offenkundigkeitsprinzip auseinandersetzt.

<sup>26</sup> *European Commission*, Expert Group on a Common Frame of Reference in European Contract Law, Synthesis of the first expert group's meeting on 21st May 2010, 3 (<[http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies\\_consumer\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm)>, zuletzt abgerufen am 17.2. 2011). Im Jahre 2004 hatte die Kommission in Anhang I ihrer Mitteilung von 2004 (oben N. 8) den denkbaren Inhalt eines Gemeinsamen Referenzrahmens skizziert. Darin findet sich auch der Punkt »Vertretungsmacht: unmittelbare und mittelbare Stellvertretung« (S. 15).

schnittes über Stellvertretung divergierende Ansichten bestehen.<sup>27</sup> In einer im Oktober 2010 für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments erstellten Aufzeichnung (*briefing note*) war zu lesen, dass das Kapitel des DCFR über die Stellvertretung »possibly« nicht von der Expertengruppe behandelt und »probably« nicht Inhalt ihres Entwurfs würde.<sup>28</sup> Einer der Verfasser der genannten Aufzeichnung ist Mitglied der Expertengruppe. Dessen ungeachtet wurde im Februar 2011 in einem Bericht eines Mitglieds des sog. »Sounding Board on European Contract Law«, einer von der Kommission zur Beurteilung der Ergebnisse der Expert Group eingesetzten Gruppe von Praxisvertretern, angekündigt, dass dieses Gremium sich noch mit Vorschlägen zur Stellvertretung auseinanderzusetzen habe.<sup>29</sup>

Nunmehr liegen unter dem Titel »Feasibility study for a future instrument on European Contract Law« die Ergebnisse der Arbeit der Expertengruppe vor.<sup>30</sup> Die Gruppe hat sich tatsächlich entschlossen, ohne Stellvertretung auszukommen. Sie begründet ihre Entscheidung mit der verblüffenden Feststellung, das Thema Stellvertretung sei »less relevant for cross-border contracts«<sup>31</sup>. Dieser Schritt muss schon vor dem Hintergrund, dass alle bisherigen Entwürfe europäischer oder internationaler Modellregeln selbstverständlich Stellvertretungsregeln enthalten, zumindest überraschen. Schwerer wiegt noch, dass die Ausklammerung der Stellvertretung an der Lebenswirklichkeit vorbeigeht, und zwar unabhängig davon, wie eng oder weit der persönliche und territoriale Anwendungsbereich eines optionalen Instru-

<sup>27</sup> *European Commission*, Expert Group on a Common Frame of Reference in European Contract Law, Synthesis of the Fifth Meeting, 30 September – 1 October 2010, 3 (<[http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies\\_consumer\\_intro\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm)>, zuletzt abgerufen am 17. 2. 2011) (zitiert: Expert Group, Fifth Meeting). Ebenso wurden divergierende Ansichten zu Abtretung und Verjährung festgestellt. Die Abschnitte über Aufrechnung, Schuldner- und Gläubigermehrheiten und über alle nicht auf die Abtretung bezogenen Vorschriften zum Wechsel einer Vertragspartei wurden auf Vorschlag der Kommission ohne Aussprache zur Streichung vorgesehen. Unter diesen letztgenannten Vorschriften befinden sich auch zwei Regeln zu Direktansprüchen bei der mittelbaren Stellvertretung im Falle der Insolvenz des Vertreters (Art. III.-5:401 f. DCFR).

<sup>28</sup> *Hans Schulte-Nölke/Fryderyk Zoll/Christoph Busch*, From the Draft Common Frame of Reference (DCFR) to the current EU contract law debate (2010), Doc. No. PE 425.638, 16.

<sup>29</sup> *Markus Peifer*, Europäisches Vertragsrecht: Sounding Board zielt auf der Zielgeraden: EuZW 2011, 124–125 (125).

<sup>30</sup> Abrufbar unter <[http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory\\_note\\_results\\_feasibility\\_study\\_05\\_2011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/explanatory_note_results_feasibility_study_05_2011_en.pdf)> (zuletzt abgerufen am 3. 5. 2011.)

<sup>31</sup> Siehe den erläuternden Bericht zur Feasibility Study »A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback«, 6. Lediglich an versteckten Stellen blitzen doch Hinweise auf die Stellvertretung auf. Artikel 83 lit. c greift das oben bei N. 23 erwähnte Klauselverbot auf. Die Rückgabe der Ware nach Verbraucherwiderruf kann auch an einen »representative« erfolgen, Art. 43(4). Und schließlich sieht Art. 186 eine Ablaufhemmung der Verjährung vor, wenn ein Geschäftsunfähiger ohne »representative« ist (ebenso Art. III.-7:305[1] DCFR und Art. 14:305[1] PECL).

ments gefasst würde. Bei den meisten Vertragsschlüssen dürfte heutzutage auf mindestens einer Seite ein Vertreter beteiligt sein.<sup>32</sup> Dies gilt auch bei Geschäften zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (B2C) und, entgegen einer ersten Intuition, häufig sogar dann, wenn der Vertragsschluss im E-Commerce erfolgt<sup>33</sup>. Denn selbst wenn der Verbraucher hier »direkt« mit dem Unternehmer kommuniziert, handelt dieser, wenn es sich – wie meist – um eine Gesellschaft handelt, nicht selbst, sondern zwangsläufig durch seine Vertreter. Nur sofern der Verbraucher persönlich mit einem Einzelunternehmer kontrahiert, entsteht eine vertragliche Bindung, ohne dass es des Rückgriffs auf Vertretungsregeln bedürfte. Dieser tatsächliche Aspekt gerät in den bisherigen Äußerungen der Kommission zum europäischen Vertragsrecht aus dem Blick, weil darin nur von »business« und »consumers« die Rede ist und damit die Illusion entsteht, ein »business« sei eine Person aus Fleisch und Blut. Ein optionales Instrument zum Vertragsrecht wird sich daher vor allem bei Vertragsschlüssen bewähren müssen, die von Vertretern vermittelt wurden. Auch wenn in dem soeben genannten Beispiel des online-Vertragsschlusses zwischen einem Verbraucher und einer Gesellschaft von Seiten des Vertretungsrechts selten ein wirkliches Problem zu erwarten ist – zumal im Bereich der Kapitalgesellschaften bereits die Publizitätsrichtlinie<sup>34</sup> eine weitgehende materiell-rechtliche Vereinheitlichung der Vertretungsbefugnisse gebracht hat –, wäre es dennoch mehr als ein Schönheitsfehler, wenn es in der theoretischen Durchdringung wie der praktischen Handhabung des Vertragsschlusses nach optionalem Instrument stets an einer Stelle »hakte«.<sup>35</sup>

Dann stellt sich aber einerseits die Frage, welchen Inhalt Stellvertretungsregeln in einem optionalen Instrument vor dem Hintergrund der Diver-

---

<sup>32</sup> Dass die Stellvertretung aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken sei, zählt zu den Gemeinplätzen der heutigen Rechtsvergleichung. Im internationalen Verkehr soll die Zahl der von Vertretern vermittelten Geschäfte noch höher sein als national, Münch. Komm. BGB (-Ulrich Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 97.

<sup>33</sup> Anders *Christoph Busch*, Scope and content of an optional instrument for EU contract law, Doc. No. PE 425.644, 17.

<sup>34</sup> Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. 3. 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. 1968 L 65/8, kodifiziert durch Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 9. 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. 2009 L 258/11.

<sup>35</sup> Selbstverständlich kommt für Erklärungen im Rahmen der Vertragsausführung ebenfalls eine Stellvertretung in Betracht. Dort stellt sich das im Folgenden zu behandelnde Problem aber nicht mit derselben Schärfe, da bereits eine Vereinbarung zugunsten des optionalen Instruments getroffen werden konnte. Es wird deshalb hier nur der Fall des Vertragsschlusses betrachtet.

genzen zwischen den möglichen Quellen, mit denen die Expertengruppe gearbeitet hat, haben sollten. Es hängt entscheidend von der Qualität der Regeln in einem CFR ab, was damit geschehen und ob er wirklich die Grundlage eines optionalen Instruments bilden sollte.<sup>36</sup> Dieses materiell-rechtliche Problem soll hier jedoch nicht behandelt werden. Denn andererseits und vorrangig ist die kollisionsrechtliche Frage zu klären, ob und wie Stellvertretungsregeln in einem optionalen Instrument überhaupt zur Anwendung gebracht werden können. Da ein optionales Instrument nur aufgrund einer Wahl (»opt-in«) der Vertragsparteien zur Anwendung kommen kann, wird an dieser Wahl regelmäßig der am Vertragsschluss beteiligte Vertreter mitwirken. Es ist nun aber nicht offensichtlich, wie dieses gewählte Instrument die Frage beantworten kann, ob der Vertreter die nötige Vertretungsmacht hatte, um seinen Geschäftsherrn an diese Rechtswahl und an den Inhalt des Vertrages zu binden. Zudem mögen der Vertragspartner und wegen des Risikos seiner Eigenhaftung bei Vollmachtüberschreitung auch der Vertreter schon vor Vertragsschluss – und damit in der Regel vor der Rechtswahl – ein Interesse daran haben, den Rahmen der Rechtsmacht und somit den Verhandlungsspielraum des Vertreters zu kennen.

Die Kommission hat diese Problematik offenbar noch nicht in ihre Überlegungen aufgenommen.<sup>37</sup> Bisherige Stellungnahmen in der Literatur zu der Idee eines optionalen Instruments gehen ebenso wenig darauf ein.<sup>38</sup> Soweit ersichtlich, hat sie auch bei Abfassung des DCFR keine Beachtung gefunden, was angesichts der dezidiert materiell-rechtlichen Zielsetzung dieses Unternehmens nicht weiter erstaunt. Überraschend ist jedoch, dass ebenso in den UNIDROIT PICC, die ja unter anderem darauf ausgerichtet sind, aufgrund einer Parteivereinbarung angewendet zu werden,<sup>39</sup> diese Schwierigkeit mit keiner Silbe erwähnt wird.<sup>40</sup> Auch im Laufe der Beratungen zu den UNIDROIT PICC hat sie offenbar keine Rolle gespielt. Ebensowenig wird die Frage im einschlägigen Schrifttum dazu erörtert – mit einer Ausnahme, in der das Problem als »notoriously difficult« kurz aufgeworfen und dann aber bis auf eine Andeutung bewusst offengelassen wird: Indem die

<sup>36</sup> *Max Planck Institute*, European Contract Law Rz. 6.

<sup>37</sup> Vgl. nur die Mitteilung der Kommission von 2004 (oben N. 8) 19 f.

<sup>38</sup> Siehe aber unten N. 169.

<sup>39</sup> *Jan Kleinheisterkamp*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, in: HWBEuP 1547–1551 (1548 f.); *Ralf Michaels*, Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: RabelsZ 73 (2009) 866–888 (869 ff.).

<sup>40</sup> Im offiziellen Kommentar heißt es lediglich, dass die Anwendung der UNIDROIT PICC auf einen Vertrag keine Auswirkung auf die Position Dritter habe, es sei denn, dies sei – wie bei der Stellvertretung – gerade der Zweck des Vertrags, UNIDROIT (oben N. 17) 11. Dass aufgrund der Trennung von Innen- und Außenverhältnis die Einbeziehung der UNIDROIT PICC separat vereinbart werden muss (siehe *Vogenauer/Kleinheisterkamp* [-Thomas Krebs] [oben N. 17] Art. 2.2.1 Rz. 14; *Vogenauer/Kleinheisterkamp* [-Ralf Michaels] [oben N. 17] Preamble I Rz. 43), ist letztlich eine Selbstverständlichkeit.

UNIDROIT PICC die Frage nach der Rechtsmacht des Vertreters beantworten wollten, versuchten sie »to pull themselves up by their own bootstraps«; viel eher sei anzunehmen, dass die Frage nach dem Recht des Forumstaats zu lösen sei.<sup>41</sup> Schließlich bieten auch die Principles of European Insurance Contract Law, ein als optionales Instrument für Versicherungsverträge konzipiertes Regelwerk, das daher Vorbildfunktion für anderes fakultatives Recht entfalten kann, keine Antwort. Dort wird der Versicherungsvermittler (*intermediary*), der ohnehin nicht notwendig Vertreter-eigenschaft hat, gerade nicht erfasst, denn das optionale Versicherungsvertragsrecht begründe für ihn als Außenstehenden weder Rechte noch Pflichten.<sup>42</sup>

Zur Lösung dieses Problems soll hier untersucht werden, welche Folgen es hätte, wenn die Kommission dem Entwurf der Expertengruppe Folge leistete und ein von ihr in Aussicht genommenes optionales Instrument tatsächlich keine Stellvertretungsregeln enthielte (unten II.). Im Anschluss daran ist dann die eigentliche Frage zu klären, wie Stellvertretungsregeln in einem optionalen Instrument zur Anwendung gebracht werden können (unten III.) und welche Voraussetzungen dafür geschaffen werden müssen (unten IV.). Zuvor soll kurz die für die Stellvertretung typische Dreiecks-konstellation in Erinnerung gerufen werden.

#### 4. Die Dreieckskonstellation der Stellvertretung

Die Grundform jedes mit Hilfe eines Vertreters geschlossenen Geschäfts entspricht einer Dreieckskonstellation zwischen Geschäftsherrn, Vertreter und Drittem<sup>43</sup>; auf sie lassen sich auch komplexere Situationen, wie sie durch Mehrvertretung oder Unterververtretung entstehen können, zurückführen. Zu unterscheiden sind das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Vertreter, das Außenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Drittem sowie – etwa im Falle der Vollmachtsüberschreitung – das Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem.<sup>44</sup> Von Bedeutung für alle drei Verhältnisse ist die Ver-

---

<sup>41</sup> *Thomas Krebs*, Harmonization and how not to do it: agency in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004: Lloyd's Marit. Com. L. Q. 2009, 57–72 (63 f.). – Ohne Hinweis auf das Problem *Michael Joachim Bonell*, An International Restatement of Contract Law<sup>3</sup> (2005) 80: Nichts hindere den Geschäftsherrn (persönlich oder vertreten durch den Vertreter) daran, mit dem Dritten die Anwendung der Stellvertretungsregeln in den UNIDROIT PICC zu vereinbaren.

<sup>42</sup> *Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss* (oben N. 4) 35.

<sup>43</sup> Die Bezeichnung der Beteiligten variiert, zum Teil beschränkt auf bestimmte Fälle wie die mittelbare Stellvertretung, erheblich. Mit den hier verwendeten Begriffen sind keine Aussagen in der Sache verknüpft.

<sup>44</sup> Die aus Sicht des deutschen Rechts selbstverständliche Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis findet sich nicht in allen kontinentalen Zivilrechtskodifikationen (z. B. nicht in Frankreich) und erst recht nicht in dem allumfassenden Begriff der »agency« des *common*

tretungsmacht des Vertreters. Sie bestimmt insbesondere, ob und in welchem Umfang der Vertreter den Geschäftsherrn binden kann und – als Kehrseite davon – ob und in welchem Umfang der Vertreter dem Dritten für eine Überschreitung seiner Befugnisse verantwortlich sein kann.<sup>45</sup> Außer Betracht bleiben im Folgenden das Innenverhältnis, das zum Beispiel in einem Auftrag, einem Arbeitsvertrag oder einem Geschäftsbesorgungsvertrag bestehen kann. Geschäftsherr und Vertreter können hierfür ohne Weiteres die Anwendung eines optionalen Instruments vereinbaren; für Handelsvertreter stellt zudem die einschlägige Richtlinie<sup>46</sup> eine weitgehende Angleichung des Innenverhältnisses her.

## II. Gedankenspiel: Ein optionales Instrument ohne Stellvertretungsregeln

### 1. Stellvertretungsfragen als externe Lücke

Enthielte das optionale Instrument tatsächlich keine Stellvertretungsregeln, wäre im Rahmen der Prüfung, ob ein nach optionalem Instrument geschlossener Vertrag wirksam zustande gekommen ist, zu fragen, wie diese Lücke zu schließen ist. Diese Frage ist aus dem Instrument heraus zu beantworten. Da dessen Regeln zur Lückenfüllung noch nicht bekannt sind, bleibt auch hier ein Rest Spekulation. Vorläufig scheint die Kommission zur Lückenfüllung ein differenziertes Vorgehen zu favorisieren:<sup>47</sup> Lücken innerhalb des materiellen Anwendungsbereichs des optionalen Instruments seien durch autonome Auslegung des Instruments und der Grundsätze, die ihm zugrunde liegen, zu schließen. Für Materien außerhalb des Anwendungsbereichs sei auf das nach der Rom I-VO anwendbare nationale Recht zurückzugreifen. Dieser Ansatz lehnt sich offenbar an den vertrauten Mechanismus zur Lückenfüllung in Artt. 4, 7 II CISG an.<sup>48</sup> Zu den nicht vom UN-Kauf-

---

*law.* Der Sache nach aber trennen auch diese Rechtsordnungen beide Verhältnisse, siehe *Filippo Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*<sup>3</sup> (2009) 464ff.; *Jens Kleinschmidt*, *Vertretungsmacht*, in: HWBEuP 1709–1714 (1710) (zitiert: *Vertretungsmacht*).

<sup>45</sup> Auf diese übergreifende Funktion weist u. a. hin *Schwarz* 736 m. w. N.

<sup>46</sup> Siehe oben N. 22.

<sup>47</sup> Expert Group, Fifth Meeting (oben N. 27) 1. So jetzt auch Art. 1(2) des von der Expertengruppe vorgelegten Regelwerks (oben N. 30).

<sup>48</sup> Vgl. zu diesem *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (-Franco Ferrari)*, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*<sup>5</sup> (2008) Art. 7 Rz. 41 ff. m. w. N.; v. *Staudinger (-Ulrich Magnus)* (2005) Art. 7 CISG Rz. 38; *Claude Witz*, *CVIM: Interprétation et questions non couvertes: Int. Bus. L.J.* 2001, 253–275 (261). Daraus, dass das UN-Kaufrecht ein »opt out«-Instrument ist, ergibt sich kein sachliches Argument gegen eine vergleichbare Regelung in einem optionalen Instrument, das auf einen »opt-in« abzielt.

recht geregelten Gegenständen zählt auch »die Stellvertretung«.<sup>49</sup> In UN-Kaufrechtsfällen ist dieser Komplex also, in Ermangelung einer sonstigen einheitsrechtlichen Regelung, dem über die Kollisionsregeln des Forumstaates berufenen nationalen Recht überlassen.<sup>50</sup> Eine Ergänzung etwa durch die UNIDROIT PICC, die ja Stellvertretungsregeln enthalten und sich in ihrer Präambel selbst für die Auslegung und Ergänzung von Einheitsrechtstexten anbieten, kommt für Materien außerhalb des Regelungsreichs des UN-Kaufrechts nicht in Betracht.<sup>51</sup>

Die Stellvertretung wäre auch in einem optionalen Instrument als nicht geregelt und damit als externe Lücke anzusehen. Zwar müsste das optionale Instrument, um den ihm zugedachten Rationalisierungseffekt erzielen zu können, den Anspruch erheben, alle bei Abschluss und Durchführung eines Vertrages *typischerweise* auftretenden Fragen regeln zu wollen. Würde eine derartige Frage – wie etwa die Stellvertretung – nicht ausdrücklich angesprochen, müsste es sich folglich um eine interne Lücke handeln.<sup>52</sup> Wenn jedoch die Verfasser des CFR aus dem DCFR und anderen Inspirationsquellen bewusst bestimmte Teile nicht übernommen haben, so lässt sich kaum sagen, dass sie diese Teile im CFR regeln wollten und nur keine ausdrückliche Normierung gefunden haben.

Wie weit nun diese Lücke reicht, erscheint problematisch: Erstreckt sie sich nur auf die Fragen der Vertretungsmacht oder umfasst sie weitergehend

---

<sup>49</sup> *Schlechtriem/Schwenzer (-Ferrari)* (vorige Note) Art. 4 Rz. 34 m. w. N. Wie weit genau die Lücke reicht, wird kaum ausdrücklich behandelt, die Umschreibungen unterscheiden sich, siehe OGH 22.10. 2001, ZfRV 2003, 22–29 (27) (»Problem der Vollmacht«); AG Alsfeld 12.5. 1995, NJW-RR 1996, 120–121 (»Vollmachtsfragen«); *Heinrich Honsell (-Kurt Siehr)*, Kommentar zum UN-Kaufrecht<sup>2</sup> (2010) Art. 4 Rz. 11 (»Vertretung«); v. *Staudinger (-Magnus)* (2005) Art. 4 CISG Rz. 37 (»die Stellvertretung«); Münch. Komm. BGB (-*Harm Peter Westermann*) Art. 4 CISG Rz. 8 (»Vertretungsmacht« und daher auch *falsus procurator*-Haftung); *Soergel (-Alexander Lüderitz/Anja Fenge)*, Bürgerliches Gesetzbuch<sup>13</sup> (2000) Art. 4 CISG Rz. 8 (»Stellvertretung«); *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5431 (»Vertretungsmacht«); *Franco Ferrari*, Implementations of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Int. Bus. L.J. 1998, 835–839 (837) (»agency«); *Peter Huber*, European Private International Law, Uniform Law and the Optional Instrument: ERA-Forum 2003, Nr. 2, S. 85–98 (92) (»agency and authority to bind«); *Henry Mather*, Choice of Law for International Sales Issues not Resolved by the CISG: J.L. Com. 20 (2001) 155–208 (162) (»lack of agency authority«); *Witz* (vorige Note) 265 (»pouvoir de représentation«).

<sup>50</sup> *Schlechtriem/Schwenzer (-Ferrari)* (oben N. 48) Art. 4 Rz. 34; *Honsell (-Siehr)* (vorige Note) Art. 4 Rz. 11.

<sup>51</sup> Vgl. *Vögenauer/Kleinheisterkamp (-Michaels)* (oben N. 17) Preamble I Rz. 97; *Bonell* (oben N. 41) 233; *Ulrike Teichert*, Lückenfüllung im CISG mittels UNIDROIT-Prinzipien (2007) 36, 130 ff.; *Jürgen Basedow*, Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Uniform L. Rev. 5 (2000) 129–139 (135); *Franco Ferrari*, Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen: JZ 1998, 9–17 (10); a. A. *Mather* (oben N. 49) 196.

<sup>52</sup> Zur Schließung interner Lücken *Max Planck Institute*, European Contract Law Rz. 98.

alle mit der Stellvertretung zusammenhängenden Fragen, also insbesondere auch die Wirkungen eines Handelns für fremde Rechnung? Vom UN-Kaufrecht ist bei dieser Problematik kaum Hilfe zu erwarten. Viele Stimmen im Schrifttum zum UN-Kaufrecht beziehen sich – ohne nähere Erläuterung – entweder auf das engere oder auf das weitere Verständnis.<sup>53</sup> Allenfalls dem Umstand, dass das Genfer Übereinkommen auch die Wirkungen der Stellvertretung regelt, könnte indirekt zu entnehmen sein, dass auch dieser Komplex nicht unter das UN-Kaufrecht fällt.<sup>54</sup> Für ein optionales Instrument lässt sich dieses Problem nach der obigen Argumentation entscheiden: Denn der DCFR enthält Regeln zu den Wirkungen der Stellvertretung. Werden diese nicht übernommen, so handelt es sich auch insofern um eine externe Lücke.

## 2. Lückenfüllung anhand des vom IPR berufenen Rechts

Im Rahmen dieser externen Lücke ist, wie gesehen, auf das vom Internationalen Privatrecht des Forums berufene Recht zurückzugreifen. Nun gilt das IPR der Stellvertretung als »complex topic«<sup>55</sup>, das zu einer Flut von Monographien und Aufsätzen Anlass gegeben hat.<sup>56</sup> Gleichwohl sind die Kollisionsregeln nach wie vor umstritten, teils nicht besonders klar und vor allem international uneinheitlich. Nachdem Art. 7 des Entwurfs zur Rom I-VO<sup>57</sup> noch eine Kollisionsnorm für die Stellvertretung (mit der Überschrift »Vertreterverträge«) enthalten hatte, klammert Art. 1 II lit. g Rom I-VO »die Frage, ob ein Vertreter die Person, für deren Rechnung er zu handeln vorgibt, Dritten gegenüber verpflichten kann, oder ob ein Organ einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer anderen juristischen Person diese Gesell-

<sup>53</sup> Siehe die Nachweise oben N. 49. Die Wirkungen der Stellvertretung würden nach der engeren Ansicht keine externe Lücke darstellen; eine Ergänzung nach Art. 7 II CISG dahingehend, dass eine Person, die mit Vertretungsmacht ausgestattet offen für einen anderen handelt, diesen anderen vertraglich binden kann, dürfte angesichts der universalen Verbreitung des Prinzips der unmittelbaren Stellvertretung möglich sein.

<sup>54</sup> Vgl. v. Staudinger (-Magnus) (2005) Art. 4 CISG Rz. 37.

<sup>55</sup> Dicey/Morris/Lawrence Collins, *The Conflict of Laws*<sup>14</sup> II (2006) Rz. 33–405; siehe auch Rolf Wagner, *Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht* (Rom I-Verordnung): IPRax 2008, 377–386 (378) (»sehr komplexe Materie«); Basedow (oben N. 19) 209 (»Gewirr der Meinungen«); v. Bar Rz. 585 (»erhebliche Meinungsvielfalt«).

<sup>56</sup> Umfassende Nachweise bei Schwarz 729 N.\* sowie bei Reithmann/Martiny (-Hausmann) Vor Rz. 5421.

<sup>57</sup> Vorschlag für eine Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), KOM(2005) 650 endg. Siehe für die entsprechende Anregung dieses Vorschlags Max Planck Institute, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, RabelsZ 68 (2004) 1–118 (90 ff., 109 f.) (zitiert: Max Planck Institute, *Comments Green Paper Rome I*).

schaft, diesen Verein oder diese juristische Person gegenüber Dritten verpflichten kann« vom Anwendungsbereich der Verordnung aus.<sup>58</sup> Ein früherer Versuch der Vereinheitlichung mit Hilfe des Haager Stellvertretungsübereinkommens (HStÜ)<sup>59</sup> war kaum von Erfolg gekrönt: Dieses Übereinkommen, das sich in allseitigen Kollisionsnormen (Art. 4 HStÜ) sowohl mit dem Innenverhältnis als auch mit dem Außenverhältnis befasst, ist gerade einmal in Argentinien, Frankreich, den Niederlanden und Portugal in Kraft<sup>60</sup> – damit immerhin aber in drei EU-Mitgliedstaaten, in denen es nach Art. 25 Rom I-VO Vorrang vor den Rom I-Regeln hat.<sup>61</sup> Diese Vorrangregelung ist wegen Art. 1 II lit. g Rom I-VO freilich nur erforderlich, soweit es um die Regeln des Übereinkommens zum Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Vertreter geht.<sup>62</sup> Zumindest für eine Teilfrage wäre demnach bei fast jedem Vertragsschluss trotz Anwendbarkeit des optionalen Instruments nationales Kollisionsrecht zu befragen.

Zu dieser Teilfrage hat sich in den meisten Rechtsordnungen die Trennung zwischen dem Recht, das auf den mit Hilfe des Vertreters geschlossenen Vertrag anzuwenden ist (Geschäftsstatut), und dem auf die Vertretungsmacht anzuwendenden Recht (Vollmachtsstatut) etabliert. In der Regel entspricht dieser gedanklichen Trennung auch eine selbständige Anknüpfung der Vollmacht.<sup>63</sup> Zwingend ist dies jedoch, wie das englische Recht belegt, nicht.<sup>64</sup> Die Reichweite des Vollmachtsstatuts, auf die es nur im Fall einer selbständigen Anknüpfung ankommt, wird national wie international uneinheitlich gesehen. Klassischerweise rechnen dazu die Fragen rund um Erteilung, Umfang und Erlöschen der Vollmacht, die Regelung von Interessenkonflikten und – teils mit separater Begründung – Rechts-

<sup>58</sup> Zu dem Ausschlussbestand noch unten III.2.

<sup>59</sup> Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency/Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt27en.pdf>> (zuletzt abgerufen am 17.2. 2011), auch abgedruckt in: RabelsZ 43 (1979) 176–189. Dazu u. a. *Basedow* (oben N. 19) 196 ff.; *Wolfram Müller-Freienfels*, Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht: RabelsZ 43 (1979) 80–115; *Verhagen*.

<sup>60</sup> Zum Ratifikationsstand: <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=89](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=89)> (zuletzt abgerufen am 17.2. 2011).

<sup>61</sup> Siehe die entsprechenden Mitteilungen Frankreichs und Portugals nach Art. 26 Rom I-VO in ABl. 2010 C 343/3 ff. Die Niederlande haben das HStÜ nicht in ihre Mitteilung aufgenommen.

<sup>62</sup> *Paul Lagarde/Aline Tenenbaum*, De la convention de Rome au règlement Rome I: Rev. crit. d. i. p. 97 (2008) 727–780 (734).

<sup>63</sup> Art. 11 HStÜ; v. *Staudinger* (-Magnus) (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A11; *Schwarz* 744 f. m. w. N.; *Steding* 32 ff., 43; siehe ferner *Spellenberg*, Vertreterverträge 162. Zum deutschen IPR siehe nur *Soergel* (-Alexander Lüderitz), Bürgerliches Gesetzbuch<sup>12</sup> (1996) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 93, 100; *Palandt* (-Thorn) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 1; *Gerhard Kegel/Klaus Schurig*, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> (2004) 620 (§ 17 V 2); *Reithmann/Martiny* (-Hausmann) Rz. 5431 m. w. N.

<sup>64</sup> Deutlich *Watts/Reynolds* Rz. 12–012 ff.; dazu noch unten III.1.b)(1).

scheinsvollmachten.<sup>65</sup> Ob auch die Zulässigkeit und die Wirkungen der Vertretung selbst vom Vollmachtsstatut zu entscheiden sind, wird unten noch näher zu beleuchten sein.<sup>66</sup>

### 3. Bewertung

Mangels einer verbindlichen einheitsrechtlichen Regelung der vom Vollmachtsstatut umfassten Fragen kommt somit auch bei Verträgen, die dem optionalen Instrument unterstellt wurden, nationales Sachrecht<sup>67</sup> zur Anwendung. Ist dieses Ergebnis nun so misslich, wenn doch für viele andere Fragen ein optionales Instrument eine europaweit einheitliche Regelung bereitstellt? Diese Frage ist zu bejahen. Zwar kommt eine neuere breit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zu dem Schluss, dass sich die bestehenden Vorschriften des internationalen Stellvertretungsrechts »in ihren Grundentscheidungen verhältnismäßig gering« unterscheiden.<sup>68</sup> Auch mögen sich unterschiedliche Anknüpfungsregeln in überraschend wenigen Gerichtsentscheidungen ausgewirkt haben.<sup>69</sup> Einheitlich ist das internationale Stellvertretungsrecht damit noch nicht. Vor allem aber verbleiben – zumindest in Einzelfragen – Abweichungen im materiellen Recht der gewillkürten Vertretungsmacht. So sind etwa die Voraussetzungen, unter denen ein Interessenkonflikt angenommen wird, teils an materielle Vorstellungen geknüpft, teils wie in Deutschland einem »formalen Ordnungsprinzip« unterstellt.<sup>70</sup> Zum Umfang der Vollmacht halten Kodifikationen im romanischen Rechtskreis besondere Auslegungsregeln bereit, nach denen eine Vollmacht generell eng auszulegen ist und etwa eine Generalvollmacht (*mandat conçu en*

<sup>65</sup> Schwarz 792 ff. m. w. N.; ders., Stellvertretung (IPR), in: HWBEuP 1442–1446 (1445) (zitiert: Stellvertretung [IPR]); ausführlich zur Abgrenzung im deutschen IPR Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5491 ff.; Münch. Komm. BGB (-Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 128 ff., jeweils m. w. N.

<sup>66</sup> Siehe unten III.2.

<sup>67</sup> Die Verweisung durch das Vollmachtsstatut wird in Deutschland allgemein als Sachnormverweisung angesehen, Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (-Juliana Mörsdorf-Schulte), BGB<sup>5</sup> (2010) Vor Art. 7 bis 12 EGBGB Rz. 12 m. w. N. (zitiert: PWW [-Bearb.]); Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5452; a. A. Cläßen 43 ff.

<sup>68</sup> Schwarz 734; siehe bereits zuvor für das Bestehen eines »common core« in den divergierenden Auffassungen Alexander Lüderitz, Prinzipien im internationalen Vertretungsrecht, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, FS Helmut Coing II (1982) 305–321 (307); Max Planck Institute, Comments Green Paper Rome I (oben N. 57) 91.

<sup>69</sup> So die Beobachtung von Bamberger/Roth (-Mäsch) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 78.

<sup>70</sup> Stephan Festner, Interessenkonflikte im deutschen und englischen Vertretungsrecht (2006); Ranieri (oben N. 44) 531 mit N. 128; Michael Joachim Bonell, Agency, in: Towards a European Civil Code<sup>4</sup>, hrsg. von Arthur S. Hartkamp et al. (2011) 515–536 (529 f.); Kötz 346 ff.; Jens Kleinschmidt, Stellvertretungsrecht in Deutschland und Frankreich. Perspektiven für eine Rechtsvereinheitlichung: ZEuP 9 (2001) 697–736 (731 ff.) (zitiert: Stellvertretungsrecht).

*termes généraux*) anders als in Deutschland nur zu Verwaltungshandlungen, nicht aber zu Verfügungen ermächtigt.<sup>71</sup> Nicht überall ist es selbstverständlich, dass ein Vertreter auch ohne besondere Ermächtigung dazu einen Untervertreter bestellen kann.<sup>72</sup> Unterschiede hinsichtlich der Voraussetzungen eines Erlöschens der Vollmacht haben sogar die Verfasser der UNIDROIT PICC dazu bewogen, sich einer Regelung zu enthalten und statt dessen einen (seltenen) Verweis auf das anwendbare Recht vorzuziehen.<sup>73</sup> Unterschiede bestehen schließlich in allen Fragen, die gewöhnlich als Folge einer Vertretung ohne Vertretungsmacht betrachtet werden.<sup>74</sup>

Übereinstimmung in den Grundlinien und Abweichungen im Detail – dieser Befund wird sich in Europa vermutlich für weite Teile des Vertragsrechts treffen lassen. Doch sind es gerade diese Detailunterschiede, die den Anstoß zu einer weitergehenden Vereinheitlichung des Vertragsrechts durch die EU geben. Denn die Ermittlung dieser Unterschiede – im Streitfall wie in der Vertragsanbahnung (z. B. bei Kontaktaufnahme mit einem Vertreter) – erzeugt Kosten und Unsicherheiten und schafft eine mögliche Fehlerquelle.<sup>75</sup> Wenn es das Ziel der Kommission ist, den Rechtsanwendern diese Aufgabe abzunehmen und auch kleinere Unterschiede einzuebnen, so wäre dieses Ziel ohne eine einheitliche Regelung der Stellvertretung nur unvollkommen zu erreichen. Innerhalb dieser Logik kann der Einwand, die fehlende Einheit des Stellvertretungsrechts habe den Handel und die Rechtspraxis in Europa bislang nicht ernstlich behindert und auch das – ohnehin verbreitet abgewählte<sup>76</sup> – einheitliche UN-Kaufrecht komme ohne Stellvertretungsregeln aus, keine andere Einschätzung bewirken. Hinzu treten weitere mögliche Vorteile eines fakultativen einheitlichen Stellvertretungsrechts wie die Vorbildwirkung für eine spontane Rechtsangleichung durch nationale Gesetzgeber.

<sup>71</sup> Art. 1988 franz. Code civil; Artt. 1712f. span. Código civil; *Kleinschmidt*, Stellvertretungsrecht (vorige Note) 716f. Die Frage, ob eine Generalvollmacht zur Vornahme eines Geschäfts ausreicht, wird in Deutschland überwiegend dem Geschäftsstatut zugeschlagen, vgl. nur *Soergel (-Lüderitz)* (oben N. 63) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 103; v. *Staudinger (-Mag-nus)* (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A43.

<sup>72</sup> *Kleinschmidt*, Vertretungsmacht (oben N. 44) 1711.

<sup>73</sup> UNIDROIT (oben N. 17) 92 (außerdem werden die Erlöschensgründe eher als Sache des – von den UNIDROIT PICC ausgeklammerten – Innenverhältnisses gesehen); ferner *Kötz* 349f.

<sup>74</sup> Ausführlicher rechtsvergleichender Überblick bei *The Unauthorised Agent*, hrsg. von *Danny Busch/Laura J. Macgregor* (2009); ferner *Kötz* 352ff.; *Ranieri* (oben N. 44) 529ff.

<sup>75</sup> Zur Parallelproblematik im UN-Kaufrecht *P. Huber* (oben N. 49) 92.

<sup>76</sup> *Max Planck Institute*, *European Contract Law* Rz. 113 m. w. N.

### III. Anwendbarkeit von Stellvertretungsregeln in einem optionalen Instrument

Lässt sich somit das *Petitum* formulieren, Regeln zu Voraussetzungen und Wirkungen der Stellvertretung in das optionale Instrument aufzunehmen, bleibt freilich die Frage, ob und wie diese Regeln zur Anwendung gebracht werden können. Stünde hierfür kein Weg zur Verfügung, müsste es bei einem optionalen Instrument ohne Stellvertretungsregeln bleiben. Dabei sind zwei Schwierigkeiten zu bewältigen, die sich im Grundmuster von Vertragsschluss und Vertragsabwicklung zwischen zwei Personen nicht stellen: Zum einen ist auf die Interessen und Belange von mindestens drei Beteiligten Rücksicht zu nehmen, so dass jedenfalls eine schlichte bilaterale Rechtswahl ausgeschlossen erscheint. Zum anderen haben die Beteiligten ein Interesse daran, schon vor Vertragsschluss den Umfang der Rechtsmacht des Vertreters zu kennen und einen Wechsel des Vollmachtsstatuts zu vermeiden.

#### 1. Wahl eines optionalen Vollmachtsstatuts

Da ein fakultatives Recht nur durch Vereinbarung zur Anwendung gebracht werden kann, ist zu klären, inwieweit das Vollmachtsstatut nach herkömmlicher Sicht einer subjektiven Anknüpfung zugänglich und damit mit der Idee eines optionalen Instruments kompatibel ist. Dabei ist eine Unterscheidung zugrunde zu legen, die in den meisten Ländern Europas vertraut ist. Es ist zu differenzieren zwischen Vertretungsmacht, die in Ausübung der Privatautonomie (rechtsgeschäftlich) erteilt wurde (»gewillkürte Stellvertretung«/»Vollmacht«, dazu unten b), und solcher, die vom Gesetz verliehen wurde (dazu sogleich a).<sup>77</sup>

##### a) Gesetzliche Vertretungsmacht

Beispiele für eine gesetzliche Vertretungsmacht sind die Vertretung von Kindern durch ihre Eltern, die Vertretung der Erben durch Testamentvollstrecker und vor allem – teils als »organschäftliche Vertretung« bezeichnet – das Handeln der Leitungsorgane für eine Gesellschaft. Generell wird in diesen Verhältnissen eine akzessorische Anknüpfung an das Rechtsverhältnis, in dem die Vertretungsmacht ihren Ursprung findet, favorisiert.<sup>78</sup> Auf die organschäftliche Vertretung gelangen somit die Normen der *lex societatis*

<sup>77</sup> Kleinschmidt, Vertretungsmacht (oben N. 44) 1709.

<sup>78</sup> Schwarz, Stellvertretung (IPR) (oben N. 65) 1442; Münch. Komm. BGB (-Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 70 ff.

zur Anwendung.<sup>79</sup> Eine Vereinbarung des anwendbaren Rechts ist ausgeschlossen. Im Bereich der gesetzlichen Vertretung könnten optionale Regeln über die Vertretungsmacht also nicht zur Anwendung gebracht werden, wenn nicht das optionale Instrument mit einer eigenen, gegenüber bestehenden Kollisionsnormen speziellen IPR-Regel diesen Bereich für eine subjektive Anknüpfung öffnen würde. Daran ist freilich angesichts der unüberschaubaren Konsequenzen gegenwärtig nicht zu denken.<sup>80</sup> Im Kapitalgesellschaftsrecht ist das wegen der bereits weit fortgeschrittenen Vereinheitlichung im Hinblick auf das Vereinheitlichungsziel des Instruments wohl am ehesten zu verschmerzen.<sup>81</sup> Doch bereits im Personengesellschaftsrecht mögen Einzelfragen für nationale Divergenzen innerhalb eines einheitlichen Vertragsrechts sorgen.<sup>82</sup> In den PECL und den UNIDROIT PICC ist die gesetzliche Vertretung von vornherein aus dem Regelungsbe- reich ausgeklammert. Einen weitergehenden Ansatz wählt dagegen der DCFR: Nach Art. II.-6:103(1) DCFR erstrecken sich dessen Regeln gleichermaßen auf »authority [...] granted by a principal or by the law«. Damit dieser Anspruch angesichts der kollisionsrechtlichen Ausgangslage nicht zu weit geht, können jedoch alle Fragen, die herkömmlich der *lex societatis* unterliegen, nicht erfasst sein.<sup>83</sup>

## b) Gewillkürte Vertretungsmacht

Die objektive Anknüpfung der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht zählt zu den beliebtesten Streitfragen des Kollisionsrechts. Im Ausgangspunkt lassen sich zwei Modelle unterscheiden: eine akzessorische An-

<sup>79</sup> Schwarz, Stellvertretung (IPR) (oben N. 65) 1442; für Deutschland: v. Staudinger (-Bernhard Großfeld) (1998) IntGesR Rz. 278 ff. m. w. N. (dort auch zur Abgrenzung von Geschäftsstatut und Gesellschaftsstatut); Münch. Komm. BGB (-Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 73; v. Staudinger (-Magnus) (2002) Einl zu Art 27–37 EGBGB Rz. A7; Anwaltkommentar BGB (-Stefan Leible) I (2005) Art. 37 EGBGB Rz. 40; Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5174 ff.

<sup>80</sup> Skeptisch zu einer Vereinheitlichung des IPR der gesetzlichen Vertretung auf EU-Ebene Dieter Martiny, Internationales Vertragsrecht im Schatten des Europäischen Gemeinschaftsrechts: ZEuP 9 (2001) 308–336 (335).

<sup>81</sup> Zu verbleibenden Divergenzen siehe z. B. EuGH 16. 12. 1997 – Rs. C-104/96 (*Coöperatieve Rabobank »Veet en Plassengebied« BA ./. Erik Aarnoud Minderhoud*), Slg. 1997, I-7211 (Interessenkonflikte nicht von Publizitäts-RL erfasst); Stefan Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht (2004) § 7 Rz. 222 ff.; Matthias Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>3</sup> (2006) § 5 Rz. 25 ff.; Holger Fleischer, Zur unbeschränkten Vertretungsmacht der Geschäftsleiter im Europäischen Gesellschaftsrecht und ihren nationalen Beschränkungen, in: FS Ulrich Huber (2006) 719–737.

<sup>82</sup> Überblick über die nationalen Rechte bei Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5238 ff. m. w. N.

<sup>83</sup> Siehe daher Comment C zu Art. II.-6:103 in v. Bar/Clive (oben N. 4) 417 f.; Bonell (oben N. 70) 519 f. Etwas anders Katja Langenbacher, The Draft Common Frame of Reference – Agency Authority and Its Scope, A Glance at Corporation Law: ERCL 4 (2008) 375–388 (376).

knüpfung an das Geschäftsstatut oder eine selbständige Anknüpfung nach eigens zu definierenden Anknüpfungskriterien.<sup>84</sup> Beide Modelle sind hier mit ihren Auswirkungen auf die Anwendbarkeit optionaler Vertretungsregeln vorzustellen.

(1) *Modell 1: Akzessorische Anknüpfung.* – Werden die Fragen der Vollmacht akzessorisch an das Statut des Hauptvertrages angeknüpft und wurde für diesen die Geltung eines optionalen Instruments vereinbart, so können auch Regeln des Instruments über die Vertretungsmacht zur Anwendung gelangen. Das optionale Instrument könnte und sollte auf der Grundlage einer derartigen Kollisionsnorm folglich Regeln über die Vollmacht enthalten. Freilich ist eine derartige Kollisionsnorm nicht sehr verbreitet. Sie wird vor allem, trotz einiger Unklarheiten, als diejenige angesehen, der das englische Recht im Ausgangspunkt folgt.<sup>85</sup>

(2) *Modell 2: Selbständige Anknüpfung.* – Schwieriger liegen die Dinge im Fall einer selbständigen Anknüpfung, wie sie in der überwiegenden Zahl von Rechtsordnungen heute vorgenommen wird.<sup>86</sup> Nicht weniger als sechs mögliche Anknüpfungsmomente hat Ernst Rabel bereits im Jahre 1929 identifiziert.<sup>87</sup> In allen Fällen wird indes auf ein nationales Recht verwiesen. Dies allein würde der Anwendbarkeit eines optionalen Instruments noch nicht entgegenstehen, da es in der Form einer EU-Verordnung erlassen – anders als die bislang existierenden nicht-staatlichen Regelwerke – auch Teil der staatlichen Rechtsordnung wäre.<sup>88</sup> Allerdings will das Instrument nur anwendbar sein, wenn es gewählt wird. Sämtliche Vorschläge, wie die Voll-

<sup>84</sup> Vernachlässigt werden kann als drittes Modell die heute kaum noch vertretene akzessorische Anknüpfung an das Statut des Innenverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Vertreter.

<sup>85</sup> Ausführlich *Dacey/Morris/Collins* (oben N. 55) »Rule 228« und Rz. 33–432 ff.; *Watts/Reynolds* Rz. 12–014 ff.; ferner *Fawcett/Carruthers*, Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*<sup>14</sup> (2008) 686; *Adrian Briggs*, *The Conflict of Laws*<sup>2</sup> (2008) 269. Eine abweichende Regel nehmen manche an für die Frage nach Bestehen und Reichweite einer *actual authority*, die an das Statut des Innenverhältnisses anzuknüpfen sei, *Peter Stone*, *EU Private International Law* (2006) 299 f.; in diese Richtung auch *Dacey/Morris/Collins* (oben N. 55) Rz. 33–434 ff.; noch anders *Richard Plender/Michael Wilderspin*, *The European Private International Law of Obligations*<sup>3</sup> (2009) Rz. 5–050 f. (*actual authority* nach Innenverhältnis, *ostensible authority* auch bei Rechtswahl nach objektivem Vertragsstatut des Hauptgeschäfts). Zum englischen Recht auch *Kattia Niemann*, *Die rechtsgeschäftliche und organschaftliche Stellvertretung und deren kollisionsrechtliche Einordnung* (2004) 110 ff.; *Ruthig* 88 f. Auf dem Kontinent hat diese Ansicht einzelne Anhänger im Schrifttum, vgl. die Nachweise bei *Spellenberg*, *Vertreterverträge* 162.

<sup>86</sup> Siehe oben N. 63.

<sup>87</sup> *Ernst Rabel*, *Vertretungsmacht für obligatorische Rechtsgeschäfte*: RabelsZ 3 (1929) 807–836 (812) (hinzu kommen die beiden Möglichkeiten akzessorischer Anknüpfung an das Statut des Innenverhältnisses oder an das Geschäftsstatut).

<sup>88</sup> Vgl. *Mankowski*, *Rechtswahl* 412, 415; *ders.*, *Rom I-Vorschlag* 102, jeweils m. w. N.; *Leible* (oben N. 12) 1473; *Dirk Staudenmayer*, *The Way Forward in European Contract Law*: ERPL 2005, 95–104 (102).

macht objektiv anzuknüpfen ist, müssten also versagen (und bedürfen deshalb hier keiner näheren Erörterung), da sie ausnahmslos zur Anwendung national gesetzten Rechts führen. Erforderlich wäre vielmehr eine Wahl des auf die Vollmacht anzuwendenden Rechts. In der Praxis kommt eine derartige Rechtswahl bislang offenbar selten vor.<sup>89</sup> Das müsste sich ändern, wenn auf dieser Grundlage optionales Recht Verbreitung finden sollte.

Zudem existiert – was hier nur skizziert werden kann – kein Konsens darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen es überhaupt möglich sein soll, das Vollmachtsstatut durch Rechtswahl festzulegen. Der Giuliano/Lagarde-Bericht zum EVÜ hatte den Ausschluss der Stellvertretung aus dessen Anwendungsbereich damit begründet, dass der für das Übereinkommen zentrale Grundsatz der Parteiautonomie im Bereich der Stellvertretung kaum anerkannt werden könne.<sup>90</sup> Die meisten nationalen Kollisionsrechte lassen heute indes eine Rechtswahl zu.<sup>91</sup> Dafür wird ins Feld geführt, dass gerade eine Rechtswahl angesichts des Interesses an frühzeitiger Erkennbarkeit des anwendbaren Rechts<sup>92</sup> und angesichts der Unwägbarkeiten bei der objektiven Anknüpfung für Rechtssicherheit sorgen könne.<sup>93</sup> Geht es nun darum, die Anforderungen an eine Rechtswahl näher festzulegen,<sup>94</sup> kommen die beiden oben herausgearbeiteten Schwierigkeiten einer parteiautonom Bestimmung des anwendbaren Rechts zum Tragen.

Kern des Problems ist erstens der Schutz des Dritten vor einem für ihn überraschenden Vollmachtsstatut und der damit einhergehenden fehlenden

---

<sup>89</sup> Münch. Komm. BGB (-Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 102; *Erman* (-Gerhard Hohloch), Bürgerliches Gesetzbuch<sup>12</sup> (2008) Anh I zu Art. 37 EGBGB Rz. 15; *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 109 (Rechtswahlmöglichkeit »kaum bekannt«); anders *Schwarz* 775 f. (geringe Gerichtspraxis zeige eher, dass sich die Wahl des Vollmachtsstatuts bewährt habe); *Spellenberg*, Vertreterverträge 170 (Rechtswahl im deutschen IPR häufiger »als man gemeinhin denkt«).

<sup>90</sup> *Mario Giuliano/Paul Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht: ABl. 1980 C 282/13. Weitere Gründe sind darin zu sehen, dass das EVÜ nicht in Wettbewerb zum HStÜ treten sollte, und vor allem darin, dass die Divergenzen zwischen den nationalen Kollisionsrechten die Einigung auf eine einheitliche Regelung erschwerten, siehe *Schwarz* 733 m. w. N.; *Spellenberg*, Vertreterverträge 152; *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 108.

<sup>91</sup> Übersicht bei *Schwarz* 774 N. 230; *Max Planck Institute*, Comments Green Paper Rome I (oben N. 57) 93; *Reithmann/Martiny* (-Hausmann) Rz. 5445; Münch. Komm. BGB (-Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 91 f. mit N. 207; *Cläßen* 115 ff.; sowie *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 109 mit Nachweisen aus dem älteren Schrifttum.

<sup>92</sup> Dazu nur *Max Planck Institute*, Rome I Proposal 305 f. (der Dritte müsse das anwendbare Recht und damit den Umfang der Vertretungsmacht möglichst schon von Beginn des Kontakts an erkennen können); v. *Bar* Rz. 586.

<sup>93</sup> *Cläßen* 59 ff.; *Reithmann/Martiny* (-Hausmann) Rz. 5445; *Karsten* Tz. 66 f.; *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 109; *Schwarz* 775.

<sup>94</sup> Zusätzlich zu den im Folgenden angesprochenen Problemfeldern stellt sich die Frage, ob die Rechtswahl einer besonderen Form unterliegen soll, wie dies Art. 14 HStÜ (Schriftform) vorsieht, dazu noch unten IV.4.c).

Erkennbarkeit der Rechtsmacht seines Verhandlungspartners.<sup>95</sup> Nicht einheitlich beurteilt wird deshalb, wem die Rechtswahl zustehen soll.<sup>96</sup> Artikel 14 HStÜ und mit ihm einige andere Rechtsordnungen ordnen eine gemeinsame Bestimmung durch Geschäftsherrn und Dritten an. Das Einverständnis des Dritten wird als erforderlich angesehen, da die Rechtswahl auch ihn betreffe.<sup>97</sup> Dass diese Rechtswahl auch für den Vertreter erkennbar ist, fordert das HStÜ nicht.<sup>98</sup> Dies überzeugt nicht: Wegen der möglichen Folgen für eine Eigenhaftung des Vertreters ist zu verlangen, dass auch der Vertreter erkennen kann, nach welchem Recht er agiert.<sup>99</sup> Andere überlassen dem Geschäftsherrn die einseitige Bestimmung und verlangen zusätzlich, dass seine Wahl den übrigen Beteiligten vor Vertragsschluss bekannt oder jedenfalls erkennbar ist.<sup>100</sup> Im Ergebnis sollte die Diskussion nicht überbewertet werden:<sup>101</sup> Indem der Dritte in Kenntnis der Rechtswahl mit dem Vertreter kontrahiert, erklärt er sich konkludent mit dieser Wahl einverstanden.<sup>102</sup> Doch bleiben einige Argumente zugunsten der zweitgenannten Lösung, die Interessen des Dritten allein mit einem Erkennbarkeitserfordernis zu berücksichtigen: Es wird gesagt, dass diese Lösung der materiell-rechtlichen Seite der Bevollmächtigung eher entspreche, dass sie bei Dauervollmachten für Geschäfte mit verschiedenen Dritten praktikabler sei und dass die erstgenannte Lösung zwingend einen unerwünschten Statutenwechsel nach

<sup>95</sup> Allgemein zu diesem Schutzbedürfnis, gerade im internationalen Rechtsverkehr, *Ole Lando/Peter Arnt Nielsen*, The Rome I Proposal: J. Priv. Int. L. 3 (2007) 29–51 (42); *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 109; *Schwarz* 740f.; *Steding* 42.

<sup>96</sup> Überblick, auch zu ausländischen Kollisionsrechten, bei *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5446; *Schwarz* 777ff.

<sup>97</sup> Zürcher Kommentar zum IPRG<sup>2</sup> (-*Max Keller/Daniel Girsberger*) (2004) Art. 126 Rz. 50 (zitiert: Zürcher Komm. [-*Bearb.*]); *Verhagen* 124f.; *Claßen* 139ff.

<sup>98</sup> *Verhagen* 359.

<sup>99</sup> *Basedow* (oben N. 19) 209; *de Quenaudon* 600ff.; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5449 m. w. N.; a. A. *Claßen* 141 (Vertreter hat Freistellungsanspruch im Innenverhältnis); offenbar auch *Steding* 45f.; allgemein zum Erkennbarkeitserfordernis *Schwarz* 788ff. – Zum Teil wird darüber hinaus eine Zustimmung des Vertreters, im Ergebnis also eine dreiseitige Rechtswahl, verlangt, *Münch. Komm. BGB (-Spellenberg)* Vor Art. 11 EGBGB Rz. 96; *PWW (-Mörsdorf-Schulte)* (oben N. 67) Vor Art. 7 bis 12 EGBGB Rz. 9; *de Quenaudon* 601f. Allerdings liegt darin, dass der Vertreter von der Vollmacht Gebrauch macht, eine konkludente Zustimmung.

<sup>100</sup> *Von Staudinger (-Magnus)* (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A12; *Eugenia Kurzynsky-Singer*, Anknüpfung und Reichweite des Vollmachtsstatuts (2005) 178; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5446f., 5449; *Ruthig* 124f.; *Lüderitz* (oben N. 68) 319; *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 109. Auch hier sind Nuancierungen denkbar, vgl. *Palandt (-Thorn)* Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 1 (klare und eindeutige Mitteilung des Geschäftsherrn an Vertreter und Dritten); *Abbo Junker*, Internationales Privatrecht (1998) Rz. 336 (Vertreter bekannt, Drittem erkennbar); *Max Planck Institute*, Rome I Proposal 311 (Vertreter und Drittem erkennbar).

<sup>101</sup> Geringe praktische Relevanz messen der Frage zu *Münch. Komm. BGB (-Spellenberg)* Vor Art. 11 EGBGB Rz. 98; *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 101.

<sup>102</sup> Zürcher Komm. (-*Keller/Girsberger*) (oben N. 97) Art. 126 Rz. 50; *Verhagen* 124f.; *Ruthig* 124.

sich ziehe, da bis zur Zustimmung des Dritten eine objektive Anknüpfung vorzunehmen sei.<sup>103</sup> Aufgrund dieser praktischen Vorzüge scheint die einseitige Rechtswahl regelungstechnisch einfacher und ohne nennenswerte Einbußen beim Schutz des Dritten umzusetzen.

Die Frage, ob auch der Vertreter selbst die Rechtswahl treffen darf, beantwortet sich – unabhängig von bilateraler oder unilateraler Konstruktion der Rechtswahl – aus der Stellvertretungssituation heraus: Wenn der Geschäftsherr den Vertreter zur Wahl des Geschäftsstatuts ermächtigen kann, muss es ihm auch gestattet sein, dem Vertreter die Wahl des Vollmachtsstatuts zu überlassen.<sup>104</sup> Zwar könnte der Vertreter auf diese Weise seine Rechtsmacht erweitern, indem er eine Rechtsordnung wählt, die ihm – etwa im Falle der Generalvollmacht – besonders umfangreiche Befugnisse einräumt.<sup>105</sup> Doch bedarf der Geschäftsherr keines Schutzes vor einem derartigen Vorgehen, da er selbst es war, der dem Vertreter diesen Weg eröffnet hat.<sup>106</sup> Nichts hindert ihn, den Kreis der wählbaren Rechtsordnungen zu begrenzen.<sup>107</sup> Für das optionale Instrument heißt das: Der Geschäftsherr wäre in der Lage, dem Vertreter die Befugnis einzuräumen, nach optionalem Instrument zu kontrahieren und zugleich seine Vollmacht dem optionalen Instrument zu unterstellen.

Als problematisch kann sich zweitens herausstellen, dass es sich – unabhängig von der Person des Wählenden – meist um eine nachträgliche Rechtswahl handeln wird. Zumindest wenn nicht der Vertreter gleich zu Beginn eine Urkunde vorlegt, aus der sich das maßgebliche Recht ergibt, werden Fragen des anwendbaren Rechts selten den Einstieg in eine Verhandlung darstellen. Die Vollmacht ist dann zunächst objektiv anzuknüpfen. Erfolgt nun eine Rechtswahl, so ändert sich das Vollmachtsstatut mit

<sup>103</sup> *Max Planck Institute*, Rome I Proposal 311; *Schwarz* 778 ff.; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5446; *Ruthig* 124 f.

<sup>104</sup> Für eine Rechtswahl durch den dazu bevollmächtigten Vertreter ebenfalls Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 97; *ders.*, *Vertreterverträge* 168; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5449; *Verhagen* 356 f.; *Claßen* 101 ff.; *Niemann* (oben N. 85) 153 N. 792; *Schwarz* 787 f.; *de Quenaudon* 601; offenbar skeptisch *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 109.

<sup>105</sup> Vgl. *Karsten* Tz. 225; vgl. auch OLG Karlsruhe 8. 5. 1998, MDR 1998, 1470–1471 (1471).

<sup>106</sup> Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 97; *Gamal Moursi Badr*, *Agency: Unification of Material Law and of Conflict Rules: Rec. des Cours* 184 (1984-I), hrsg. von der Académie de droit international (1985) 9–168 (94 f.); *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5449; *Schwarz* 787. Unklar zur Beteiligung des Geschäftsherrn an einer Rechtswahl zwischen Vertreter und Drittem v. *Staudinger (-Magnus)* (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A12.

<sup>107</sup> *Schwarz* 787 f. (mit dem Hinweis, dass die Flexibilität, die der Vertreter dadurch in den vom Geschäftsherrn gezogenen Grenzen erhält, gerade im Interesse des Geschäftsherrn liegen kann); *Claßen* 104; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5449.

Wirkung *ex tunc*.<sup>108</sup> Dies mögen die Beteiligten als misslich empfinden, wenn sich dadurch der Verhandlungsspielraum des Vertreters ändert; besondere Folgen müssen – falls die Rechtswahl für den Vertreter erkennbar (siehe oben) – vor Abschluss des Hauptgeschäfts nicht daran geknüpft werden, da sich die Beteiligten auf die Änderung einstellen können.<sup>109</sup> Erst nach Abschluss des Hauptgeschäfts kann die Rechtswahl in bestehende Rechte eines Dritten, nämlich des Vertreters, eingreifen, falls sie die Vertretungsmacht entfallen lässt.<sup>110</sup> Für diesen Fall wird, teils unter Berufung auf den in Art. 3 II 2 Rom I-VO zu findenden Rechtsgedanken, die Zustimmung aller Beteiligten gefordert.<sup>111</sup> Übertragen auf die Vereinbarung eines optionalen Instruments hieße das, dass alle drei Beteiligten mit dessen Geltung einverstanden sein müssten.

### c) Sonderfall: Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins

Der DCFR enthält in Art. 6:103(3) auch eine Regel zur Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Eine entsprechende Regel in einem optionalen Instrument könnte durch Rechtswahl nicht zur Anwendung gebracht werden:<sup>112</sup> Im Fall des gänzlichen Fehlens einer Vollmacht leuchtet das unmittelbar ein. Fehlt eine Willensäußerung des Geschäftsherrn völlig, kann er auch nicht an einer Rechtswahl beteiligt sein.<sup>113</sup> Was im Fall der Überschreitung einer scheinbar weiter reichenden Vollmacht<sup>114</sup> gilt, für die eine

<sup>108</sup> *Ruthig* 125f.; generell zur *ex tunc*-Wirkung der nachträglichen Rechtswahl Münch. Komm. BGB (-*Dieter Martiny*) Art. 3 Rom I-VO Rz. 80; *Palandt* (-*Thorn*) Art. 3 Rom I-VO Rz. 11; *PWW* (-*Brödermann/Wegen*) (oben N. 67) Art. 3 Rom I Rz. 22.

<sup>109</sup> *Ruthig* 125f.

<sup>110</sup> Falls die Rechtswahl zum Entstehen ausreichender Vertretungsmacht führt, bedarf der Vertreter keines Schutzes, da er nicht vor einer Verbesserung seiner Rechtsposition bewahrt werden muss, vgl. Münch. Komm. BGB (-*Martiny*) Art. 3 Rom I-VO Rz. 86; a. A. offenbar *Bamberger/Roth* (-*Mäsch*) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 100.

<sup>111</sup> *Schwarz* 780 (zum Rom I-Entwurf); *Gefried Fischer*, Anscheinsvollmacht, Vollmachtsstatut und Rechtswahl: IPRax 2005, 269–272 (272) (zu Art. 27 II 2 EGBGB a. F.); *Ulrich Bauer*, Grenzen nachträglicher Rechtswahl durch Rechte Dritter im Internationalen Privatrecht (1992) 31. Zu unflexibel *Ruthig* 126f. (Art. 27 II 2 EGBGB verbiete eine nachträgliche Rechtswahl); den Vertreterschutz vernachlässigend *Reithmann/Martiny* (-*Hausmann*) Rz. 5449 (Erkennbarkeit der Rechtswahl genüge) und *Verhagen* 358 (Rechtswahl zwischen Geschäftsherr und Drittem).

<sup>112</sup> Art. 1 II lit. g Rom-I VO erstreckt sich auch auf Rechtsscheinsvollmachten, Münch. Komm. BGB (-*Martiny*) Art. 1 Rom I-VO Rz. 68 m. w. N. zur früheren Rechtslage. Für eine außervertragliche Qualifikation von Duldungs- und Anscheinsvollmacht und Anwendung von Art. 12 Rom II-VO jetzt *Ivo Bach*, Zurück in die Zukunft – die dogmatische Einordnung der Rechtsscheinvollmacht im gemeineuropäischen IPR: IPRax 2011, 116–121 (118ff.).

<sup>113</sup> Vgl. nur Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 104.

<sup>114</sup> Dieser Fall ist insbesondere in Rechtsordnungen, die eine Kausalität zwischen Innen- und Außenverhältnis annehmen, von praktischer Relevanz, siehe *Kleinschmidt*, Stellvertretungsrecht (oben N. 70) 723.

Rechtswahl getroffen wurde, dürfte von der Auslegung der Rechtswahlklausel abhängen.<sup>115</sup> Meist dürfte sich der Wille zur Rechtswahl allein auf die tatsächlich erteilte Vollmacht erstrecken. Somit bleibt nur eine nachträgliche Rechtswahl, nachdem der Geschäftsherr von dem Geschäft erfahren hat. Dann lässt sich in seinem Verhalten aber ebenso gut die Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters erblicken, so dass es auf Fragen der Rechtsscheinsvollmacht nicht ankommt.

## 2. Bindung von Geschäftsherr und Drittem

Die Bestimmung der Reichweite des Vollmachtsstatuts gehört, sofern man nicht einen Gleichlauf zwischen Vollmachts- und Geschäftsstatut annimmt, zu den schwierigsten Problemen des internationalen Stellvertretungsrechts. Problematisch ist daran unter anderem, ob die Wirkungen des Vertreterhandelns für das Hauptgeschäft, also vor allem die Antwort auf die Frage, ob das Vertreterhandeln den Geschäftsherrn und den Dritten aneinander binden kann, dem Vollmachtsstatut oder dem Geschäftsstatut zu entnehmen sind. Das deutsche Kollisionsrecht überlässt diese Frage nach überwiegender Ansicht dem Geschäftsstatut.<sup>116</sup> Im Falle einer Rechtswahl für den Hauptvertrag kommt also dieses vereinbarte Recht zur Anwendung. Viele andere europäische Rechtsordnungen hingegen entscheiden sich für ein weites einheitliches »Statut der gewillkürten Stellvertretung«<sup>117</sup>, lassen also auch hier nicht das Geschäftsstatut, sondern das Vollmachtsstatut zur Anwendung kommen. Hinter dieser Auffassung steht das Bestreben, alle Fragen, die sich aus dem Einsatz eines Vertreters ergeben, einem einheitlichen Recht zu unterstellen.<sup>118</sup> Es wird als merkwürdig angesehen, wenn ein Recht darüber befindet, ob ein Vertreter Vertretungsmacht hat, und ein anderes dazu berufen ist, über die Rechtsfolgen dieser Tatsache zu entscheiden.<sup>119</sup>

Merkwürdig ist freilich vor allem, dass diese Streitfrage trotz der Rom I-VO fortbesteht. Der Wortlaut des oben zitierten Ausnahmetatbestands in Art. 1 II lit. g Rom I-VO deutet eher auf ein enges Verständnis hin, liefert aber keine zweifelsfreie Antwort.<sup>120</sup> Der offizielle Bericht zur – nahe-

<sup>115</sup> A. A. *Ruthig* 132 (stets Erstreckung der Rechtswahl auf die Rechtsscheinsvollmacht).

<sup>116</sup> *Bamberger/Roth (-Mäsch)* Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 93, 99; *Erman (-Hohlloch)* (oben N. 89) Anh. I zu Art. 37 EGBGB Rz. 6; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5534; *Rabel* (oben N. 87) 833f.; weitere Nachweise bei *Schwarz* 794 N. 319f.

<sup>117</sup> *François Rigaux*, *Le statut de la représentation* (1963) 226ff.; *Tito Ballarino*, *Diritto internazionale privato*<sup>13</sup> (1999) 740; *Schwarz*, *Stellvertretung* (IPR) (oben N. 65) 1445.

<sup>118</sup> *Rigaux* (vorige Note) 248; *Schwarz* 795 m. w. N.

<sup>119</sup> *Verhagen* 124; *Schwarz* 795; *Max Planck Institute*, *Comments Green Paper Rome I* (oben N. 57) 97; ebenso, allerdings mit anderer Schlussfolgerung, *Watts/Reynolds* Rz. 12–013.

<sup>120</sup> Die Frage wird im Grunde nicht thematisiert, Antworten sind in aller Regel aus dem

zu wortgleichen – Vorgängernorm im EVÜ folgte offenbar dem weiten Verständnis,<sup>121</sup> ebenso der Wortlaut von Art. 7 des Entwurfs zur Rom I-VO.<sup>122</sup> Letztlich muss die Frage vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) entschieden werden.<sup>123</sup> Bis dahin werden die nationalen Kollisionsrechte wohl ihrem tradierten Vorgehen anhängen.

Für ein optionales Vertragsrecht bedeutet dieser Befund Folgendes:<sup>124</sup> Nach engem Verständnis der selbständigen Anknüpfung kämen optionale Stellvertretungsregeln unproblematisch zur Anwendung, soweit sie die Wirkungen des Vertreterhandelns betreffen. Vereinbaren die Parteien das optionale Instrument als anwendbares Recht für das Hauptgeschäft, so wären

---

Zusammenhang zu erschließen. Für ein enges Verständnis *Watts/Reynolds* Rz. 12-012; *Palandt (-Thorn)* Art. 1 Rom I-VO Rz. 13 (»Fragen der Vertretungsmacht«); *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5421 (»Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht aus dem sachlichen Anwendungsbereich des internationalen Vertragsrechts«); *Harald Koch/Ulrich Magnus/Peter Winkler v. Mohrenfels*, IPR und Rechtsvergleichung<sup>4</sup> (2010) § 5 Rz. 78 (»Vollmacht«); *Lagarde/Tenenbaum* (oben N. 62) 734 (Ausschluss betrifft die »pouvoir de représentation de l'intermédiaire«). Für ein weites Verständnis Münch. Komm. BGB (-*Martiny*) Art. 1 Rom I-VO Rz. 68 (Stellvertretung insoweit ausgenommen, »als es um die Frage geht, ob und wieweit natürliche sowie juristische Personen Dritten gegenüber verpflichtet werden können«); *Juris-Praxiskommentar BGB<sup>5</sup> (-Rembert Süß)* (2010) Anh. zu Art. 11 EGBGB Rz. 1 (»Vertretung und Vollmacht«); *Juris-Praxiskommentar BGB<sup>5</sup> (-Wolf-Georg Ringe)* (2010) Art. 1 Rom I-VO Rz. 39 (»erfasst sind alle Wirkungen der Stellvertretung«); *Francisco J. Garcimartín Alférez*, The Rome I Regulation: Much ado about nothing?: *Eur. Leg. Forum* 2008, 1-61-76 (1-64) (»external dimension of agency contracts or legal representation«); *Stefan Leible/Matthias Lehmann*, Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (»Rom I«); *RIW* 2008, 528-544 (530) (ausgeschlossen bleibe »weiterhin das Recht der Vertretung«); *Peter Mankowski*, Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge: *Internationales Handelsrecht (IHR)* 2008, 133-152 (134) (»Vertretungsfragen«); wohl auch *Plender/Wilderspin* (oben N. 85) Rz. 5-048.

<sup>121</sup> *Giuliano/Lagarde* (oben N. 90) 13 (»Dieser Ausschluss betrifft [...] die Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertretenen und etwaigen Dritten und insbesondere die Frage, ob der Vertretene durch die Rechtshandlungen, die der Vertreter in einem konkreten Falle vorgenommen hat, gegenüber Dritten gebunden werden konnte«); siehe auch *Lando/Nielsen* (oben N. 95) 40; für ein enges Verständnis demgegenüber *Dietmar Czernich/Helmut Heiss (-Kristin Nemeth)*, EVÜ, Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen (1999) Art. 1 Rz. 52.

<sup>122</sup> *Spellenberg*, Vertreterverträge 161 ff., 171; *Mankowski*, Rom I-Vorschlag 108; *Eva Lein*, Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) COM (2005) 650 final, 15. 12. 2005, A Short Commentary: *Yearbook PIL* 7 (2005) 391-413 (406); *Max Planck Institute*, Rome I Proposal 303; a.A. aber *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5422.

<sup>123</sup> Entscheidet sich der EuGH dabei für ein weites Verständnis, wären Mitgliedstaaten, die dem engen Verständnis anhängen, freilich nicht daran gehindert, die Wirkungen der Stellvertretung aufgrund ihres autonomen IPR weiterhin dem Geschäftsstatut zu unterstellen.

<sup>124</sup> Gerade hier zeigt sich, wie misslich es wäre, auf Vertretungsregeln in einem optionalen Instrument komplett zu verzichten: Die Anknüpfung der Vertretungsfolgen an das Geschäftsstatut nach dem engen Verständnis liefe ins Leere. Es müsste dann für diese externe Lücke zusätzlich ein Geschäftsstatut nach Rom I-VO, also neben optionalem Instrument und Vollmachtsstatut noch eine dritte anwendbare Rechtsordnung, bestimmt werden. In der Regel dürften hier die objektiven Anknüpfungsregeln der Rom I-VO zum Zuge kommen.

diesem Recht auch die Wirkungen des Vertreterhandelns zu entnehmen. Aus Sicht eines Kollisionsrechts, das dem weiten Verständnis folgt, wären entsprechende Regeln in einem optionalen Instrument dagegen bedeutungslos; sie wären von dem Verweis nicht erfasst. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die Parteien zugleich auch für das Vollmachtsstatut das optionale Instrument vereinbarten oder wenn dieses Instrument eine eigene Kollisionsnorm bereithielte, die das autonome IPR verdrängt.

Die hier zu den Wirkungen des Vertreterhandelns angestellten Überlegungen gelten entsprechend für Fragen der Zulässigkeit einer Stellvertretung und für weitere Voraussetzungen wie die Offenkundigkeit der Stellvertretung. Sie erstrecken sich insbesondere auch auf die Problematik, welche Folgen eine mittelbare Stellvertretung oder eine »undisclosed agency« für das Verhältnis von Geschäftsherr und Drittem hat<sup>125</sup> – insbesondere also, ob diese beiden Beteiligten direkt gegeneinander vorgehen können.<sup>126</sup>

### 3. Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem

Von Interesse ist zuletzt das Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem und hier vor allem die Haftung des Vertreters als *falsus procurator*. Aus dem deutschen internationalen Stellvertretungsrecht sind zwei Ansätze geläufig, die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht einzuordnen, nämlich entweder als Frage des Geschäftsstatuts oder – so die wohl überwiegende Ansicht – als Frage des Vollmachtsstatuts.<sup>127</sup> Wer sich für eine Zuordnung

<sup>125</sup> Für Anwendung des Vollmachtsstatuts *Steding* 47; *Schwarz* 795 ff.; im deutschen IPR überwiegt die Subsumtion unter das Geschäftsstatut: Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 135 m. w. N.; v. *Staudinger* (-*Magnus*) (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A40; so auch *Watts/Reynolds* Rz. 12–028 ff.

<sup>126</sup> Überblick zur materiell-rechtlichen Seite bei *Hugh Beale/Bénédicte Fauvarque-Cosson/Jacobiens Rutgers/Denis Tallon/Stefan Vogenauer*, Cases, Materials and Text on Contract Law<sup>2</sup> (2010) 1277 ff.; *Danny Busch*, Indirect Representation in European Contract Law (2005); *Kötz* 332 f., 364 ff.; *Moser* (oben N. 18); *Ranieri* (oben N. 44) 476 ff. – Bei teleologischer Betrachtung dienen Direktansprüche zwischen Geschäftsherr und Drittem vor allem dem Schutz vor einer Insolvenz des dazwischengeschalteten Intermediärs, *Thomas Krebs*, Agency Law for Muggles: Why There is no Magic in Agency, in: Contract Formation and Parties, hrsg. von *Andrew Burrows/Edwin Peel* (2010) 205–224 (212 ff.); *Kleinschmidt*, Stellvertretung (oben N. 18) 1439 f. Ob vor diesem Hintergrund eine andere Qualifikation, die Direktansprüche weder dem Geschäftsstatut noch dem Vollmachtsstatut, sondern einem Statut, das – etwa in Anlehnung an die EulnsVO – dem Insolvenzbezug Rechnung trägt, angezeigt ist, kann im vorliegenden Rahmen nicht vertieft werden.

<sup>127</sup> Für die überwiegende Ansicht v. *Staudinger* (-*Magnus*) (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A53; *Reithmann/Martiny* (-*Hausmann*) Rz. 5542; *Palandt* (-*Thorn*) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 3, jeweils m. w. N. zum Streitstand; für Geschäftsstatut *Erman* (-*Hohlloch*) (oben N. 89) Anh I zu Art. 37 EGBGB Rz. 19; v. *Bar* Rz. 593. Zur rechtsvergleichenden Bestandsaufnahme, nach der ebenfalls die Befürworter des Vollmachtsstatuts in der Mehrzahl gesehen werden, siehe *Schwarz* 798. Eine deliktsrechtliche Qualifikation als dritte denkbare Möglich-

zum Geschäftsstatut entscheidet, hat wiederum keine Schwierigkeiten, optionale Regeln auf diesen Komplex anzuwenden. Zwar hat die Rechtswahl für den Hauptvertrag damit – anders als im Fall der gegläuckten Vertretung – negative Auswirkungen auf die Position des Vertreters; doch verdient der Vertreter keinen Schutz, wenn und weil er an dieser Rechtswahl in der Regel selbst mitgewirkt hat oder sie ihm jedenfalls erkennbar war. Wer hingegen, wie zum Beispiel Art. 15 HStÜ, die Unterstellung unter das Vollmachtsstatut vorzieht, muss wiederum nach dessen Wählbarkeit fragen. Artikel 7 IV Rom I-Entwurf hatte eine derartige subjektive Anknüpfung des Verhältnisses zwischen Vertreter und Drittem ausgeschlossen und war dafür teilweise kritisiert worden.<sup>128</sup> Um Widersprüche zu vermeiden, die sich aus der Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf die Wirksamkeit des Hauptvertrages und auf die Haftung des Vertreters ergeben können, sei auch hier eine Wahl des Vollmachtsstatuts zuzulassen, sofern sie dem Vertreter, dessen Belange sie berührt, erkennbar war.<sup>129</sup> Geht es ausschließlich um die Eigenhaftung des Vertreters, wird teilweise auch eine Rechtswahl nur zwischen Vertreter und Drittem für ausreichend gehalten.<sup>130</sup> Für die Übertragung auf die Vereinbarung optionaler Regeln gilt somit das zuvor für die Wahl des Vollmachtsstatuts Gesagte.

#### IV. Schlussfolgerungen

Das Ergebnis dieser Analyse der Anwendbarkeit optionaler Stellvertretungsregeln ist ernüchternd. Für die gesetzliche, insbesondere die organ-schaftliche Vertretung bleibt es beim Rückgriff auf IPR und Sachrecht außerhalb eines optionalen Instruments. Auch für das Statut der gewillkürten Vertretung kommen in Ermangelung einer europäischen Kollisionsnorm weiterhin die mitgliedstaatlichen Kollisionsrechte zum Zuge – unter der

---

keit, die sich etwa vor dem Hintergrund des französischen Rechts eröffnet, wo der *falsus procurator* aufgrund der deliktischen Generalklausel haftet (vgl. Kleinschmidt, Stellvertretungsrecht [oben N. 70] 729), soll hier außer Betracht bleiben, dazu Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5544; *Christian v. Bar*, Ein gemeinsamer Referenzrahmen für das marktrelevante Privatrecht in der Europäischen Union, in: FS Erik Jayme (2004) 1217–1231 (1225). – Soweit das Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem vertraglicher Natur ist, kann darauf die Rom I-VO Anwendung finden, siehe Jonathan Hill/Adeline Chong, International Commercial Disputes (2010) Rz. 14.1.16; zum EVÜ Giuliano/Lagarde (oben N. 90) 13.

<sup>128</sup> Siehe Max Planck Institute, Rome I Proposal 309 f.; zustimmend dagegen Mankowski, Rom I-Vorschlag 109, um dem Vertreter keine »Manipulationsmöglichkeiten mit Einfluss auf seine eigene Haftung« zu geben.

<sup>129</sup> Vgl. Max Planck Institute, Rome I Proposal 310 m. w. N. auch zu anderen europäischen Kollisionsrechten. Enger v. Staudinger (-Magnus) (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A57, der eine dreiseitige Rechtswahl fordert.

<sup>130</sup> Von Staudinger (-Magnus) (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A57; Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5543; OLG Karlsruhe 8. 5. 1998 (oben N. 105) 1471.

Prämisse, dass sich der Anwendungsbereich der Vereinbarung eines optionalen Instruments mit der Reichweite einer Rechtswahl nach Rom I-VO deckt. Fehlt eine Wahl des Vollmachtsstatuts, folgt daraus häufig – jedenfalls sofern das mitgliedstaatliche IPR nicht eine akzessorische Anknüpfung an das Geschäftsstatut vorschreibt – die Anwendung nationalen Rechts. Stellvertretungsregeln in einem optionalen Instrument wären dann ohne Bedeutung; das Vereinheitlichungsziel würde verfehlt. Kommt es zu einer Rechtswahl, so unterliegt sie national divergierenden Voraussetzungen. Sie könnte allerdings immerhin zur Anwendbarkeit vieler, jedoch nicht aller optionaler Regeln führen – eine Ausnahme bildet beispielsweise die Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. Vor diesem Hintergrund sind nun verschiedene Optionen durchzuspielen, wie diesem Befund – bezogen auf die gewillkürte Vertretung – abgeholfen werden könnte.

### 1. Verzicht auf Vertretungsregeln in einem optionalen Instrument

Eine erste Option könnte darin bestehen, angesichts all dieser Schwierigkeiten doch auf Regeln zur Stellvertretung in einem optionalen Instrument zu verzichten und damit, wie oben II. ausgeführt, eine externe Lücke zu schaffen. Diese Lösung könnte sich zugutehalten, keine falschen Vorstellungen zu wecken, indem detaillierte Regelungen in ein Instrument aufgenommen werden, die darin in nur sehr begrenztem Umfang zum Einsatz kommen können. Sie würde aber zugleich in diesem reduzierten Umfang eine einheitliche Beurteilung eines Vertragsschlusses nach optionalem Vertragsrecht verhindern. Denn, wie gesehen, besteht für Fragen, die dem Geschäftsstatut zugeschlagen werden, ebenso ein Bedarf nach Regeln in dem optionalen Instrument wie für alle übrigen Vertretungsfragen, sofern sie akzessorisch an das Geschäftsstatut angeknüpft werden. Diese Option kann daher nicht überzeugen.

### 2. Materiell-rechtliche Harmonisierung des Stellvertretungsrechts

Die entgegengesetzte Extremposition bildet eine materiell-rechtliche Harmonisierung des Stellvertretungsrechts. Als Einheitsrecht würde ein Harmonisierungsinstrument innerhalb seines Anwendungsbereichs einen Rückgriff auf nationales Kollisionsrecht entbehrlich machen. Es wären zudem nicht nur die Probleme einer Abgrenzung zwischen Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut weitgehend erledigt. Auch die mit einer Wahl des Vollmachtsstatuts verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere der Nachteil eines Statutenwechsels, wären gelöst. Bei all diesen Vorteilen darf jedoch nicht übersehen werden, dass diese Option kaum Erfolgsaussichten hätte.

Die Unterschiede im materiellen Stellvertretungsrecht dürften gegenwärtig noch als zu groß und unüberwindbar angesehen werden. Das gilt insbesondere für die Konzeptionen auf dem Kontinent einerseits und im *common law* andererseits. Zwar spricht einiges dafür, dass diese Unterschiede in Wirklichkeit nicht so groß sind, wie häufig angenommen wird.<sup>131</sup> Der geringe Erfolg des Genfer Übereinkommens gibt jedoch beredtes Zeugnis von dem Widerstand ab, mit dem ein Versuch der Vereinheitlichung des materiellen Stellvertretungsrechts rechnen müsste.

### 3. Ergänzung der Rom I-VO

Erscheint eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts somit als wenig realistisch, bleibt eine Lösung auf der Ebene des IPR zu erwägen. Als erste kollisionsrechtliche Option kommt eine Ergänzung der Rom I-VO um eine Norm für das Vollmachtsstatut in Betracht. Diese Option hätte den Vorteil einer über den unmittelbaren Regelungsbedarf für ein optionales Vertragsrecht hinausgehenden Regelung, die einen Vereinheitlichungsfortschritt auf dem Gebiet des internationalen Stellvertretungsrechts allgemein mit sich bringen würde. Auf diesem Wege könnte eine Lücke in der Rom I-VO geschlossen und damit nachgeholt werden, was sich bei der Verabschiedung der Verordnung nicht durchsetzen ließ. Hatte der Verordnungsentwurf noch einen – als »weitgehend missglückt«<sup>132</sup> bezeichneten – zumindest teilweise am HStÜ orientierten Regelungsvorschlag für »Vertreterverträge« enthalten, war dieser Komplex im weiteren Verlauf der Gesetzgebung aus dem Verordnungstext verschwunden. Es heißt, der Vorschlag sei auf Bestreben des Vereinigten Königreichs entfallen, zudem aufgrund der Komplexität der Materie und der Kritik in der Fachwelt.<sup>133</sup> Ein erneuter Anlauf zu einer Vereinheitlichung könnte sich auf umfangreiche Vorarbeiten zum internationalen Stellvertretungsrecht stützen.<sup>134</sup> Es bliebe das – bereits heute unter Geltung des Art. 1 II lit. g Rom I-VO bestehende – Problem, den Anwendungsbereich des Geschäftsstatuts und des Vollmachtsstatuts möglichst trennscharf voneinander abzugrenzen. Dieses Problem sollte bei einer Er-

<sup>131</sup> Siehe z. B. das Fazit von Moser (oben N. 18) 495 ff.; auch Bonell (oben N. 70) 397; Kleinschmidt, Stellvertretung (oben N. 18) 1437 ff.; Kleinschmidt, Vertretungsmacht (oben N. 44) 1710 ff.

<sup>132</sup> Leible/Lehmann (oben N. 120) 528; zur Kritik siehe auch Paul Lagarde, Remarques sur la proposition de règlement de Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I): Rev. crit. d.i.p. 95 (2006) 331–359 (343 f.); Max Planck Institute, Rome I Proposal 298 ff.

<sup>133</sup> Stéphanie Françoise, Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles: Clunet 2009, 41–69 (66); Reithmann/Martiny (-Hausmann) Rz. 5423.

<sup>134</sup> Siehe u. a. den konkreten Formulierungsvorschlag in Max Planck Institute, Rome I Proposal 298 f.

gänzung der Verordnung mitbedacht und durch eine eigene Abgrenzungsvorschrift gelöst werden.

Darüber, ob ein Versuch, das IPR der Stellvertretung doch noch in der Rom I-VO zu erfassen, gelingen kann, wenn er als flankierende Maßnahme zur Ausarbeitung eines optionalen Vertragsrechts begriffen wird, kann im Grunde nur spekuliert werden. Zwei Schwierigkeiten müssten bei diesem Versuch jedenfalls berücksichtigt werden: (1) Mit dem Vorteil, eine Regel für das internationale Stellvertretungsrecht zu entwickeln, die über ein optionales Instrument hinaus zur Verfügung steht, geht eine erhebliche Komplizierung der Aufgabe einher. Für die Zwecke eines optionalen Instruments würde letztlich nur eine subjektive Anknüpfung benötigt. Eine umfassende Regelung des IPR der Stellvertretung bedürfte darüber hinaus und in erster Linie einer Regel zur objektiven Anknüpfung. Auch in diesem Bereich eine konsensfähige Lösung zu finden, dürfte ein weitaus ambitionierteres und entsprechend schwierigeres Unterfangen darstellen.<sup>135</sup> (2) Vor allem aber zeichnet sich gegenwärtig ab, dass ein optionales Instrument seine eigenen, gegenüber der Rom I-VO als *lex specialis* vorrangigen Kollisionsnormen mitbringen würde.<sup>136</sup> Ein optionales Instrument würde auf diese Weise nicht zu einer weiteren wählbaren Rechtsordnung im Rahmen der Rom I-VO,<sup>137</sup> sondern zu einem fakultativen Recht neben den bestehenden nationalen Rechtsordnungen mit einer eigenständigen Regelung seines Geltungsbereichs.<sup>138</sup> Der entscheidende Vorteil dieser Lösung liegt darin, dass

---

<sup>135</sup> Siehe allein die Wiedergabe des Streitstandes im deutschen IPR bei *Palandt (-Thorn)* Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 1; kollisionsrechtsvergleichender Überblick bei *Schwarz*, Stellvertretung (IPR) (oben N. 65) 1443 ff.; *Ruthig* 67 ff.; *Steding* 32 ff. – *Briggs* (oben N. 85) 269 (»the private international law of agency is apparently incapable of reform by conventions«); optimistischer *Eckart Brödermann*, Paradigmenwechsel im Internationalen Privatrecht: NJW 2010, 807–813 (812 N. 113) (»Einem Ausländer aus einem Drittstaat kann man die Unfähigkeit der Mitgliedstaaten, sich [im Stellvertretungsrecht] zu einigen, kaum erklären.«).

<sup>136</sup> Expert Group, Fifth Meeting (oben N. 27) 1. Dort ist von einer Verabschiedung eines optionalen Instruments als »uniform substantive law«, also internationalen Einheitsrechts, durch Verordnung die Rede. Ob man deshalb die in dem Instrument enthaltenen Regeln über dessen Vereinbarung als Kollisionsnormen bezeichnen will, macht in der Sache keinen Unterschied, solange diese Regeln Vorrang vor anderen Normen des IPR haben.

<sup>137</sup> So aber jüngst noch *Katharina Boele-Woelki/Anne Keirse/Sonja Krusinga*, Naar een contractrecht voor de Unie: Ned. Jbl. 2011, 58–65 (61).

<sup>138</sup> Dafür *Max Planck Institute*, European Contract Law Rz. 74 ff.; *Leible/Lehmann* (oben N. 120) 533 f.; *Dieter Martiny*, Common Frame of Reference und Internationales Vertragsrecht: ZEuP 15 (2007) 212–228 (218, 220, 228); *Leible* (oben N. 12) 1473; *ders.*, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht (2009) 37 f.; *Lagarde* 284; *Mankowski*, Rechtswahl 415 f.; *Michael Bogdan*, The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the choice of law by the parties: Ned. IPR 2009, 407–410 (407 f.); *Hannes Rösler*, Rechtswahl und optionales Vertragsrecht in der EU: EuZW 2011, 1; *Jürgen Basedow*, Der Gemeinsame Referenzrahmen und das Versicherungsvertragsrecht: ZEuP 15 (2007) 280–287 (285) (speziell zum Versicherungsvertragsrecht). – Einen zumindest konstruktiv etwas anderen Weg stellt es dar, zunächst mit Hilfe der bestehenden Kollisionsnormen

damit auch zwingendes nationales Recht, insbesondere zwingendes Verbraucherrecht, das sich andernfalls nach Art. 6 II Rom I-VO gegenüber einer Rechtswahl durchsetzen würde, abgewählt bzw. durch die Verbraucherschutzbestimmungen eines optionalen Instruments ersetzt werden kann.<sup>139</sup> Diese – für den EU-Gesetzgeber selbstverständliche<sup>140</sup> – Möglichkeit, derartige gegenüber der Rom I-VO spezielle Kollisionsnormen zu erlassen, benennt auch Erwägungsgrund 14 zur Rom I-VO ausdrücklich. Im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs eines optionalen Instruments würde die Rom I-VO nicht mehr gebraucht. Diese verdrängende Wirkung dürfte für das Stellvertretungsrecht gerade nicht eingreifen, wenn eine Kollisionsnorm für das Stellvertretungsrecht in der Rom I-VO über das anwendbare Stellvertretungsrecht bestimmen sollte. Die Folge wäre also eine Gemengelage von Kollisionsnormen und, damit einhergehend, Regelungsstrukturen, die komplexe Fragen der Abgrenzung und des Abgleichs der betroffenen Regelungen aufwerfen würde. Wo beginnt und wo endet der Anwendungsbereich der Kollisionsregeln des optionalen Instruments? Warum gelangt ein Teil der Regeln dieses Instruments aufgrund einer Kollisionsnorm in dem Instrument selbst, ein anderer Teil über externe Kollisionsnormen zur

---

das anwendbare Recht zu bestimmen und das optionale Instrument lediglich als eine fakultative Rechtsordnung innerhalb dieses nationalen Rechts zu begreifen, dafür *Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss* (oben N. 4) 33f.; *Helmut Heiss*, Party Autonomy, The Fundamental Principle in European PIL Contracts, in: *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, hrsg. von *Franco Ferrari/Stefan Leible* (2009) 1–16 (13ff.) (unter Hinweis auf die Drittstaatenproblematik) (zitiert: Party Autonomy); *Helmut Heiss/Noemi Downes*, Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law, Reflections from a Private International Law Perspective: *ERPL* 2005, 693–712 (707ff.) (zitiert: Non-Optional Elements); so auch der Ansatz des deutsch-französischen Güterstands der Wahl-Zugewinngemeinschaft, für den sich die Eheleute (nur) dann entscheiden können, wenn ihr Güterstand dem Sachrecht eines Vertragsstaates unterliegt. Wie weit beide Modelle (abgesehen von der Drittstaatenproblematik) auseinanderliegen, bedarf weiterer Überlegung: Sobald es um die Ergänzung des optionalen Instruments geht, muss auch nach der kollisionsrechtlichen *lex specialis*-Lösung eine subsidiär anwendbare nationale Rechtsordnung bestimmt werden. – Zu den denkbaren Möglichkeiten, die Option regelungstechnisch mit dem IPR zu verzeichnen, siehe außerdem *Matthias Lehmann*, Europäisches Vertragsrecht – 28th oder 2nd Regime?: *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2010, 261; *Mankowski*, Rechtswahl 413 (»Rangkollisionsnorm«); *Jürgen Basedow*, Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz, in: *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts*, FS Egon Lorenz (2004) 93–110 (102ff.); *Staudenmayer* (oben N. 88) 100ff.; Mitteilung der Kommission (oben N. 8) 19f.

<sup>139</sup> *Leible* (oben N. 12) 1473; *Herresthal* (oben N. 12) 10f.; *Martiny* (vorige Note) 227; *Heiss/Downes*, Non-Optional Elements (vorige Note) 701f.; *Staudenmayer* (oben N. 88) 103f.; *Christian v. Bar/Hans Schulte-Nölke*, Gemeinsamer Referenzrahmen für Europäisches Schuld- und Sachenrecht: *ZRPoL* 2005, 165–168 (167). Dagegen *Lagarde* 284, der trotz spezieller Kollisionsnorm die Rechtswahl im Übrigen der Rom I-VO und der Rom II-VO unterstellen will.

<sup>140</sup> *Ulrich Magnus*, Die Rom I-Verordnung: *IPRax* 2010, 27–44 (33); *Heiss*, Party Autonomy (oben N. 138) 13; siehe auch *Mankowski*, Rechtswahl 415f.

Anwendung? Nach alledem erscheint eine Lösung mit Hilfe einer Ergänzung der Rom I-VO als wenig »passgenau«.

#### 4. Regelung in einem optionalen Instrument

In Betracht zu ziehen ist deshalb schließlich eine zweite kollisionsrechtliche Option, nämlich die Regelung der Problematik in einem optionalen Instrument selbst. Diese Option vermeidet die beiden soeben skizzierten Schwierigkeiten. Sie kann zudem für sich den Vorteil der Regelungsklarheit in Anspruch nehmen, wenn die Anwendbarkeit eines optionalen Instruments in dem Instrument selbst geregelt wird.

Als Ausgangspunkt ist die Feststellung ins Gedächtnis zu rufen, die den Anstoß zu den hier angestellten Überlegungen gegeben hat: Die allgemeine Regel zur Wahl des Instruments für den Vertrag zwischen Geschäftsherr und Drittem kann nicht ohne Weiteres genügen, um auch die Stellvertreterregeln des Instruments zur Anwendung zu bringen, da sie nicht ausreichend den Belangen aller drei Beteiligten Rechnung trägt. Erforderlich ist also eine zusätzliche Kollisionsregel.

##### a) Keine teilweise Wahl eines optionalen Instruments

Ein kohärentes optionales Instrument kann die von ihm erhofften Wirkungen nur dann erzielen, wenn es möglichst *in toto* zur Anwendung kommt. Eine Art *dépeçage*<sup>141</sup> müsste in dem Instrument ausgeschlossen sein.<sup>142</sup> Dieser Ausschluss hätte als spezielle Vorschrift Vorrang vor der allgemeinen Zulässigkeit einer Teilrechtswahl.<sup>143</sup> Eine die Stellvertreterregeln betreffende zusätzliche Kollisionsregel darf deshalb nicht zur isolierten Anwendbarkeit

---

<sup>141</sup> Sofern die Stellvertretung als eine der selbständigen Anknüpfung unterliegende Teilfrage isoliert wird, handelt es sich strenggenommen nicht um eine Aufspaltung (*dépeçage*) des Vertrages als einheitlichem Anknüpfungsgegenstand. Die Problematik ist aus Sicht eines optionalen Instruments jedoch identisch.

<sup>142</sup> Siehe *Heiss/Downes*, Non-Optional Elements (oben N. 138) 703, 709f. (arg. kein Rosinenpicken mit dem Ziel, den Schutzstandard des zwingenden Rechts zu unterlaufen); sowie, speziell zum Versicherungsvertragsrecht, *Basedow/Birds/Clarke/Cousy/Heiss* (oben N. 4) 35 (mit Verweis auf Art. 3 der UNIDROIT Convention on International Factoring, die freilich ein *opt out*-Instrument darstellt); *Basedow* (oben N. 138) 105; wohl auch *Martiny* (oben N. 138) 223. Differenzierend *Max Planck Institute*, European Contract Law Rz. 90: Ausschluss der Teilrechtswahl nur für B2C-Verträge. A. A. *Mankowski*, Rechtswahl 417; *Lagarde* 285; speziell für die Vereinbarung der UNIDROIT PICC zwischen Geschäftsherr und Drittem *Bonell* (oben N. 41) 80. – Unbenommen bleibt es den Parteien natürlich in jedem Fall, von dispositiven Normen des Instruments abzuweichen, vgl. *Lagarde* 285; *Herresthal* (oben N. 12) 10; Art. II.-1:102(2) DCFR. Siehe auch Art. 5 Genfer Übk., der nur ein vollständiges »opt-out« oder eine Abweichung von dispositiven Vorschriften gestattet.

<sup>143</sup> Zutreffend *Mankowski*, Rechtswahl 417.

der Stellvertretungsregeln führen. Vielmehr darf optionales Stellvertretungsrecht nur zur Anwendung kommen, wenn auch der vom Vertreter ausgehandelte Vertrag den Regeln des optionalen Instruments unterliegt. Dem Geschäftsherrn sollte mangels eines darauf gerichteten Bedürfnisses die Möglichkeit abgeschnitten sein, eine Vollmacht nach optionalem Instrument erteilen zu können, wenn nicht auch der anvisierte Vertragsschluss nach dessen Regeln erfolgen soll. Umgekehrt hingegen ist eine Abwägung vonnöten zwischen den Nachteilen der Aufspaltung des einheitlichen Regelwerkes und den Vorteilen, einen Vertreter mit einer Vielzahl von Vertragsschlüssen aufgrund einer einheitlichen Vollmacht betrauen zu können.<sup>144</sup> Soll nun ein Vertreter, dessen Vollmacht sich nach dem Willen des Geschäftsherrn einheitlich nach einer nationalen Rechtsordnung richten soll, Verträge teils nach optionalem Vertragsrecht, teils nach anderen anwendbaren Rechten aushandeln, so entsteht ein Bedürfnis, das optionale Instrument *ohne* seine Stellvertretungsregeln anzuwenden. Diesem Bedürfnis ist nicht zu entsprechen. Bei jeder Teilrechtswahl müssen die Parteien den Versuch, möglichst große Anknüpfungsgerechtigkeit zu erzielen, gegen die damit einhergehende gesteigerte Komplexität abwägen.<sup>145</sup> Im besonderen Fall der Vereinbarung eines optionalen Vertragsrechts sollte dieser Komplexität von vornherein entgegengewirkt werden: Seine Regelungsklarheit und Kohärenz kann ein optionales Instrument dann am besten entfalten, wenn es insgesamt zur Anwendung kommt. Wegen seiner Unabhängigkeit von den divergierenden nationalen Kollisionsrechten kann ein optionales Instrument in besonderem Maße eine einheitliche Beurteilung der Vollmacht garantieren. Zudem bleibt der Kreis der auf die Vollmacht anzuwendenden Rechte auf zwei beschränkt: entweder sind dies die Regeln des optionalen Instruments, wenn für den anvisierten Vertrag optionales Vertragsrecht gewählt wird, oder die Regeln einer sonstigen Rechtsordnung, der die Vollmacht aufgrund Rechtswahl für Vertragsschlüsse nach allen anderen Rechten untersteht. Im Ergebnis kann diese Lösung sogar einen Anreiz setzen, möglichst viele Verträge nach optionalem Vertragsrecht zu schließen.

---

<sup>144</sup> Es wird traditionell als Vorteil einer Wahl des Vollmachtsstatuts herausgestellt, wenn damit ein Geschäftsherr in die Lage versetzt wird, die Vollmacht einem einheitlichen Recht zu unterwerfen, siehe Münch. Komm. BGB (-Spellenberg) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 157 f. (bei akzessorischer Anknüpfung als Teilrechtswahl); wohl auch *Soergel* (-Lüderitz) (oben N. 63) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 100.

<sup>145</sup> *Peter Mankowski*, Dépeçage unter der Rom I-VO, in: FS Ulrich Spellenberg (2010) 261–281 (262, 265); *Wulf-Henning Roth*, Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts, in: FS Erik Jayme (2004) 757–772 (762f.); zur Parallelproblematik der selbständigen Anknüpfung bei Teilfragen *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>6</sup> (2006) 131 ff.

## b) Gleichlauf von Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut

Wurde oben noch auf den Trend zu einer selbständigen Anknüpfung der Vollmacht als hervorstechende Tendenz der Rechtsentwicklung in den europäischen Kollisionsrechten hingewiesen, führen die soeben angestellten Überlegungen zu einer bemerkenswerten Folge: Für Verträge, die einem optionalen Vertragsrecht unterstellt werden, ist gerade keine selbständige Anknüpfung der Vollmacht wünschenswert. Vielmehr sollte ein Gleichlauf zwischen Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut angestrebt werden, wie ihn eine akzessorische Anknüpfung bietet. Selbstverständlich könnte auch ein optionales Instrument auf der selbständigen Anknüpfung aufbauen und zwei separate Vorschriften zum »opt-in« enthalten. Wenn indes beide Rechtswahlvereinbarungen stets zu demselben gewählten Recht führen sollen, ist es nicht nur regelungstechnisch einfacher, sondern überdies ehrlicher, diese begrenzte Akzessorietät anzuerkennen: Die Wahl eines optionalen Instruments als auf den Vertrag anwendbares Recht bewirkt auch, dass dessen Stellvertretungsregeln zur Anwendung gelangen. Für Juristen aus Mitgliedsstaaten, deren Kollisionsrecht ohnehin der akzessorischen Anknüpfung der Vollmacht folgt,<sup>146</sup> drückt dieser Satz eine Selbstverständlichkeit aus. Doch auch Juristen mit anderem nationalen Vorverständnis müssten sich mit ihm anfreunden können, wenn sie ihn als »verkürzte« Regelung einer zweifachen Rechtswahl (d.h. Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut) mit identischem Objekt (d.h. jeweils das optionale Instrument) begreifen. Sofern nur überhaupt eine Wahl des selbständig anzuknüpfenden Vollmachtsstatuts möglich ist, hindert niemand die Beteiligten daran, das Recht des Hauptvertrages für anwendbar zu erklären und damit parteiautonom die Folgen einer akzessorischen Anknüpfung herbeizuführen.

Freilich ist aus dieser Perspektive zu prüfen, ob eine derartige Regelung dem oben dargestellten Schutzbedürfnis aller Beteiligten bei einer Wahl der Vertretungsregeln Genüge leistet. Allein die Tatsache, dass die etablierten Regeln zur Wahl des Vollmachtsstatuts von den spezielleren Kollisionsnormen des optionalen Instruments überspielt würden, kann es nicht rechtfertigen, alle in den vergangenen Jahrzehnten gewonnenen Erkenntnisse zu den Besonderheiten einer Rechtswahl in der Dreieckskonstellation der Stellvertretung über Bord zu werfen.

Geht man nun die Interessen der drei Beteiligten durch, so ist erstens der Geschäftsherr davor zu schützen, dass der Vertreter eigenmächtig seine Befugnisse erweitert, indem er für den Hauptvertrag optionales Vertragsrecht vereinbart und dieses ihm eine weiterreichende Rechtsmacht einräumt als das ohne diese akzessorische Anknüpfung zur Anwendung kommende Vertretungsrecht.<sup>147</sup> Dass die hier zu untersuchende Regel diesen Schutz bietet,

<sup>146</sup> Siehe oben III.1.b)(1).

<sup>147</sup> In dieser Gefahr wird ein Hauptargument gegen eine akzessorische Anknüpfung gese-

wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, wie es in der Praxis regelmäßig zum Abschluss eines durch Vertreter vermittelten Vertrages nach optionalem Vertragsrecht kommen wird: Da ein optionales Instrument nur zur Anwendung gelangt, wenn die Parteien dies wollen, ist anzunehmen, dass der Geschäftsherr, wenn er dem Vertreter Vollmacht erteilt, sich dazu äußert, nach welchem Recht der Vertreter abschließen soll.<sup>148</sup> Dies gilt insbesondere, wenn der Vertreter dem Vertragsschluss die AGB seines Geschäftsherrn zugrunde zu legen hat. Diesem wird mithin kein Geschäftsstatut untergeschoben, vor dem er zu schützen wäre.<sup>149</sup> Mit denselben Überlegungen wurde oben III.1.b)(2) begründet, weshalb und in welchem Umfang der Vertreter im Falle der selbständigen Anknüpfung zur Wahl des Vollmachtsstatuts in der Lage sein soll. Zu bedenken ist auch, dass in der Wahl des Geschäftsstatuts in vielen Fällen eine konkludente Wahl des berufenen Rechts auch als Vollmachtsstatut liegen dürfte.<sup>150</sup> Im Falle eines optionalen Instruments würde diese Beobachtung verallgemeinert: Mit der Einigung auf das Instrument würde stets auch stillschweigend das Vollmachtsstatut gewählt.

Zweitens ist der Dritte zu schützen vor einem Vollmachtsstatut, das er nicht erkennen kann.<sup>151</sup> Auch dieser Schutz ist gewährleistet durch die akzessorische Anknüpfung, da der Dritte spätestens mit Vertragsschluss weiß, welches Recht anwendbar ist. Der Einwand, dass mit der Wahl des Geschäftsstatuts nicht an das auf die Vertretungsmacht anwendbare Recht ge-

---

hen, vgl. *v. Bar* Rz. 586; *Plender/Wilderspin* (oben N. 85) Rz. 5-051; *Karsten* Tz. 72; *Steding* 45; *Carsten Thomas Ebenroth*, Kollisionsrechtliche Anknüpfung kaufmännischer Vollmachten: JZ 1983, 821-825 (822); *Schwarz* 743 m. w. N.; skeptisch *Verhagen* 119.

<sup>148</sup> Dem entspricht die Vorstellung von der Vollmachterteilung als Hilfgeschäft für den Hauptvertrag, dazu *Spellenberg*, *Vertreterverträge* 163f.

<sup>149</sup> Freilich ist nicht auszuschließen, dass es in einzelnen Fällen doch zu einer Wahl des optionalen Instruments kommt, ohne dass der Geschäftsherr dies vorher berücksichtigen konnte. Immerhin hat er diese Wahl dann aber mit der Erteilung der Vollmacht autorisiert und damit selbst das Risiko geschaffen, das sich nun für ihn realisiert, vgl. Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 156. Der Geschäftsherr bedient sich des Vertreters zur Erweiterung seines Wirkungskreises. Sichert er sich dabei nicht den Einfluss auf das Geschäftsstatut oder wenigstens die Kenntnis davon (vgl. *Bernd v. Hoffmann/Karsten Thorn*, Internationales Privatrecht<sup>9</sup> [2007] § 7 Rz. 49), kann das durchaus zu seinen Lasten gehen, vgl. *Steding* 42; *Schwarz* 741, beide m. w. N.

<sup>150</sup> Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 91; *Claßen* 173ff.; a. A. *Gerfried Fischer*, Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht (1990) 285f., 294; *Ruthig* 129; *Müller-Freienfels* (oben N. 59) 105 (lebensfremd wäre es, die Vollmacht zum Abschluss eines Vertrages über Getreidelieferungen zwischen zwei Hamburger Firmen englischem Recht zu unterstellen, wenn diese die Bedingungen der London Corn Trade Association und damit englisches Recht vereinbaren). Generell zurückhaltend gegenüber einer konkludenten Wahl des Vollmachtsstatuts *v. Staudinger (-Magnus)* (2002) Einl zu Art. 27-37 EGBGB Rz. A12; *Juris-Praxiskommentar BGB (-Süß)* (oben N. 120) Anh. zu Art. 11 EGBGB Rz. 13; *Krop-holler* (oben N. 145) 307.

<sup>151</sup> Zu diesem Schutzanliegen siehe oben bei N. 95.

dacht wird,<sup>152</sup> sticht nicht: Das optionale Instrument wäre, jedenfalls in seiner Ausgangsfassung, ein eng umgrenztes und überschaubares Corpus an Regeln, die ihren Nutzern deutlicher vor Augen stehen dürften als anderes gewähltes Recht. Wer sich für dieses Instrument entscheidet, von dem muss erwartet werden, dass er weiß, worauf er sich einlässt. Die Tatsache, dass es sich um ein Instrument handelt, das allein aufgrund eines entsprechenden Parteiwillens überhaupt anwendbar sein kann, entfaltet eine hinreichende Gewähr dafür, dass die Entscheidung für ein optionales Instrument nicht mit der häufig beschriebenen Situation vergleichbar ist, in der der Vertrag »gegen Ende der Vertragsverhandlungen mehr oder weniger zufällig einem neutralen Recht unterstellt wird«<sup>153</sup>.

Schließlich muss drittens auch für den Vertreter zur Abschätzung des Risikos einer Eigenhaftung erkennbar sein, welches Recht den Umfang seiner Rechtsmacht bestimmt.<sup>154</sup> Vereinbart er selbst – wie regelmäßig anzunehmen sein wird – die Geltung optionalen Rechts mit Wirkung für den Geschäftsherrn, weiß er um das anwendbare Recht. Treffen der Geschäftsherr und der Dritte diese Vereinbarung direkt, muss sie ihm erkennbar sein; im Falle eines »opt-in« nach Vertragsschluss ist seine Zustimmung zu fordern, wenn dadurch seine Vertretungsmacht für das Hauptgeschäft (teilweise) wegfällt. Mit diesem Zustimmungserfordernis ist auch der gegen eine akzessorische Anknüpfung erhobene Einwand<sup>155</sup> entkräftet, Geschäftsherr und Dritter könnten eine für den Vertreter nicht vorhersehbare Haftung als *falsus procurator* herbeiführen.

Mit diesem Vorschlag wird nicht etwa einer generellen akzessorischen Anknüpfung der Vollmacht das Wort geredet. Jedoch treffen im Fall eines optionalen Vertragsrechts – und somit von vornherein beschränkt auf die subjektive Anknüpfung – die allgemein gegen eine akzessorische Anknüpfung vorgebrachten Argumente nicht oder doch nur in geringerem Maße zu. Dies gilt zunächst für das gegen eine generelle akzessorische Anknüpfung vorgebrachte Argument, die Ermittlung des auf den Hauptvertrag anzuwendenden Rechts sei nicht immer einfach und für die Parteien vorher-

---

<sup>152</sup> *Verhagen* 118; *Schwarz* 743f.; *Ebenroth* (oben N. 147) 822; siehe auch *Fischer* (oben N. 150) 285f.

<sup>153</sup> So der Einwand von *Schwarz* 744; vgl. auch *v. Bar* Rz. 586.

<sup>154</sup> Siehe oben N. 99 sowie generell *Schwarz* 741 m. w. N.; a. A. *Kurzynsky-Singer* (oben N. 100) 156f. (die aber für eine wirksame Wahl des Vollmachtsstatuts auch Kenntnis des Vertreters verlangt). – Damit wird nicht verkannt, dass Vertreter ganz unterschiedliche Interessen haben und ihr Einsatz die verschiedensten Funktionen erfüllen kann, so dass eine Generalisierung durchaus problematisch ist; dazu *Andreas Fleckner*, Schadensausgleich beim Handeln in eigenem Namen für fremde Rechnung, in: *Perspektiven des Wirtschaftsrechts*, Beiträge für Klaus J. Hopt (2008) 3–32 (12ff.). Das Interesse an einer Haftungsvermeidung dürfte allen Vertretern gemein sein.

<sup>155</sup> *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5432; *Schwarz* 743 m. w. N.

sehbar.<sup>156</sup> Denn wenn die Parteien sich erfolgreich für ein optionales Instrument entscheiden, ist das Geschäftsstatut sicher und eindeutig ermittelbar. Zweitens widerspreche ein Gleichlauf der Trennung von Vollmacht und Hauptvertrag im materiellen Recht; beide könnten unterschiedliche räumliche Schwerpunkte haben.<sup>157</sup> Ob diese Beobachtung im Allgemeinen zutrifft, muss hier nicht entschieden werden. Denn bei der Anwendung eines optionalen Instruments ergibt sich eine Besonderheit: Vollmacht wie Hauptvertrag haben dann aufgrund der Entscheidung der Parteien zugunsten des supranationalen fakultativen Rechts ihren räumlichen Schwerpunkt stets losgelöst von Landesgrenzen in dessen geographischem Anwendungsbereich, insbesondere also – abhängig von einer Lösung der Drittstaatenproblematik – im europäischen Binnenmarkt. Sie können beide demselben für diesen Anwendungsbereich geschaffenen supranationalen Recht unterstellt werden. Als »Hauptproblem der akzessorischen Anknüpfung« wird drittens geltend gemacht, dass sich die Vollmacht bis zum Vertragsschluss »in einem kollisionsrechtlichen Vakuum« befinde, weil ihr Statut erst mit Abschluss des Hauptvertrages oder jedenfalls erst mit der Einigung auf ein auf den Hauptvertrag anzuwendendes Recht feststehe.<sup>158</sup> Solange kein Hauptvertrag als Anknüpfungsgegenstand existiere, gehe auch die akzessorische Anknüpfung ins Leere.<sup>159</sup> Welchem Recht eine Vollmacht untersteht, müsse auch bestimmbar sein, wenn sie vor ihrer Ausübung entzogen werde.<sup>160</sup> Da hier jedoch nur für den Fall einer Entscheidung für das optionale Instrument eine akzessorische Anknüpfung stattfindet, kann es im Übrigen bei den bestehenden kollisionsrechtlichen Regeln verbleiben. Das bedeutet für die Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen, dass die Vollmacht vor Vertragsschluss selbständig objektiv angeknüpft werden kann.

Freilich stellt auch die akzessorische Anknüpfung keine Ideallösung dar. Mit der Vereinbarung des optionalen Instruments kommt es nämlich zwangsläufig zu einem Statutenwechsel, da die Vollmacht zuvor dem nach nationalem IPR ermittelten Sachrecht unterlag. Dieser Statutenwechsel ist indes als generelles Problem jeglicher Wahl des Vollmachtsstatuts hinzunehmen. Dass dieser Nachteil die Parteiautonomie nicht daran hindern konnte, sich auch im Vertretungsrecht weitgehend durchzusetzen, deutet auf dessen geringes Gewicht hin. Er lässt sich zudem abmildern durch eine frühzeitige

<sup>156</sup> *Verhagen* 117 ff.; *Badr* (oben N. 106) 82; *Fischer* (oben N. 150) 289; *de Quenaudon* 437; *Schwarz* 744; *Steding* 44 f.

<sup>157</sup> *Von Staudinger (-Magnus)* (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A10; *Dirk Looschelders*, *Internationales Privatrecht* (2004) Anh. zu Art. 12 Rz. 4; *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5432; *Kropholler* (oben N. 145) 304 f.; *Junker* (oben N. 100) Rz. 333. Dagegen *Münch. Komm. BGB (-Spellenberg)* Vor Art. 11 EGBGB Rz. 148 ff., insbes. Rz. 151.

<sup>158</sup> *Schwarz* 744; *Verhagen* 120 (»legal vacuum«); *Reithmann/Martiny (-Hausmann)* Rz. 5432.

<sup>159</sup> *Karsten* Tz. 72; *de Quenaudon* 437; *Schwarz* 744.

<sup>160</sup> *Von Staudinger (-Magnus)* (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A11.

Verständigung auf die Anwendung des optionalen Rechts oder jedenfalls einen frühzeitigen Hinweis darauf – zum Beispiel in einer Vollmachtsurkunde –, dass ein Vertragsschluss nach optionalem Instrument beabsichtigt ist. Besonders ratsam ist ein derartiger Hinweis, wenn der Vertreter über einen längeren Zeitraum gegenüber mehreren Dritten tätig werden soll.

Ein bedeutender Vorteil der akzessorischen Anknüpfung wirkt sich dagegen gerade im Rahmen eines optionalen Instruments positiv aus: Es entfällt die Notwendigkeit, zwischen Geschäftsstatut und Vollmachtsstatut abzugrenzen.<sup>161</sup> Aufgrund des Charakters des optionalen Instruments als fakultatives Recht wäre es ohne diesen Gleichlauf in jedem Fall erforderlich, sich mit zwei Rechtsordnungen zu befassen. Überdies ist die aus einer ausführlichen Rechtsprechungsanalyse gewonnene Einschätzung zu bedenken, dass die selbständige Anknüpfung ohnehin nur selten zu praktischen Konsequenzen geführt hat.<sup>162</sup>

Zusammengefasst heißt das: Erstens muss sich die Vollmacht auf die Vereinbarung des optionalen Instruments als Geschäftsstatut erstrecken, wenn der Geschäftsherr auch bei dieser Vereinbarung vertreten wird. Zweitens muss die Vereinbarung des optionalen Instruments für den Vertreter erkennbar sein. Und drittens darf sich die Rechtsposition des Vertreters – etwa durch einen (teilweisen) Wegfall seiner Vertretungsmacht – nicht verschlechtern, wenn das optionale Instrument ohne seine Beteiligung erst nach Vertragsschluss gewählt wird. Die erste Forderung ergibt sich im Grunde schon aus allgemeinen Regeln, wonach die Gültigkeit einer Rechtswahlvereinbarung nach dem gewählten Recht zu beurteilen ist.<sup>163</sup> Wenn diese allgemeine Regel für ein optionales Instrument übernommen wird, ist es letztlich Geschmackssache, ob das Vollmachtsanfordernis zur Klarstellung mit einer eigenen Regelung bedacht wird. Die dritte Forderung wäre abgedeckt, wenn das optionale Instrument nach dem Vorbild von Art. 3 II 2 Rom I-VO eine allgemeine Vorschrift enthielte, wonach dessen nachträgliche Vereinbarung nicht die Rechtsstellung Dritter tangieren dürfe.<sup>164</sup> Es bleibt das Erkennbarkeitserfordernis: Dazu ist die allgemeine Vorschrift zur

---

<sup>161</sup> Zu diesem Vorteil *Watts/Reynolds* Rz. 12–013; Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 146f.; *Spellenberg*, Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht (1979) 272 (zitiert: Geschäftsstatut); *ders.*, Vertreterverträge 164; vgl. *Reithmann/Martiny* (-*Hausmann*) Rz. 5432.

<sup>162</sup> *Spellenberg*, Geschäftsstatut (vorige Note) 27ff.; Münch. Komm. BGB (-*ders.*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 142ff.; zustimmend als Vertreter einer selbständigen Anknüpfung v. *Staudinger* (-*Magnus*) (2002) Einl zu Art. 27–37 EGBGB Rz. A11; *Stefan Leible*, Vertretung ohne Vertretungsmacht, Genehmigung und Anscheinsvollmacht im IPR: IPRax 1998, 257–263 (263).

<sup>163</sup> Vgl. Art. 3 V in Verb. mit Art. 10 I Rom I-VO sowie speziell zum optionalen Instrument *Mankowski*, Rechtswahl 416; *Martiny* (oben N. 138) 223.

<sup>164</sup> Dafür *Martiny* (oben N. 138) 222; *Heiss/Downes*, Non-Optional Elements (oben N. 138) 711; *Max Planck Institute*, European Contract Law Rz. 77, 86.

Vereinbarung eines optionalen Instruments zu ergänzen für Verträge, an deren Abschluss ein Vertreter beteiligt ist, dessen Vertretungsmacht nicht auf Gesetz beruht. Nur wer bei Vereinbarung eines optionalen Instruments eine stillschweigende Rechtswahl auch des Vollmachtsstatuts für hinreichend üblich hält, kann aus Typisierungsgründen auf diese Ergänzung verzichten: Er entscheidet sich damit für eine echte akzessorische Anknüpfung.

c) Verhältnis zum HStÜ

Nicht zu verkennen ist, dass auf diese Weise eine Kollisionsnorm geschaffen würde, die von den Anknüpfungsregeln des HStÜ abweicht. Artikel 11 HStÜ entscheidet sich bewusst gegen eine akzessorische Anknüpfung. Und selbst wenn die akzessorische Anknüpfung in einem optionalen Instrument als zweifache Rechtswahl konstruiert wird, würde diese Regel sich von den Anforderungen an eine Wahl des Vollmachtsstatuts in Art. 14 HStÜ unterscheiden, da das Übereinkommen eine schriftliche Erklärung und eine ausdrückliche Annahme der Wahl verlangt. Den drei Mitgliedstaaten, in denen das HStÜ gilt, droht damit die Gefahr, ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen zu verletzen, wenn sie die hier vorgeschlagene Kollisionsregel befolgen. Dem ist zu begegnen mit einer an Art. 25 Rom I-VO angelehnten Norm im optionalen Instrument, die den Vorrang internationaler Übereinkommen vorsieht, denen ein oder mehrere Mitgliedstaaten angehören und die Kollisionsnormen oder Einheitsrecht innerhalb des Regelungsbereichs des optionalen Instruments enthalten.<sup>165</sup> Im Ergebnis würde damit die Ver-

---

<sup>165</sup> Art. 23 II des Entwurfs zur Rom I-VO hatte einen Vorrang der Verordnung vor dem HStÜ vorgesehen, wenn »alle relevanten Sachverhaltselemente zum Zeitpunkt des Vertragschlusses in einem oder mehreren Mitgliedstaaten« belegen waren. – Nicht vertieft werden kann hier die Frage, ob ein Konflikt zwischen HStÜ und optionalem Instrument auch dann besteht, wenn man letzterem als »uniform substantive law« einen dem CISG, also vereinheitlichtem Sachrecht, vergleichbaren Status vindizieren und die Regeln über die Anwendung des Instruments nicht als Kollisionsnormen verstehen wollte. Es ließe sich erwägen, dass sich dann im Anwendungsbereich des optionalen Instruments die Frage nach einem anwendbaren Recht nicht stellt und deshalb das HStÜ als IPR-Konvention überhaupt nicht eingreift. Eine parallele Diskussion wird über die Frage geführt, ob Konventionen des materiellen Einheitsrechts von Art. 25 Rom I-VO (bzw. Art. 28 Rom II-VO) erfasst werden oder aufgrund ihres Charakters ohnehin Vorrang vor diesen Verordnungen genießen. Für letztere Ansicht *Jürgen Basedow*, *Rome II at Sea – General Aspects of Maritime Torts*: RabelsZ 74 (2010) 118–138 (127f.); *Rolf Wagner*, Normenkonflikte zwischen den EG-Verordnungen Brüssel I, Rom I und Rom II und transportrechtlichen Rechtsinstrumenten: *TranspR* 2009, 103–109 (107); *Marie-Elodie Ancel*, *The Rome I Regulation and Distribution Contracts*: *Yearbook PIL* 10 (2008) 221–231 (229f.); a. A. *Palandt (-Thorn)* Art. 25 Rom I-VO Rz. 2; *Garcimartín Alférez* (oben N. 120) I-65; *Erik Jayme/Carl Friedrich Nordmeier*, Multimodaler Transport, Zur Anknüpfung an den hypothetischen Teilstreckenvertrag im Internationalen Transportrecht: *IPRax* 2008, 503–508 (507f.); unentschieden *Olaf Hartenstein*, Rom I-Entwurf und Rom II-Verordnung, Zur Be-

einbarung eines optionalen Instruments in Mitgliedstaaten, in denen das HStÜ gilt, insgesamt dessen Anforderungen an eine Rechtswahl und damit insbesondere dem Schriftformerfordernis in Art. 14 HStÜ unterstellt.<sup>166</sup> Freilich ist eine mündliche Vereinbarung eines optionalen Instruments praktisch ohnehin schwer vorstellbar.

d) Folgen für den materiell-rechtlichen Inhalt

Zuletzt ist auf der Grundlage dieses Ergebnisses auf den materiell-rechtlichen Regelungsbereich eines optionalen Instruments zurückzukommen. Die Konstruktion der akzessorischen Anknüpfung als zweifache Rechtswahl versagt für Materien, in denen keine Parteiautonomie herrscht. Zu denken ist insbesondere an die oben behandelte Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins. In allen einer Rechtswahl nicht zugänglichen Bereichen bliebe somit eigentlich nur die Möglichkeit einer materiell-rechtlichen Harmonisierung oder der Schaffung einer europäischen Kollisionsnorm für die Stellvertretung. Gleichwohl sprechen zwei Gründe dafür, in einem optionalen Instrument, das sich überhaupt der Stellvertretung widmet, auch eine Regelung der Rechtsscheinsvollmacht vorzusehen: Zum einen würde andernfalls ein kohärentes Stellvertretungsrecht unmöglich gemacht. Gerade die Grenze zwischen konkludent erteilter rechtsgeschäftlicher Vollmacht und Rechtsscheinsvollmacht ist nicht einfach zu ziehen und oft »eine Frage des juristischen Geschmacks«<sup>167</sup>. Zum anderen entstünde ohne eine derartige Regelung eine mit Hilfe des IPR zu schließende Lücke. Beruft dieses, wie beispielsweise in England,<sup>168</sup> das auf den Hauptvertrag anzuwendende Recht, so ginge der Verweis ins Leere. Die dadurch entstehenden Anpassungsprobleme sollten vermieden werden. Zur Anwendung käme die Regelung somit über eine indirekte Rechtswahl mittels einer echten akzessorischen Anknüpfung an das – möglicherweise nur aufgrund einer Rechtsscheinsvollmacht gewählte – optionale Recht.

---

deutung zukünftiger Änderungen im Internationalen Privatrecht für das Seerecht: *TranspR* 2008, 143–161 (146 ff.).

<sup>166</sup> Ob ein Schriftformerfordernis sachgerecht ist, wird unterschiedlich beurteilt. Dafür *Karsten* Tz. 68 f.; *Lüderitz* (oben N. 68) 319; *Schwarz* 783 ff. (allerdings sei nicht erforderlich, dass die Rechtswahl in der Urkunde ausdrücklich erklärt werde). Dagegen *Verhagen* 357 f.; *Cläßen* 98 ff.; *Niemann* (oben N. 85) 154 f.; Münch. Komm. BGB (-*Spellenberg*) Vor Art. 11 EGBGB Rz. 92; *Bamberger/Roth* (-*Mäsch*) Anh zu Art. 10 EGBGB Rz. 100, 102.

<sup>167</sup> *Kötz* 355 N. 90.

<sup>168</sup> *Dacey/Morris/Collins* (oben N. 55) Rz. 33–432 m. w. N.

## V. Fazit und Ausblick

Als Ergebnis lässt sich festhalten: Ein optionales Instrument für ein europäisches Vertragsrecht, das einen Rückgriff auf Kollisions- und Sachrecht außerhalb seines Regelungsbereichs entbehrlich macht, kann es nicht geben. Von dem Regelwerk nicht erfasste Materien (externe Lücken) unterliegen dem vom Kollisionsrecht des Forums berufenen Recht. Gleichwohl sollte nach Möglichkeit versucht werden zu vermeiden, dass dieser Rückgriff in Fällen, in denen er sich massenhaft vorhersehen lässt, vorzunehmen ist. Ein derartiger Fall ist die Stellvertretung. Während es für die gesetzliche Vertretung bei einer selbständigen Anknüpfung der Vertretungsmacht bleiben muss und Regeln zur gesetzlichen, insbesondere organschaftlichen Vertretungsmacht in einem optionalen Instrument überflüssig wären, sollten Regeln zur gewillkürten Vertretung in das Instrument aufgenommen werden. Systematisch sollte diese Begrenzung des Regelungsbereichs im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Stellvertretung erfolgen. Damit diese Vorschriften zur gewillkürten Vertretung angewendet werden können, muss die Vereinbarung des optionalen Instruments als Geschäftsstatut im Falle eines von einem Vertreter vermittelten Vertrages dazu führen, dass auch die mit der Stellvertretung zusammenhängenden Fragen nach optionalem Instrument zu entscheiden sind. Die Vereinbarung des optionalen Instruments muss dazu von der Vertretungsmacht umfasst sein. Ergänzt werden sollte die allgemeine Regel, über die das Instrument zur Anwendung gebracht wird, um die Voraussetzung, dass dessen Vereinbarung für den Vertreter erkennbar sein muss. Vor einer Verschlechterung seiner Rechtsposition dadurch, dass Geschäftsherr und Dritter nach Vertragsschluss für das Instrument optieren, ist der Vertreter mit einer allgemeinen Regel zur nachträglichen Rechtswahl zu schützen.

Der angesprochene Komplex ist im Grunde nur ein Ausschnitt aus einem größeren Problemzusammenhang, der bei aller Euphorie für optionales Recht noch nicht recht bedacht scheint:<sup>169</sup> In jeglicher Situation, die Inter-

---

<sup>169</sup> Auf die Notwendigkeit einer Qualifikation des Inhalts eines CFR zur Beurteilung der Möglichkeit einer Rechtswahl ist schon vereinzelt zutreffend hingewiesen worden. Siehe vor allem *Mankowski*, Rechtswahl 391f., 423ff., der deshalb vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse sowie Sachenrecht gesondert betrachtet, innerhalb dieser Bereiche jedoch nicht weiter differenziert. In allen Bereichen könne ein optionales Instrument eine vorrangige Kollisionsnorm vorsehen, die etwa den restriktiveren Bestimmungen der Rom II-VO zur Parteiautonomie vorgehe. Zustimmend *Schulte-Nölke/Müller* (oben N. 12) 12; gleichsinnig *Friederike Schäfer*, Die Wahl nichtstaatlichen Rechts nach Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs einer Rom I VO: GPR 2006, 54–59 (57) (ein optionales Instrument könnte auch die Haftung für Verschulden vor Vertragsschluss regeln, obwohl die Materie von der Rom I-VO ausgeschlossen sei). Anders *Lagarde* 285ff., der für außervertragliche Schuldverhältnisse die Rechtswahlregeln der Rom II-VO auf das optionale Instrument übertragen möchte. Seien, wie bei Aufrechnung oder Abtretung, Interessen Dritter betroffen, müssten zudem die Artt. 14, 17

essen Dritter berührt, stößt die Entscheidung für ein fakultatives Recht an ihre Grenzen. Augenscheinlich wird dies an der Abtretung,<sup>170</sup> aber auch an der Schuldübernahme oder der Frage von Gesamt- oder Einzelwirkung bei Schuldner- oder Gläubigermehrheiten. In dem einfachen Bild des grenzüberschreitenden Online-Kaufs kommen diese Fragen nicht vor. Damit indes ein fakultatives Vertragsrecht sinnvoll diskutiert werden kann, ist es an der komplexen Lebenswirklichkeit zu erproben und an dieser auszurichten.<sup>171</sup> Wenn sich dabei herausstellt, dass der Preis für ein einheitliches Recht hoch und dessen Anwendbarkeit in Teilbereichen fraglich ist, kann das auch ein Argument gegen das Projekt insgesamt darstellen.

### Summary

#### AGENCY, PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND AN OPTIONAL INSTRUMENT FOR A EUROPEAN CONTRACT LAW

There are currently strong indicia that the European Commission is aiming at the preparation of an optional instrument on European contract law (OI), i.e. a set of rules alongside the existing national contract laws which could be applied if chosen by the parties (with this choice taking precedence over the rules of the Rome I Regulation). Whether such an OI will contain rules on agency (or representation) is as of yet unclear; the Expert Group on European contract law has decided not to cover agency in its drafts. A lack of rules on agency would constitute an external gap to be filled with the substantive national rules designated by the choice of law rules of the forum (subject to the actual rules on gap-filling in an OI). In view of the fact that, first, a vast number of contracts are concluded with the help of an agent and, secondly, national laws on agency still differ in various respects, this result would run counter to the whole purpose of an OI. If, however, an OI were to contain rules on agency, making them applicable would raise two issues: (i) Since the interests of three persons are affected, the ordinary rules on bilateral party choice may not be sufficient, and (ii) while parties may have

---

Rom I-VO berücksichtigt werden. *Von Bar/Schulte-Nölke* (oben N. 139) 168 sehen, anders als bei Wirkung eines optionalen Instruments nur für die Vertragsparteien, für außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachenrecht »komplizierte Einbettungs- und Abgrenzungsfragen zu den nationalen Privatrechten«. *Martiny* (oben N. 138) 222 erwähnt die Problematik vorvertraglicher Informationspflichten, die von einem optionalen Instrument dann erfasst sein könnten, wenn sich dessen Vereinbarung auch auf das vorvertragliche Stadium erstreckte. Im Unterschied zu der hier diskutierten Problematik berührt dieser Rückbezug nicht die Interessen Dritter.

<sup>170</sup> Dazu jüngst *Eva-Maria Kieninger*, Das Abtretungsrecht des DCFR: ZEuP 18 (2010) 724–746 (743 ff.).

<sup>171</sup> In diesem Sinne auch *Jürgen Basedow*, Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte: ZEuP 16 (2008) 673–676; *Herresthal* (oben N. 12) 9.

an interest to ascertain the extent of the agent's authority before the conclusion of the contract, optional agency rules can by definition only be applied upon party choice. Which law applies to the external aspects of agency is a matter excluded from Rome I. Traditionally, whether agency rules are subject to party autonomy at all differs according to the nature of the authority: Authority bestowed by law is governed by the law which applies to the source of the authority (e.g. the *lex societatis* for directors of a company) and not open to party choice. Concerning authority granted by a principal, two approaches can be envisaged: Either all external aspects of agency are governed by the (possibly party-chosen) law applicable to the contract concluded with the help of the agent, or, as in most European countries, a separate choice of law rule is applied which may allow for party autonomy in various ways. A minimum requirement seems to be that the principal (or the agent authorized to do so and on his behalf) choose the applicable law and that both third party and agent could reasonably be expected to have been aware of such choice. This may have the unsatisfactory consequence of a subsequent change of the applicable law; if this change is to the detriment of the agent (by making him liable as *falsus procurator*), his position must not adversely be affected. Among the various possible reactions to this situation, the following approach appears to be preferable: Rules on agency in an OI (that cannot extend to authority bestowed by law) always apply when the contract concluded with the help of an agent is governed by the OI. Choice of the OI by necessity means choice of its agency rules. Therefore, a provision on party choice in an OI would have to be amended to cater to the interests involved in this triangular situation: Choice of the OI requires that the agent could reasonably be aware of such choice. The requirement that the agent be authorized to effect such choice and the protection of the agent in case of a subsequent choice of an OI should be taken care of by general rules in the OI subjecting the validity of the choice to be determined by the provisions of the OI and protecting the rights of third parties in general (similar to Art. 3[2], [5] Rome I).

