



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Ein Rechtsvergleich des Vollmachtsstatuts zwischen
Österreich, Deutschland und der Schweiz“

verfasst von / submitted by

Kevin Christoph Pletz, LL.B.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2018 - Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
European and International Business Law

Betreut von / Supervisor:

Dr. Stephanie Nitsch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
1 Einleitung.....	2
2 Einführungen in die Grundlagen des österreichischen Stellvertretungsrechts.....	4
2.1 Indirekte Stellvertretung	5
2.2 Direkte Stellvertretung.....	5
2.2.1. Gesetzliche Stellvertretung	6
2.2.2. Organschaftliche Vertretung	6
2.2.3. Rechtsgeschäftliche Vertretung	7
2.2.4. Duldungs- und Anscheinsvollmacht	8
2.2.5. Scheinvertreter (falsus procurator).....	9
2.3. Innen- und Außenverhältnis der Vollmacht.....	9
2.4. Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstituten.....	10
2.5. Gestaltungsarten der Vollmacht	11
3. Grundlagen des internationalen Privatrechts	12
3.1. Das internationale Stellvertretungsrecht	14
4. Vorrangige Rechtsquellen des IPR.....	15
4.1. Übereinkommen über vertragliche Schuldverhältnisse	15
4.2. Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anzuwendende Recht von 1978..	15
4.3. Kommissionsvorschlag für die Kodifizierung des Stellvertretungsstatutes in der ROM-I	
Verordnung	16
5. Nationales IPR.....	19
5.1. Österreichische Rechtslage	19
5.2. Deutsche Rechtslage.....	21
5.3. Schweizer Rechtslage	24
6. Rechtsvergleichung	29
6.1. Innenverhältnis	30
6.2. Außenverhältnis.....	31
6.2.1. Subjektive Anknüpfung.....	31
6.2.1.1. Rechtswahl.....	31
6.2.1.2. Sach- oder Gesamtverweisung der Rechtswahlerklärung	38
6.2.2. Objektive Anknüpfung	39
6.2.2.1. Bestimmungsstaat.....	39
6.2.2.1.1. Verweisungsart des Bestimmungsortes	41
6.2.2.2. Gebrauchsort	42
6.2.2.3. Verweisungsart des Gebrauchsortes:.....	46
6.2.2.4. Sitz, Niederlassung bzw gewöhnlicher Aufenthalt des Geschäftsherrn	47
6.2.2.5. Niederlassung des Vertreters	50
6.3. Sonderanknüpfungen	53
6.3.1. Vertretung ohne Vertretungsmacht (falsus procurator).....	53
6.3.2. Grundstücke	56
6.3.3. Vollmachten für Börse- und Auktionsgeschäfte	58
7. Schlussbetrachtung.....	60
8. Abstract (English).....	63
9. Abstract (Deutsch).....	64
Literaturverzeichnis.....	65

Abkürzungsverzeichnis

<u>Abkürzung</u>	-	<u>Bezeichnung</u>
AGB	-	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	-	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	-	Absatz
AktG	-	Aktiengesetz
Allg	-	allgemein
Art	-	Artikel
BGB	-	Bundesgesetzbuch (Deutschland)
BGBI	-	Bundesgesetzblatt
Bzw	-	Beziehungsweise
DR	-	Deutscher Rat
E	-	Entwurf
EG	-	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	-	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Deutschland)
Etc	-	Et cetera
EU	-	Europäische Union
ErbVO	-	Europäische Erbrechtsverordnung
F	-	Folgend
FF	-	Fortfolgend
HL	-	Herrschende Lehre
HStÜ	-	Haager Stellvertretungsübereinkommen
IdgF	-	In der geltenden Fassung
IdR	-	In der Regel
IPR	-	Internationales Privatrecht
IPRG	-	Internationales Privatrechts Gesetz
ISd	-	Im Sinne des
ISv	-	Im Sinne von
IVm	-	In Verbindung mit
JP	-	Juristische Person
Lt	-	Laut
ME	-	Meines Erachtens
NP	-	Natürliche Person

Nr	-	Nummer
OGH	-	Oberster Gerichtshof
Rom-I VO	-	Europäische ROM I Verordnung
Rn	-	Randnummer
Rz	-	Randziffer
S	-	Satz
VO	-	Verordnung
VS	-	Verkehrsschutz
Zb	-	Zum Beispiel

Vorwort

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser!

Es freut mich besonders, mit dieser Arbeit das Studium Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht abschließen zu dürfen. Dieses Studium hat mich nicht nur fachlich geprägt, sondern mich dazu inspiriert über den juristischen Tellerrand, oder anders gesagt über die Staatsgrenzen zu blicken, um weitere Ansätze zu verschiedenen Rechtsgebieten kennenzulernen, Unterschiede zwischen Jurisdiktionen zu analysieren und deren Hintergründe zu verstehen.

Alle Themengebiete in diesem Studium waren interessant und spannend. Es war aber besonders das Internationale Privatrecht, welches mich bereits in der ersten Vorlesung inhaltlich fesselte. Daher lag es für mich auf der Hand, mehr über dieses Rechtsgebiet in Erfahrung zu bringen, um mein Wissen darin zu vertiefen.

Das Thema Stellvertretung war im Jahr 2017 besonders von der in Kraft getretenen Norm des deutschen EGBGB geprägt, welche einen wertvollen Ansatzpunkt für diese Arbeit lieferte. Ich konnte mein Wissen mit dieser Master-Thesis nicht nur im Internationalen Privatrecht vertiefen, sondern auch eine wichtige Veränderung im deutschen Internationalen Privatrecht mitverfolgen und dokumentieren.

Ich darf mich hiermit bei Frau Dr. Stephanie Nitsch, für die Chance diese Arbeit unter Ihrer exzellenten Betreuung geschrieben zu haben, bedanken.

Weiters darf ich meiner Freundin Xenia, meiner Tochter Charlotte sowie meinen Eltern Andrea und Franz für die tolle Unterstützung und ihr Verständnis für die unzähligen Abendstunden vor Büchern, Zeitschriften und dem Laptop bedanken.

Vielen herzlichen Dank!

Kevin C. Pletz

Wien, Graz & Bad St. Leonhard, Österreich

Mai, 2018

1 Einleitung

*Wer handelt, handelt für sich selbst.*¹

Dieser Satz ist wohl jedem erwachsenen Menschen bekannt und wird einem wohl spätestens im Laufe des Erwachsenwerdens durch die eigene Lebenserfahrung nähergebracht.

Aus juristischer Sicht ist dieses Zitat unter dem Gesichtspunkt der Stellvertretung anders zu sehen. Die „Vollmacht“, wie die Stellvertretung pauschal und umgangssprachlich genannt wird, ermöglicht nicht nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft für einen anderen zu schließen, sondern kann vielmehr dazu bevollmächtigen sämtliche Rechtsgeschäfte innerhalb eines bestimmten oder sogar unbestimmten Zeitraums abzuschließen.

Auch wenn dieser Umstand für eine private Person auf der einen Seite für notwendig erachtet werden kann, wie zum Beispiel bei besachwalteten Personen, so kann es auf der anderen Seite ein großes Risiko darstellen, wenn der Vertreter die Macht ausnützt um Rechtsgeschäfte zu schließen, sofern die Vertretungsmacht mehr zulässt als es der Vertreter dürfen sollte. Aus wirtschaftlicher Sicht und besonders für Unternehmen, welche durch eine juristische Person verkörpert werden, ist die Stellvertretung nicht nur eine vorteilhafte, sondern eine notwendige Bedingung um den Geschäftsbetrieb überhaupt aufzunehmen und aufrecht erhalten zu können. Schließlich ist eine Gesellschaft eine juristische Person, welche ohne die für sie handelnden natürlichen Personen nicht fähig wäre ein Geschäft zu schließen.²

Das erste Kapitel, stellt den Themenblock Stellvertretung in ihren Grundzügen nach dem österreichischen AGBG dar, und soll den Leserinnen und Lesern helfen eine fundierte Wissensbasis für die detaillierten weiteren Kapitel aufzubauen.

Dem Titel dieser Thesis folgend, wird der Hauptteil dieser Arbeit durch den Rechtsvergleich des Stellvertretungsstatus des Internationalen Privatrechts gebildet. Darin werden die Rechtsordnungen aus Österreich, Deutschland und der Schweiz auf diesem Gebiet vergleichend analysiert. Die Unterschiede sind gerade in Hinsicht auf die Folgen von großer Bedeutung. So können verschiedene Anknüpfungspunkte in unterschiedlichen Rechtsordnungen zur Anwendung verschiedener Jurisdiktionen führen, in welchem die Beurteilung der Stellvertretung große Auswirkungen auf die Gültigkeit des geschlossenen Geschäfts haben könnte.

¹ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 622.

² Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 636.

Österreich und die Schweiz kodifizierten bereits in den 1970er und 1980er Jahren ihr Stellvertretungsstatut in ihren IPRs um die Verweisung auf des eigene oder ein anderes ausländisches Recht klar zu regeln. Anders hingegen agierte Deutschland bei diesem Thema, welches bis zuletzt von einer Kodifikation einer Kollisionsnorm zur Regelung der Stellvertretung absah und sich der Rechtsfortbildung zur Klärung dieser Frage bediente.

Den Grundstein für eine Kodifizierung bzw für die Veränderung im deutschen IPR, dem EGBGB, legte ein vorbereitendes Gutachten des deutschen Juristen Andreas Spickhoff. Dieses Gutachten ermöglichte die Diskussion zur Schließung der Lücke in Deutschland und zur Angleichung des Bestehens eines kodifizierten Stellvertretungsstatus, wie es in ähnlicher Form in Österreich und der Schweiz bereits existierte. Diese Diskussion mündete in einen Referentenentwurf, welcher auf Grundlage eines Regelungsvorschlages erstellt wurde, und mit 17.06.2017 als neue Kollisionsnorm in umfassender Form durch den Art 8 EGBGB in Kraft getreten ist.³

Um auch die in Deutschland stattgefundene Veränderung in dieser Arbeit zu verdeutlichen, wird der Weg zur Schließung der Lücke der Rechtsfortbildung zur kodifizierten Norm dargestellt, um besonders die Erwägungsgründe für die neue deutsche Norm wiederzugeben.

Diese Thesis reflektiert die aktuelle Situation des Stellvertretungsstatus als Kollisionsnorm in den drei Staaten und soll einen interessanten Ansatzpunkt darstellen, Gemeinsamkeiten im Bereich der Stellvertretung widerzuspiegeln, Ähnlichkeiten zu analysieren und Unterschiede aufzuzeigen.

Denn die Vermutung würde naheliegen, dass zumindest die zwei Mitgliedstaaten (Deutschland und Österreich) der EU nicht nur große Ähnlichkeiten, sondern Gemeinsamkeiten in Form der Regelung des Stellvertretungsstatus aufweisen. Dass dies nicht der Fall ist, wird in Anbetracht der geltenden Verordnung, Richtlinien und Übereinkommen klar. Weder Deutschland, Österreich noch die Schweiz ratifizierten ein Übereinkommen zur Regelung der Stellvertretung, noch konnte sich auf EU-Ebene eine Regelung in verschiedenen Verordnungen durchsetzen.

Obwohl im Bereich der Stellvertretung keine international einheitlichen Regelungen in diesen Ländern ratifiziert wurden, darf der Einfluss von diversen europäischen oder internationalen Regelungsentwürfen auf die einzelstaatlichen Regelungen nicht unterschätzt werden. Diese geben

³ Rademacher, Kodifikation des internationalen Stellvertretungsrechts – Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums, IPRax 2017, 56 (56).

besonders bei der Auslegung im Falle von Unklarheiten nach wie vor notwendige Hilfestellungen in allen Jurisdiktionen.

2 Einführungen in die Grundlagen des österreichischen Stellvertretungsrechts

Diese Einführung in die Grundlagen behandelt das österreichische Stellvertretungsrecht und soll dem Leser dieser Thesis einen schnellen und kompakten Ein- und Überblick, in die doch sehr komplex wirkende Thematik des Stellvertretungsrechtes, ermöglichen. Zur Erläuterung dieses Rechtsgebietes wird, aufgrund der lokalen Nähe, das österreichische ABGB verwendet, in welchem die Stellvertretung in §§ 1002 ff ABGB⁴ determiniert wurde.

Im täglichen Geschäftsleben spielt die Stellvertretung eine große und nicht mehr weg zu denkende Rolle. Man denke dabei an die Verkäuferin im Supermarkt, die den Kunden an der Kasse bedient und dabei einen Vertrag über Lebensmittel schließt oder aber auch an den Handelsreisenden eines Elektrogeräteherstellers, der für seinen Arbeitgeber Verträge mit Elektrofachmärkten über die Lieferung von Waren schließt. In beiden Fällen ist der Vertragspartner nicht die Verkäuferin oder der Handelsreisende, sondern vielmehr der Geschäftsherr oder die juristische Person für den diese Personen tätig sind. Es ist dabei unerheblich ob die Vertreter auf selbstständiger oder unselbständiger Basis agieren.

Im Allgemeinen bietet das Stellvertretungsrecht die Möglichkeit, dass eine Person für eine andere, im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Handelns, tätig wird. Dabei können grundlegend alle Rechtsgeschäfte durch eine andere Person erledigt werden, mit Ausnahme der sogenannten vertretungsfeindlichen höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte.⁵

Die Stellvertretung bildet mindestens ein Dreiecksverhältnis, das auf dem Verhältnis zwischen Geschäftsherrn, dem Vertreter und dem Dritte basiert. Der Geschäftsherr ist jene Person, die den Vertreter befähigt für ihn ein oder mehrere Geschäfte abzuschließen. Der Vertreter dient als verlängerter Arm des Geschäftsherrn, dem es ermöglicht wird, ein Geschäft zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten zu schließen, ohne dass der Geschäftsherr und der Dritte sich jemals gegenüberstehen müssen.

⁴ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch BGBl 1811/946 idGF.

⁵ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ (2016), 120; ⁵ *Koziol-Welser und Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 625.

Der Dritte ist bzw soll der Vertragspartner des Geschäftsherrn werden, wobei die erforderlichen Handlungen für das Zustandekommen des Vertrages grundsätzlich vom Dritten und dem Vertreter gesetzt werden.

Grundsätzlich kennt das österreichische Recht zwei Arten der Stellvertretung und unterteilt diese in die direkte und die indirekte Stellvertretung.⁶

2.1 Indirekte Stellvertretung

Bei der indirekten Stellvertretung handelt ein Vertreter im ersten Schritt für sich selbst und wendet das Ergebnis seiner Tätigkeit in einem nächsten Schritt dem Geschäftsherrn zu. Bei dieser Abfolge werden zwei hintereinander geschaltete Verträge geschlossen, die völlig unabhängig voneinander sind.⁷ Im Konkreten schließt der Vertreter zuerst einen Vertrag mit dem Dritten z.B. über den Kauf einer Uhr. Folgend verkauft er diese Uhr, mittels eines neuen Kaufvertrags an den Geschäftsherrn. Vor dem Verkauf an den Geschäftsherrn war der Vertreter – da er in seinem eigenen Namen gehandelt hat – auch Eigentümer der Uhr, was einen wesentlichen Unterschied zur direkten Stellvertretung darstellt.⁸ Aufgrund dieser Konstellation von zwei verschiedenen Verträgen, bildet die indirekte Stellvertretung nur sehr selten Probleme welche sich direkt auf das Stellvertretungsrecht beziehen.

2.2 Direkte Stellvertretung

Die direkte Stellvertretung – welche die für diese Thesis relevante Art der Stellvertretung darstellt – berechtigt und verpflichtet nicht wie bei der indirekten Stellvertretung den Vertreter, sondern direkt die vertretene Person⁹, durch das Handeln des Vertreters. Es ist das rechtsgeschäftliche Handeln für eine andere Person, in dessen Namen, um ein Rechtsverhältnis zwischen der anderen Person (Geschäftsherr) und einem Dritten zu begründen. ZB möchte ein Vertreter eine Uhr kaufen und legt dem Verkäufer vor dem Geschäftsabschluss eine Vollmacht vor. In dieser Vollmacht steht, dass der Vertreter berechtigt ist eine Uhr für den Geschäftsherrn zu kaufen. Geht der Verkäufer dieses Geschäft ein, wird nicht der Vertreter Käufer und Vertragspartner der Uhr, sondern der Geschäftsherr, obwohl dieser niemals das Uhrengeschäft betreten hat.¹⁰

⁶ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 624.

⁷ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵, 119.

⁸ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 623.

⁹ In Folge Geschäftsherr genannt.

¹⁰ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 624.

Im Rahmen der direkten Stellvertretung wird des Weiteren in drei verschiedene Arten unterschieden: Diese Unterteilung in gesetzliche, organschaftliche und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht wird im Folgenden näher beschrieben.¹¹

2.2.1. Gesetzliche Stellvertretung

Bestimmten Personen wird bereits kraft Gesetzes eine Vertretungsmacht eingeräumt.¹² Dies kann zum Beispiel bei Minderjährigen der Fall sein, wo die gesetzliche Stellvertretung einen Teil der Obsorge bildet, der prinzipiell jedem Elternteil zukommt.¹³ Angemerkt werden soll auch, dass nicht bloß Minderjährige aufgrund der gesetzlichen Stellvertretung, durch die Vertretungsmacht einer andere Person gebunden werden können, sondern auch ein Erwachsener im Falle einer körperlichen und/oder geistigen Behinderung besachswaltet werden kann. Hierbei ist es einem Sachwalter möglich, im Rahmen des zugelassenen Wirkungskreises für eine volljährige Person Geschäfte durchzuführen bzw abzuschließen.¹⁴

Die Voraussetzung für diese Art der Stellvertretung liegt auf der Grundlage des Gesetzes und bedarf keiner weiteren Einigung zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter.

Da die gesetzliche Stellvertretung aus kollisionsrechtlicher Sicht in dieser Thesis nicht weiter behandelt wird, ist auf die einschlägige Literatur für detaillierte Informationen zu verwiesen.

2.2.2. Organschaftliche Vertretung

Anders als eine natürliche nicht-geschäftsfähige Person, die zwar ein Geschäft besorgen kann aber nicht darf, ist die juristische Person ohne einen Vertreter handlungsunfähig.¹⁵ Um diese Handlungsfähigkeit herzustellen, wird in der Satzung der juristischen Person –zB im Gesellschaftsvertrag einer GmbH – determiniert, wer und in welchem Umfang als Geschäftsführer oder Vorstand die juristische Person tätig sein darf. Im Falle von mehreren Geschäftsführern kann auch festgelegt werden, ob diese nur gemeinsam oder jeder für sich alleine die juristische Person vertreten dürfen.¹⁶

¹¹ P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ (2015) Rz 239.

¹² P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 239; ¹² Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 632.

¹³ Zankl, Bürgerliches Recht⁸ (2017) Rz 22.

¹⁴ Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 26c; sinngemäß ¹⁴ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 633.

¹⁵ ¹⁵ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 636.

¹⁶ P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 240.

Die Voraussetzung und die Grundlage für eine Vertretung juristischer Personen liegen auf der errichteten Satzung und der Eintragung in das Firmenbuch.

2.2.3. Rechtsgeschäftliche Vertretung

Bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung handelt es sich um eine Bevollmächtigung durch jene Personen welche als handlungsfähig bezeichnet werden. Zur Illustration wird hier das viel zitierte Beispiel¹⁷ gewählt, dass ein Produzent von Backwaren (Einzelunternehmer) mit mehreren Verkaufsstandorten jemanden benötigt, der seine Kunden bedient und dabei Verträge abschließt, da der Produzent als Person selbst nicht an allen Standorten gleichzeitig vor Ort sein kann. Es handelt sich hierbei eine typische Stellvertretung iSv rechtsgeschäftlichem Handeln im fremden Namen. So können die Angestellten des Backwarenproduzenten Waren verkaufen, sodass der Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn (Backwarenproduzenten) und dem Dritten zustande kommt.¹⁸

Als Voraussetzungen für eine gültige Stellvertretung sind die Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters, die Vertretungsmacht an sich und die Offenlegung erforderlich.

- **Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters:** Für den Abschluss des Geschäftes muss der Vertreter zumindest beschränkte Geschäftsfähigkeit aufweisen. Das Alter des Vertreters muss daher nach österreichischem Recht zumindest 7 Jahre betragen.¹⁹ Die Zulässigkeit der beschränkte Geschäftsfähigkeit wird damit begründet, dass das Geschäft nicht dem minderjährigen Vertreter, sondern mit dem Geschäftsherrn zustande kommt.²⁰
- **Vertretungsmacht:** Um für eine andere Person rechtsgeschäftlich tätig zu werden, muss dem Vertreter eine Vollmacht eingeräumt werden. Dies bedeutet, der Geschäftsherr muss die Vollmacht dem Vertreter mitteilen bzw vor Abschluss des Geschäftes mitgeteilt haben, um dem Vertreter rechtmäßig für die Vornahme von Geschäften zu ermächtigen.²¹ Die Mitteilung der Vollmacht kann gegenüber dem Dritten und dem Vertreter sowohl ausdrücklich wie auch stillschweigend erfolgen.²²
- **Offenlegung:** Wird dem Dritten weder ausdrücklich noch stillschweigend mitgeteilt, dass das Geschäft für einen anderen (den Geschäftsherrn) abgeschlossen werden soll, kann der

¹⁷ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵, 120.

¹⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵, 120.

¹⁹ Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 62 Punkt 1; ¹⁹ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 629.

²⁰ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵, 125.

²¹ P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 244; ²¹ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 628.

²² Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 62 Punkt 2.

Dritte davon ausgehen, dass es sich um ein Eigengeschäft mit dem Vertreter bzw der tätig werdenden Person handelt. Somit muss dem Dritten mitgeteilt werden, dass der Vertreter im Namen des Geschäftsherrn tätig wird, damit das Geschäft zwischen dem Dritten und dem Geschäftsherrn rechtmäßig zustande kommt.²³

Streng von der Offenlegung der Vollmacht (Handeln im fremden Namen) ist das Handeln unter fremden Namen zu unterscheiden. Dabei wird vorgegeben eine andere Person zu sein. Die Rechtsfolgen unterscheiden sich hierbei, ob der Name Einfluss auf das Geschäft gehabt hätte. Sofern dies der Fall gewesen wäre und die oben genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, unterliegt die handelnde Person dem § 1019 ABGB²⁴ und gilt somit als Scheinvertreter (falsus procurator).²⁵

2.2.4. Duldungs- und Anscheinsvollmacht

Wie bereits oben beschrieben, ist eine Voraussetzung zur korrekten Stellvertretung die Mitteilung der Bevollmächtigung gegenüber dem Dritten, welche in diesem Fall stillschweigend erfolgen kann.²⁶ Sofern diese Kommunikation erfolgt ist, kann sich der Dritte gem § 1026 ABGB²⁷ auf die Vertretungsmacht des Vertreters berufen, solange diese nicht widerrufen wurde.²⁸ Wichtig dabei ist, dass der Dritte bei sorgfältiger Durchführung des Geschäftes, durch Handlung des Vertreters und des Geschäftsherrn, darauf vertrauen durfte, dass eine Vollmacht vorliegt. Dies kann der Fall sein, wenn ein Angestellter - der Vertreter - immer wieder Bestellungen tätigt und die Rechnungen vom Geschäftsherrn bezahlt werden. Sollte der Geschäftsherr anschließend die Zahlung unter Berufung auf die fehlende Vollmacht verweigern, ist diese Berufung aufgrund der entstandenen Duldungsvollmacht nicht zulässig.²⁹

Im Bereich der Anscheinsvollmacht kommt das Geschäft aus jenem Grunde zustande, da der Geschäftsherr einen Anschein zulässt, auf dem der Dritte gutgläubig vertrauen kann, dass dem Vertreter eine Vollmacht erteilt wurde. Dies kann zum Beispiel im Falle des Zulassens der Verwendung von firmeneigenem Briefpapier oder eines Stempels durch Angestellten auftreten.³⁰ Anders formuliert, wird der Dritte geschützt, wenn der Geschäftsherr eine Grundlage in seinem Verhalten setzt, auf das der Dritte vertrauen durfte. Es kommt also nicht auf den Willen des Erklärenden –

²³ Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 62 Punkt 3; ²³ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 627.

²⁴ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch BGBl. I 2005/120.

²⁵ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ 124.

²⁶ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 647.

²⁷ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch BGBl 1811/946 idgF.

²⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ 131.

²⁹ P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 267.

³⁰ Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 62 Punkt 2.

in diesem Fall der Anscheinsvertreter – an, sondern rein auf das Vertrauen welches durch den hervorgerufenen Rechtsschein entstanden ist.³¹ Lt Perner, Spitzer und Kodek müssen für die Anscheinsvollmacht die Voraussetzungen der Redlichkeit, wobei leichte Fahrlässigkeit des Dritten bereits schädlich ist, das Verhalten des Geschäftsherrn sowie der hervorgerufene Rechtsschein, der nur bei gewöhnlichen Geschäften gegeben sein kann, vorliegen.³²

2.2.5. Scheinvertreter (falsus procurator)

Der falsus procurator ist jener Vertreter der ohne Vertretungsmacht handelt³³ oder eine vorhandene überschreitet³⁴. Wie bereits unter den Voraussetzungen der rechtsgeschäftlichen Vollmacht beschreiben, entsteht ohne vorhandene Vertretungsmacht erst gar keine Stellvertretung. Dies führt in weiterer Folge dazu, dass aus diesem Grund auch zwischen Geschäftsherrn und dem Dritten kein Vertrag zustande kommt. Der angestrebte Vertrag wurde somit weder mit dem Geschäftsherrn noch mit dem Vertreter geschlossen.³⁵

Sollte aufgrund des Handelns des Scheinvertreters ein Schaden beim Dritten entstanden sein, ohne dass der Dritte Kenntnis von der fehlenden Vertretungsmacht hatte, kann der Dritte gem § 1019 ABGB jenen Schaden beim Scheinvertreter zurückfordern, der im Vertrauen auf die nicht vorhandene Vertretungsmacht entstanden ist.³⁶

2.3. Innen- und Außenverhältnis der Vollmacht³⁷

Im Bereich der Stellvertretung wird auf die unterschiedlichen Ausgestaltungen des Innen- und Außenverhältnisses und deren Wirkung besonders Bedacht genommen.

Das Innenverhältnis der Stellvertretung beschreibt die vertragliche Verbindung zwischen dem Geschäftsherrn und dem beauftragten Vertreter. Im Bereich der organschaftlichen Stellvertretung würde hierbei die Verbindung zwischen der juristischen Person und dem Stellvertreter fallen. Das Innenverhältnis kann untern anderem durch einen Auftrag, Dienstvertrag oder eine Ermächtigung ausgestaltet sein.

³¹ *Koziol-Welser und Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 653.

³² *Perner/ Spitzer/ Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 132.

³³ *Zankl*, Bürgerliches Recht⁸ Rz 65; ³³ *Koziol-Welser und Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 671.

³⁴ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 138; ³⁴ *Koziol-Welser und Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 671.

³⁵ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 138.

³⁶ ³⁶ *Koziol-Welser und Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 675.

³⁷ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 135.

Das Außenverhältnis besteht aus dem Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, zum Beispiel zwischen einem Verkäufer (nP oder jP) und dem Kunden (Dritter).³⁸

Auf den ersten Blick erscheinen diese Verhältnisse sehr schlüssig und unkompliziert. Sie können aber in vielen Fällen Probleme bereiten, da der Umfang des Könnens im Außenverhältnis größer als das Dürfen im Innenverhältnis sein kann.

Als Beispiel kann hier ein Vorstand einer Aktiengesellschaft herangezogen werden. Gem. § 74 Abs 1 AktG³⁹ ist der Vorstand der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche die Satzung oder der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis festgesetzt hat. Dem gegenüber normiert aber Abs 2, dass Dritten gegenüber eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis unwirksam ist. Das bedeutet, dass für die Gültigkeit der Vertretung nur das Außenverhältnis entscheidend ist. Der Vorstand kann somit ein Geschäft jeglicher Art abschließen, ist aber im Falle einer internen Beschränkung und deren Verstoß im Innenverhältnis der Gesellschaft schadenersatzpflichtig. Man könnte hierbei der Praxis entnehmen, dass der Dritte in den meisten Fällen gar nichts von der internen Beschränkung wissen konnte.

2.4. Abgrenzungen zu anderen Rechtsinstituten

Nicht immer handeln Personen im Sinne der Stellvertretung, wenn Sie für Andere Dienste erbringen. Welche Dienste nicht der Stellvertretung zugerechnet werden können, sind im folgenden Kapitel angeführt:

- **Bote:** Im Gegensatz zum Stellvertreter, der im Umfang der Vollmacht einen eigenen Willen bildet und diesen im Namen des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritte äußert, überbringt ein Bote nur eine fremde Willenserklärung. Dies kann durch Übergabe eines Schriftstückes oder der mündlichen Überbringung einer Willenserklärung erfolgen. Ein Bote kann sowohl aktiv als Erklärungsbote Willenserklärungen überbringen, sowie auch passiv Willenserklärungen von anderen Personen als Empfangsbote entgegennehmen.⁴⁰ Die Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Bote kann aber unter Umständen sehr schwierig erscheinen, da die Grenze zwischen „ich möchte für X kaufen“ und „ich teile Ihnen mit, dass X kauft“ in der Praxis eine sehr unscharfe ist. Grundsätzlich gilt aber, dass wenn ein Bote

³⁸ Koziol-Welser und Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rn 635.

³⁹ öAktiengesetz BGBl I 2009/71 idgF.

⁴⁰ P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 275.

unabsichtlich als Vertreter des Geschäftsherrn auftritt und der eigentliche Geschäftszweck nicht in Gefahr kommt, der Vertrag zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritte, trotz Überschreitung der Vertretungsmacht zustande kommt.⁴¹

- **Treuhänder:**⁴² Der Treuhänder erwirbt aufgrund einer besonderen obligatorischen Bindung Treugut bzw Rechte vom Treugeber. Er handelt, im Unterschied zum Vertreter im eigenen Namen und kann über das Treugut wirksam verfügen und auch derivativ Eigentum übertragen, unabhängig davon ob es dem Treuhänder vom Treugeber erlaubt wurde. Der Treuhänder kann somit mehr als er unter Umständen darf.
- **Vermittler:** Beim Vermittler handelt es sich um keinen Stellvertreter, da er Personen grundsätzlich nur zusammenführt. Dies ist am Beispiel eines Maklers am besten illustrierbar, der nur den Abschluss eines Vertrages vermittelt, oder ein Handelsvertreter der unter Umständen nur einen Vertrag vorbereitet. Sowohl der Makler wie auch der Handelsvertreter können aber auch als Stellvertreter auftreten, in dem man Ihnen eine gesonderte Abschlussvollmacht erteilt.⁴³

2.5. Gestaltungsarten der Vollmacht⁴⁴

Eine Vollmacht bedeutet nicht, dass diese auch gleich uneingeschränkt gilt. Sie kann davon abhängig gemacht werden für welchen Kreis von Geschäften, für welchen Zeitraum diese gelten sollte und ist darüber hinaus noch territorial begrenzt. So unterscheidet man zwischen der Spezialvollmacht, welche nur zum Abschluss eines bestimmten Geschäftes bevollmächtigt und der Gattungsvollmacht, welche nur bestimmte Arten von Geschäften abzuschließen erlaubt. ZB kann die Gattungsvollmacht nur den Kauf von Waren umfassen.

Damit ein Vertreter zum Abschluss aller Geschäfte und Verträge bevollmächtigt wird, muss eine Generalvollmacht aufgesetzt werden, wobei diese mit unvorhersehbaren Folgen und Risiken für den Geschäftsherrn verbunden sein könnte.

Ergänzend zum ABGB, werden durch Sonderbestimmungen des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts weitere Formen zur Erteilung einer Vollmacht ermöglicht. Dies kann in Form der Prokura oder aber auch durch eine Handlungsvollmacht erfolgen.

⁴¹ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ 143.

⁴² P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 276 f.

⁴³ P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts⁹ Rz 278.

⁴⁴ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ 132.

Die Prokura kann für in das Firmenbuch eingetragene Unternehmen erteilt werden. Hierbei wird eine Formalvollmacht erteilt, welche Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann. Das bedeutet, dass eine natürliche Person, welcher die Prokura erteilt wurde, alle Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften, die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, besorgen kann. Eine Beschränkung der Prokura ist nur im Innenverhältnis möglich und kann gegenüber Dritten nicht beschränkt werden.⁴⁵

Die Handlungsvollmacht ist jede von Unternehmer erteilte Vollmacht, welche nicht als Prokura erteilt wurde.

3. Grundlagen des internationalen Privatrechts

Das Internationale Privatrecht – oder auch IPR genannt - scheint aufgrund des Namens wie ein einheitliches Recht aller Staaten im Bereich Privatrecht. Dass dies aber nicht der Fall ist, wird nach kurzer Betrachtung sehr schnell klar, da es sich weder ausschließlich um internationales Recht in Form von Übereinkommen noch um Privatrecht im sachrechtlichen Sinn handelt.⁴⁶

Staaten regeln ihr Privatrecht grundsätzlich autonom. Damit einhergehend gibt es regelmäßig Unterschiede und sachliche Verschiedenheiten zwischen den einzelnen Staaten und deren Rechtsgebiete. Kommt es nun aber zu privatrechtlichen Streitigkeiten mit Auslandsbezug, stellt sich sehr oft die Frage, welches Recht eines welchen Staates zur Klärung des Sachverhaltes heranzuziehen ist. Wie schnell so ein Fall eintreten kann und wie relevant das IPR für jede Person ist, sollte folgendes Beispiel widerspiegeln:

*Ein österreichischer Staatsbürger kollidiert mit seinem in Österreich angemeldeten Fahrzeug frontal gegen das in der Schweiz gemietete Fahrzeug eines deutschen Staatsbürgers. Dieser Unfall ereignet sich in Rom, Italien.*⁴⁷

Allein in diesem Sachverhalt ergeben sich mehrere mögliche Anhaltspunkte für die Anwendung unterschiedlicher Rechtsordnungen aus verschiedenen Staaten.

⁴⁵ Trogger/Trenker in Zib/Dellinger, Unternehmensgesetzbuch (2013) zu § 49 UGB 279 ff.

⁴⁶ Schwimann, Internationales Privatrecht³ (2001) 7.

⁴⁷ Abgeändertes, aber dem Sinn nach identes Beispiel aus Schwimann, Internationales Privatrecht³ 1.

Das internationale Privatrecht bzw die darin enthaltenen Normen des IPR regeln, welche Rechtsordnung auf einen bestimmten Fall des Privatrechts anzuwenden ist. Wichtig dabei ist, dass der Sachverhalt des konkreten Falles einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, um kollisionsrechtliche Relevanz zu haben.⁴⁸ Dieser grenzüberschreitende Bezug bzw die Auslandsberührung ist unter dem Gesichtspunkt des Gerichtsstaates (Staat in dem das Gericht sitzt in dem der Fall anhängig ist) zu beurteilen⁴⁹.

Wie bereits im Beispiel oben gezeigt wird, kommt es bei einem grenzüberschreitenden Fall sehr schnell dazu, dass die nationalen Rechtsordnungen mit einander kollidieren und um die Anwendung ringen. Hierdurch ergibt sich die Bezeichnung „Kollisionsrecht“.⁵⁰ Die Funktion dieser Normen ist es, jene Sachverhalte und deren Merkmale zu beschreiben, bei welchen eine Anwendung eines bestimmten Rechts vorgenommen werden sollte.⁵¹ Ist dies der Fall, wird von einer Verweisung gesprochen.⁵² Der Staat in dem der Fall behandelt wird, untersucht somit ob der Sachverhalt unter sein IPR fällt und prüft welches Recht zur Anwendung kommt.

Zusammengefasst handelt es sich beim IPR um einzelstaatliches Recht, bei dem der Staat entscheidet in welchen Fällen er fremdes Recht zur Anwendung kommen lässt.⁵³ All jene Bereiche, die nicht in den Bereich des Privatrechts fallen, zB Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Strafrecht oder Verfahrensrecht, unterliegen nicht dem IPR.⁵⁴

Um die Anwendbarkeit des IPR grundsätzlich zu prüfen, muss vorab geklärt werden welches Gericht international zuständig ist.

Für die Zuständigkeitsprüfung, muss innerhalb der EU die EuGVVO⁵⁵ oder ansonsten die Jurisdiktionsnorm angewendet werden. Die Funktion dieser Normen ist ähnlich jener des IPR und weist eine bestimmte Rechtsfrage einem oder mehreren internationalzuständigen Gerichten zu. Das anschließend zuständige Gericht ist zur Prüfung verpflichtet, ob auf die zu entscheidende Rechtsfrage, einheitliches Sachrecht angewendet werden kann. Bei diesem einheitlichen Sachrecht han-

⁴⁸ Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) Rz 1/1.

⁴⁹ Schwimann, Internationales Privatrecht³ 2; Schwind, IPR (1990) Rz 39.

⁵⁰ Schwimann, Internationales Privatrecht³ 6.

⁵¹ Schwind, IPR Rz 44.

⁵² Schwimann, Internationales Privatrecht³ 6.

⁵³ Schwimann, Internationales Privatrecht³ 7.

⁵⁴ Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 1/1.

⁵⁵ VO (EG) 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2001/12, 1.

delt es sich um Übereinkommen zwischen Staaten. Im Falle eines Sachverhaltes mit Auslandsbezug in dem der zuständige Staat ein Übereinkommen geschlossen hat, muss Einheitsrecht angewendet werden. Im Bereich der EU fallen zB die Grundfreiheiten gem dem AEUV⁵⁶ sowie EU Verordnungen unter das Einheitsrecht. Als internationale Beispiele zum Sachrecht bzw Einheitsrecht können das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr⁵⁷ oder das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht)⁵⁸ angeführt werden.⁵⁹

Erst wenn die Anwendung eines Einheitsrechtes nicht möglich ist, wird das IPR jenes Staates herangezogen in dem das zuständige Gericht ihren Sitz hat. Sollte das zuständige Gericht somit den Sitz in Österreich haben, können das direkt anzuwendende IPR der EU ua Rom-I VO⁶⁰ und Rom-II VO⁶¹, internationale Übereinkommen sowie das autonome IPRG zu Anwendung kommen.

3.1. Das internationale Stellvertretungsrecht

Das rechtsgeschäftliche Tätigwerden eines Stellvertreters tritt sehr häufig im internationalen Bezug auf. Dieser grenzüberschreitende Sachverhalt kann sehr schnell zustande kommen, wenn zum Beispiel ein international tätiger Konzern eine Vollmacht an einen inländischen Vertriebsmitarbeiter ausstellt. Wurde in der Stellvertretung der Wirkungskreis der Vollmacht nicht eingeschränkt, gilt diese auch im Ausland und könnte vom Vertreter somit auch für grenzüberschreitende Geschäfte genutzt werden. Auch wenn der inländische Vertreter ein Geschäft in Österreich abschließt, sein Geschäftspartner aber eine deutsche Gesellschaft mit Niederlassung in Österreich ist, liegt ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor. Dieses Beispiel soll demonstrieren, dass es sich bei der Anwendung des Stellvertretungsrechts im internationalen Kontext um keinen Sonderfall handelt.

Wie bereits oben angeführt, spielen neben den nationalen Gesetzen besonders Einheitsrecht bzw Übereinkommen zwischen Staaten, zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts eine wichtige Rolle. Im Bereich des Stellvertretungsrechts ist das Haager Stellvertretungsübereinkommen das

⁵⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁵⁷ Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßenverkehr (CMR) BGBl III 2017/19.

⁵⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf BGBl III 2017/170.

⁵⁹ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2-4.

⁶⁰ VO (EG) 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6.

⁶¹ VO (EG) 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl L 2007/199, 40.

einziges Übereinkommen auf internationaler Ebene. Auf der Ebene der Europäischen Union wurde zwar eine Kodifikation einer Kollisionsnorm zur Stellvertretung angedacht, schlussendlich jedoch nicht umgesetzt.

Im folgenden Kapitel werden der aktuelle Stand sowie historische Veränderungen dazu beschrieben.

4. Vorrangige Rechtsquellen des IPR

4.1. Übereinkommen über vertragliche Schuldverhältnisse

Das EVÜ bzw die Rechtsvorschrift für Übereinkommen über vertragliche Schuldverhältnisse⁶², hat das Thema Stellvertretung bereits im Jahre 1980 von seinem Anwendungsbereich ausgenommen. Die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich wurde mit den Argumenten begründet, dass der im EVÜ herrschende Grundsatz der Privatautonomie im Bereich der Stellvertretung in den wenigsten Staaten Anerkennung genießt⁶³ und dass die Regeln des Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anzuwendende Recht von 1978⁶⁴ nicht durch das EVÜ „overruled“ bzw anders geregelt werden sollte.⁶⁵ Aus diesen Gründen wurde eine Kollisionsnorm zum Stellvertretungsrecht nicht in den Normenkatalog des EVÜ aufgenommen.

4.2. Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anzuwendende Recht von 1978

Verabschiedet wurde der Entwurf des Übereinkommens über das auf Vertreterverträge und die Stellvertretung anzuwendende Recht auf der 13. Haager Konferenz.⁶⁶ Das einheitliche Recht oder

⁶² (Europäisches) Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 1980 BGBl III 1998/166 in Folge auch EVÜ genannt.

⁶³ Giuliano/Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ABL. EG 1980 C 282/1 (13) = Schwarz, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen 2007, 733 (733).

⁶⁴ Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency, englischer und französischer Text abgedruckt in: RabelsZ 43 1979, 176 (176 ff).

⁶⁵ Begründung der Kommission zu Art 7 des Vorschlages für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I): KOM (2005) 650 endg. vom 15.12.2005, 8.

⁶⁶ Ferner auch <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>, Stand 12.09.2017 14:25 Uhr.

auch „loi uniforme“ genannt, regelt harmonisiert das Kollisionsrecht im Verhältnis zwischen Geschäftsherr und Vertreter⁶⁷ sowie das Außenverhältnis bzw den Vertrag zwischen Geschäftsherr und Drittem⁶⁸.

Mit Ausnahme dieses Haager Stellvertretungsübereinkommens besteht kein weiteres internationales Übereinkommen für den Bereich der gewillkürten Stellvertretung auf internationaler Ebene. Zwar stellt dieses Übereinkommen eine gemeinsame und harmonisierte Regelung der Stellvertretung dar, welches aber nur durch die Staaten Frankreich, Argentinien, Portugal und Niederlande ratifiziert worden ist.⁶⁹ Sowohl Österreich, Deutschland wie auch die Schweiz ratifizierten dieses Übereinkommen nicht. Anders als in Österreich und Deutschland, verweist und referenziert jedoch die schweizerische Literatur in Bezug auf das dort geltenden IPRG immer wieder zum Zweck der Rechtsauslegung auf das Haager Stellvertretungsübereinkommen.⁷⁰

Gem Art 1 HStÜ ist der sachliche Anwendungsbereich des Übereinkommens sehr weitläufig. Es werden Übermittlungs-, Verhandlung- und Abschlussvollmacht für ständige wie auch für Gelegenheitsvertreter erfasst. Interessant ist bei diesem Abkommen, dass hier auch die mittelbare Vertretung, also das Handeln im eigenen Namen aber auf fremde Rechnung, umfasst wird⁷¹. Ebenfalls wird das Handeln eines Maklers im Übereinkommen explizit geregelt⁷². Nicht umfasst vom Übereinkommen sind alle Fragen der Form, Geschäftsfähigkeit, gesetzlichen Vertretung sowie die organschaftliche Vertretung.⁷³ Da dieses Übereinkommen weder in Österreich, Deutschland noch in der Schweiz gilt, wird für weitere Informationen auf die einschlägige Literatur verwiesen.

4.3. Kommissionsvorschlag für die Kodifizierung des Stellvertretungsstatutes in der ROM-I Verordnung

Auf europäischer Ebene wurde bis heute kein einheitliches Recht geschaffen, welches die Frage des Stellvertretungsrechtes behandelt. In Art 1 Abs 2 lit g Rom-I VO⁷⁴ hält der europäische Gesetzgeber explizit fest, dass 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

⁶⁷ Art 5 – 10 Haager Übereinkommen über das auf das auf Vertretungsverträge und die Stellvertretung anwendbare Recht (HStÜ) vom 14.03.1978.

⁶⁸ Art 11-15 HStÜ.

⁶⁹ Haager Übereinkommen über das auf das auf Vertretungsverträge und die Stellvertretung anwendbare Recht vom 14.03.1978, englischer und französischer Text in RabelsZ 1979, 176 (176 ff).

⁷⁰ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ (2015) Rz 7.366 ff.

⁷¹ Art 1 Abs 3 HStÜ.

⁷² Art 1 Abs 4 HStÜ.

⁷³ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.449.

⁷⁴ Rom I VO (EG) 593/2008, ABl 2008/177, 6.

Vereins oder einer anderen juristischen Person diese Gesellschaft, diesen Verein oder diese juristische Person gegenüber Dritten verpflichten kann - vom Anwendungsbereich der Rom-I VO ausgenommen ist.⁷⁵

Zur Verbesserung dieser Situation bzw zum Schließen dieser Lücke wurde ein Vorschlag des Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht erstellt, der die Aufnahme der gewillkürten Stellvertretung als Kollisionsnorm in die Rom-I VO vorsieht.⁷⁶

Dieser Entwurf - die Vertreterverträge in den Anwendungsbereich der Rom-I VO einzugliedern – wurde in den Vorschlag der Kommission der Europäischen Union vom 15.12.2005 in Art 7 Rom-I-VO-E wie folgt übernommen:

[1] Mangels einer Rechtswahl nach Artikel 3 unterliegen Verträge zwischen einem Geschäftsherr und einem Vertreter dem Recht des Staates, in dem der Vertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, es sei denn, der Vertreter übt seine Tätigkeit hauptsächlich in dem Staat aus, in dem der Vertretene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder ist dazu verpflichtet, seine Tätigkeit dort auszuüben; in diesem Fall gilt das Recht dieses Staats.

[2] Für das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherr und dem Dritten, das dadurch entstanden ist, dass der Vertreter in Ausübung seiner Vertretungsmacht, über seine Vertretungsmacht hinaus oder ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, ist das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Vertreters zum Zeitpunkt seines Handelns maßgebend. Es gilt jedoch das Recht des Staates, in dem der Vertreter gehandelt hat, wenn entweder der Vertretene, in dessen Namen der Vertreter gehandelt hat, oder der Dritte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat hat, oder wenn der Vertreter dort an der Börse tätig war oder an einer Versteigerung teilgenommen hat.

[3] Ist das auf das in Absatz 2 geregelte Verhältnis anzuwendende Recht vonseiten des Geschäftsherr oder des Dritten schriftlich bestimmt und von der anderen Partei ausdrücklich anerkannt worden, ist für dieses Verhältnis abweichend von Absatz 2 das so bestimmte Recht maßgebend.

⁷⁵ Rom I VO (EG) 593/2008, ABl 2008/177, 6; vgl *Verschraegen*, Internationales Privatrecht (2012) RZ 539.

⁷⁶ *Schwarz*, Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen, *RabelsZ* 2007, 733 (735).

*[4] Das nach Absatz 2 bestimmte Recht ist auch für das Verhältnis zwischen Vertreter und Drittem maßgebend, das dadurch entstanden ist, dass der Vertreter in Ausübung seiner Vertretungsmacht, über seine Vertretungsmacht hinaus oder ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.*⁷⁷

Hierbei hatte die Kommission die Einführung einer Kollisionsnorm vorangetrieben, die auf alle drei Rechtsverhältnisse, welche aus einem Vertretungsvertrages entstehen können, Anwendung findet. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn gem Abs 1, das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Drittem gem Abs 2 und 3 sowie das Verhältnis zwischen Vertreter und dem Dritten nach Abs 4.

Gem des oben dargestellten Art 7 Abs 2 Rom-I VO-E sollte daher die gewillkürte Stellvertretung im Verhältnis des Geschäftsherrn zum Dritten nicht dem Statut des Vertretervertrages oder dem Statut des vom Vertreter mit dem Dritten in Ausübung der Vollmacht geschlossenen Vertrages unterliegen. Allein der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Vertreters zum Zeitpunkt seines Handelns, sollte relevant für das anzuwendende geltende Recht sein. Sollte der Vertrag im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit des Vertreters geschlossen werden, ist nicht der gewöhnliche Aufenthalt sondern der Ort der vertragsbetreuenden Niederlassung maßgebend gem Art 18 Abs 2 Rom-I VO-E:

*„Wird der Vertrag im Rahmen der Ausübung der beruflichen Tätigkeit einer natürlichen Person geschlossen, gilt als Ort des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne dieser Verordnung der Ort ihrer beruflichen Niederlassung.“*⁷⁸

Ausnahmen treten ein, wenn der gem Art 7 Abs 2 S 3 Rom-I VO-E der Vertreter in jenem Staat gehandelt hat in dem der Vertretene oder der Dritte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In diesem Fall wäre das Recht dieses Staates anzuwenden gewesen.

Art 7 Abs 1 S 1 Rom-I VO-E weist aber darauf hin, dass eine ausdrücklich anerkannte Rechtswahl Vorrang gegenüber einer objektiven Anknüpfung gem Art 7 Abs 2 Rom-I VO-E genießt.⁷⁹

Diese Rechtswahl gem Abs 1 erfordert für die Parteien die Schriftform und bedingt zusätzlich einer ausdrückliche Anerkennung, der in diesem Fall getroffenen Rechtswahl, durch die Parteien

⁷⁷ Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I) RomI-E, KOM [2005] 650 endg.

⁷⁸ Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I) RomI-E, KOM [2005] 650 endg.

⁷⁹ *Reithmann/Mariny/Hausmann*, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.363.

selbst. Sowohl das österreichische wie auch das neue deutsche Gesetz sehen für diesen Fall keine Schriftlichkeit vor.

Dieser Vorschlag der Kommission wurde in der Fachliteratur teilweise hart kritisiert. Grund dafür war zB, dass die Grundregel des Art 7 Abs 2 Rom-I VO-E nicht hinreichend deutlich zwischen den einzelnen Rechtsverhältnissen unterschieden hat. Der hauptsächlich dafür verantwortliche Grund, warum diese Regelung aber erst gar nicht in den Normenkatalog der Rom-I VO aufgenommen wurde, ist aber der in der einschlägigen Literatur genannte Widerstand Englands gegen diese Norm.⁸⁰

5. Nationales IPR

5.1. Österreichische Rechtslage

In Österreich regelt das IPRG⁸¹ die gewillkürte Stellvertretung im kollisionsrechtlichen Sinne. Der § 49 öIPRG⁸² normiert die gewillkürte Stellvertretung wie folgt:

§ 49. (1) *Die Voraussetzungen und die Wirkungen der gewillkürten Stellvertretung im Verhältnis des Geschäftsherrn und des Stellvertreters zum Dritten sind nach dem Recht zu beurteilen, das der Geschäftsherr in einer für den Dritten erkennbaren Weise bestimmt hat.*

(2) *Ist das anzuwendende Recht nicht bestimmt worden, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn tätig werden soll; ist der Stellvertreter für mehrere Geschäfte bestellt worden, so nach dem Recht des Staates, in dem er nach dem dem Dritten erkennbaren Willen des Geschäftsherrn regelmäßig tätig werden soll.*

(3) *Versagt auch die im Abs. 2 vorgesehene Anknüpfung, so ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Stellvertreter tätig wird.*

⁸⁰ Schwarz, RabelsZ 2007, 735.

⁸¹ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) BGBl. 2015/87.

⁸² IPRG BGBl. 2015/87.

Klar zu trennen ist nach österreichischem Recht das Innen- und Außenverhältnis, da nur Letzteres, also das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Stellvertreter zum Dritten von § 49 öIPRG umfasst ist. Das Innenverhältnis sowie das Grundverhältnis bzw Ausführungsgeschäft sind nicht von dieser Kollisionsnorm umfasst⁸³ und unterliegen dem zugrundeliegenden vertraglichen Verhältnis, wie zum Beispiel einem Auftrag.⁸⁴

Der Anwendungsbereich an sich, umfasst alle vermögensrechtlichen Angelegenheiten, welche nicht eine organschaftlichen oder gesetzliche Vertretungsart darstellen. Dies schließt die Anscheinsvollmacht, die Duldungsvollmacht sowie das „Geschäft für den, den es angeht“ mit ein.⁸⁵

Des Weiteren können grundlegend alle Fragen rund um die Vollmacht zum Umfang dieser Bestimmung hinzugezählt werden, wie zum Beispiel die Reichweite und das Erlöschen einer Vollmacht, die Überschreitung der Vollmacht oder die nachträgliche Genehmigung einer Vollmacht.⁸⁶ Daher ist es unstrittig, dass die Frage ob ein Missbrauch der Vollmacht vorliegt oder ob die Beurteilung des falsus procurator nach dem Vollmachtsstatut gem des § 49 öIPRG zu klären ist.⁸⁷

Der § 49 öIPRG bietet in Österreich primär die Möglichkeit, das anzuwendende Recht, durch eine für den Dritten erkennbare Rechtswahl des Geschäftsherrn, zu bestimmen.⁸⁸ Hierbei handelt es sich um eine einseitige Rechtswahl, welche ausdrücklich oder schlüssig getroffen werden kann.⁸⁹

Wurde keine Rechtswahl gem § 49 Abs 1 öIPRG durch den Geschäftsherrn vorgenommen, ist das anzuwendende Recht nach dem so genannten Bestimmungsort gem § 49 Abs 2 öIPRG zu ermitteln. Dieser Abs 2 orientiert sich nach jenem erkennbaren Willen des Geschäftsherrn, der bestimmt in welchem Land der Vertreter für den Geschäftsherrn tätig werden soll.⁹⁰ Ist der Wille des Geschäftsherrn nicht erkennbar, ist im Zweifel der Staat in dem der Vertreter, wenn vorhanden, seinen festen Geschäftssitz unterhält. Ist der Wille des Geschäftsherrn erkennbar den Vertreter bei

⁸³ Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/35; Verschraegen, Internationales Privatrecht Rz 540; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 63.

⁸⁴ Lurger/Melcher, Internationales Privatrecht² Rz 2/25.

⁸⁵ OGH 29.4.2003, 4 Ob 68/03h; OGH 20.10.2001, 1 Ob 49/01i.

⁸⁶ Lurger/Melcher, Handbuch IPRG Rz 2/34; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 63; Verschraegen in Rummel³ IPRG § 49 Rz 12; OGH 21.7.2011, 1 Ob 70/11t.

⁸⁷ Verschraegen in Rummel, § 49 IPRG³ Rz 4.

⁸⁸ OGH 28.9.1989, 8 Ob 48/89.

⁸⁹ Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/35.

⁹⁰ Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/36.

mehreren Geschäften einzusetzen, so wird der regelmäßige Tätigkeitsort des Vertreters herangezogen, unter der Voraussetzung dass der regelmäßige Tätigkeitsort für den Dritten erkennbar ist.⁹¹

Ist nach § 49 Abs 2 öIPRG das anzuwendende Recht nicht bestimmbar, ist das Recht jenes Staates gem § 49 Abs 3 öIPRG anzuwenden, in dem der Vertreter tatsächlich tätig geworden ist. Hierbei handelt es sich um den so genannten Gebrauchsort.⁹² Eine Anknüpfung am Gebrauchsort ist jedenfalls bei fehlender Vertretungsmacht, Anscheinsvollmacht und der Duldungsvollmacht anzuwenden.⁹³ Die Anscheinsvollmacht kann aber auch über § 49 Abs 2 öIPRG gelöst werden, sofern sich aus dem Geschäftsherrn zurechenbaren Anschein ein Bestimmungsort ableitbar ist.⁹⁴

Die Vertretungsmacht eines Kapitäns, die Prozessvollmacht, die Form einer Vollmacht und die Vollmacht für Liegenschaftsverfügungen werden nicht vom Anwendungsbereich des § 49 öIPRG umfasst.

5.2. Deutsche Rechtslage

Mit 17.06.2017 ist in Deutschland Art 8 EGBGB⁹⁵ für die gewillkürte Stellvertretung in Kraft getreten. Vor dieser Regelung wurde das vorliegende Thema rein von der Judikatur im Sinne der Rechtsfortbildung bestimmt. Die fehlende Norm stellte daher eine Leerstelle im deutschen nationalen Kollisionsrecht dar.⁹⁶ Erste Entwürfe dazu wurden 2015 konzipiert, wofür Andreas Spickhoff den Grundstein mittels eines vorbereitenden Gutachtens legte.⁹⁷ Bereits im Sommer 2015 wurde der erste Regelungsvorschlag der Zweiten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht final erstellt. Ein Jahr später wurde bereits folgender Gesetzesentwurf in Form einer Gesetzesänderung vom Bundesministerium präsentiert:⁹⁸

⁹¹ OGH 29.9.2010, 7 Ob 150/10z.

⁹² OGH 1 Ob 49/01i ZfRV 2003, 22.

⁹³ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/38.

⁹⁴ OGH 22.10.2001, 1 Ob 49/01i.

⁹⁵ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 21.9.1994 (BGBl I S 1607).

⁹⁶ *Rademacher*, Kodifikation des internationalen Stellvertretungsrechts – Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums, IPRax 2017, 56 (56).

⁹⁷ *Spickhoff*, RabelsZ 2016, 481.

⁹⁸ *Rademacher*, IPRax 2017, 56; Geändert durch Gesetz zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts vom 11.06.2017 (BGBl I S 1607).

Art 8 (1) Auf die gewillkürte Stellvertretung ist das vom Vollmachtgeber vor der Ausübung der Vollmacht gewählte Recht anzuwenden, wenn die Rechtswahl dem Dritten und dem Bevollmächtigten bekannt ist. Der Vollmachtgeber, der Bevollmächtigte und der Dritte können das anzuwendende Recht jederzeit wählen. Die Wahl nach Satz 2 geht derjenigen nach Satz 1 vor.

(2) Ist keine Rechtswahl nach Absatz 1 getroffen worden und handelt der Bevollmächtigte in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit, so sind die Sachvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Bevollmächtigte im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, es sei denn, dieser Ort ist für den Dritten nicht erkennbar.

(3) Ist keine Rechtswahl nach Absatz 1 getroffen worden und handelt der Bevollmächtigte als Arbeitnehmer des Vollmachtgebers, so sind die Sachvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Vollmachtgeber im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, es sei denn, dieser Ort ist für den Dritten nicht erkennbar.

(4) Ist keine Rechtswahl nach Absatz 1 getroffen worden und handelt der Bevollmächtigte weder in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit noch als Arbeitnehmer des Vollmachtgebers, so sind im Falle einer auf Dauer angelegten Vollmacht die Sachvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Bevollmächtigte von der Vollmacht gewöhnlich Gebrauch macht, es sei denn, dieser Ort ist für den Dritten nicht erkennbar.

(5) Ergibt sich das anzuwendende Recht nicht aus den Absätzen 1 bis 4, so sind die Sachvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Bevollmächtigte von seiner Vollmacht im Einzelfall Gebrauch macht (Gebrauchsort). Mussten der Dritte und der Bevollmächtigte wissen, dass von der Vollmacht nur in einem bestimmten Staat Gebrauch gemacht werden sollte, so sind die Sachvorschriften dieses Staates anzuwenden. Ist der Gebrauchsort für den Dritten nicht erkennbar, so sind die Sachvorschriften des Staates anzuwenden, in dem der Vollmachtgeber im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(6) Auf die gewillkürte Stellvertretung bei Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken ist das nach Artikel 43 Absatz 1 und Artikel 46 zu bestimmende Recht anzuwenden.

(7) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die gewillkürte Stellvertretung bei Börsengeschäften und Versteigerungen.

(8) Auf die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne dieses Artikels ist Artikel 19 Absatz 1 und 2 erste Alternative der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des Vertragsschlusses die Ausübung der Vollmacht tritt. Artikel 19 Absatz 2 erste Alternative der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 ist nicht anzuwenden, wenn der nach dieser Vorschrift maßgebende Ort für den Dritten nicht erkennbar ist.

Diese Bestimmung zur gewillkürten Stellvertretung im IPR ist weder im österreichischen IPRG noch im schweizer IPRG in diesem Umfang und dieser Granularität kodifiziert worden.

Ähnlich wie im österreichischen Recht, sind die gesetzliche Stellvertretung und die organschaftliche Stellvertretung vom Anwendungsbereich dieser Regelung ausgenommen.⁹⁹ Weiters wurden alle Börsen- und Versteigerungsgeschäft sowie Immobiliengeschäfte ausdrücklich von Art 8 EGBGB ausgenommen.

Aus dem derzeitigen Stand kann angenommen werden, dass Art 8 EGBGB auf die Erteilung, Beendigung sowie auf Fragen des Umfangs der Stellvertretung anzuwenden ist.¹⁰⁰ Der genaue Anwendungsbereich wurde aber bewusst in der Regelung offen gelassen um dies durch Judikatur und Lehre schließen zu lassen.¹⁰¹ Ebenso offen gelassen wurde die Antwort auf die Frage ob die Rechtsscheinvollmacht und der falsus procurator ebenfalls in den Anwendungsbereich des Art 8 EGBGB fallen. Vor der Einführung dieser Regelung wurde die Rechtsscheinvollmacht nicht vom Vollmachtsstatut umfasst, da diese in der Praxis schwer bzw nicht von der konkludenten Bevollmächtigung unterschieden werden kann. Auch jetzt scheint die Rechtsscheinvollmacht nicht vom neuen Vollmachtsstatut umfasst zu sein.¹⁰² Der falsus procurator wurde bereits in Art 12 Abs 2 Rom-II VO geregelt. Somit sollte es nicht in die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers fallen über die Reichweite des Art 12 Abs 2 Rom-II VO zu entscheiden.¹⁰³

Die Anknüpfung für Grundstücksverfügungen werden zwar explizit im Art 8 EGBGB genannt, verweisen aber ganzheitlich auf Art 43 Abs 1 und Art 46 EGBGB um eine homogene Beurteilung

⁹⁹ Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Anhang II zu Art 1 Rom I-VO Rn. 10.

¹⁰⁰ Rademacher, IPRax 2017, 56.

¹⁰¹ Rademacher, IPRax 2017, 57, Spickhoff, RabelsZ 2016, 522 f u 526 f; von Hein, Beschluss der Zweiten Kommission des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zu dem auf die Vollmacht anwendbaren Recht, IPRax 2015, 578 (580).

¹⁰² Bach, Zurück in die Zukunft – die dogmatischen Einordnung der Rechtsscheinvollmacht im gemeineuropäischen IPR, IPRax 2011, 116 (116 ff).

¹⁰³ Reuter, Die Qualifikation der Haftung des falsus procurator im internationalen Privatrecht (2015), 205 ff.

einer Verfügung über Immobilien zu gewährleisten. Im Umkehrschluss könnte dies aber bedeuten, dass mit Ausnahme der Immobilienverfügungen alle weiteren Verfügungsgeschäfte von Art 8 umfasst sein müssten.¹⁰⁴ Die Klärung dieser Frage obliegt wohl der zukünftigen Judikatur.

Wie auch in Österreich wird die Frage der Form der Erteilung der Vollmacht nicht vom Vollmachtsstatut selbst umfasst, sondern knüpft gesondert an die *lex specialis* Art 11 EGBGB an. Dasselbe gilt für die Frage der Geschäftsfähigkeit, welche gesondert von Art 8 nach Art 7 EGBGB zu beurteilen ist.¹⁰⁵ Unter der Frage der Geschäftsfähigkeit, wird die Beurteilung verstanden, ob ein Vertreter bei Erteilung der Vollmacht nach dem jeweilig anzuwendenden Recht geschäftsfähig war bzw ist.¹⁰⁶ Die Beantwortung der Frage ob ein Minderjähriger bevollmächtigt werden kann, bzw ob die Vollmacht durch den Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit erloschen ist, erfolgte bereits vor Einführung des Art 8 EGBGB durch das judizierte Vollmachtsstatut selbst und dürfte sich auch jetzt wieder darin finden.¹⁰⁷

5.3. Schweizer Rechtslage

In Anbetracht der Historie der bundesgerichtlichen Entscheidungen zu grenzüberschreitenden Stellvertretungsfällen in der Schweiz, vor Inkrafttreten des schweizer IPRG, wird klar, dass kein einheitlicher Anknüpfungspunkt aus den Entscheidungen hervorgegangen war. So war es im Jahr 1916 das Recht des Vertreters welches das anwendbare Recht bestimmte.¹⁰⁸ Vier Jahre später das Recht am Wohnsitz des Geschäftsherrn mit Ausnahmen für angestellte Vertreter und selbstständige Vertreter wenn diese im Staat des Hauptgeschäftes tätig waren¹⁰⁹ und bereits 1923 prägte das Recht am Abschlussort die Beurteilung des anzuwendenden Rechts, sofern dieser mit dem Gebrauchsort zusammen gefallen war.¹¹⁰

Erst mit dem Jahr 1962 kristallisierte sich eine einheitliche Anknüpfung heraus. In zwei Entscheidungen wurde die Frage der Ermächtigung des Vertreters durch den Geschäftsherrn und der Umfang der Vollmacht getrennt behandelt. Dabei wurde die Ermächtigung am Sitz des Geschäftsherrn

¹⁰⁴ Rademacher, IPRax 2017, 57.

¹⁰⁵ Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Anhang II zu Art 1 Rom I-VO Rn. 12.

¹⁰⁶ Spickhoff, RabelsZ 2016, 528.

¹⁰⁷ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rn 7.419 f.

¹⁰⁸ BGE 42 II 650 f E 1a.

¹⁰⁹ BGE 46 II 494 E.

¹¹⁰ BGE 49 II 73 f E 1.

angeknüpft und der Umfang am Gebrauchsort der Vollmacht.¹¹¹ Dieses Vorgehen erlangte grundlegende Akzeptanz in der Judikatur und wurde in späteren Entscheidungen bestätigt.¹¹²

Mit dem Beschluss vom Parlament zum Erlass des Bundesgesetztes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 wurde ein einheitlich geltendes Recht geschaffen. Dieses Gesetz beinhaltete bereits das Thema Stellvertretung und dessen Anknüpfungspunkte.¹¹³ Das Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgte mit 1. Januar 1989.¹¹⁴

Die Kollisionsnorm der Stellvertretung wurde in Art 126 IPRG des schweizer Rechts wie folgt kodifiziert:

Art 126 (1) *Bei rechtsgeschäftlicher Vertretung untersteht das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherr und dem Vertreter dem auf ihren Vertrag anwendbaren Recht.*

(2) Die Voraussetzungen, und denen eine Handlung des Vertreters den Geschäftsherr gegenüber dem Dritten verpflichtet, unterstehen dem Recht des Staates, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat oder; wenn eine solche fehlt oder für den Dritten nicht erkennbar ist, dem Recht des Staates, in dem der Vertreter im Einzelfall hauptsächlich handelt.

(3) Steht der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zum Geschäftsherr und besitzt er keine eigene Geschäftsniederlassung, so befindet sich der Ort seiner Niederlassung am Sitz des Geschäftsherrn.

(4) Das nach Absatz 2 anwendbare Recht gilt auch für das Verhältnis zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter und dem Dritten.

Artikel 126 sIPRG und im speziellen Abs 2 zeigt, dass von der Spaltung, welche historisch von der Judikatur geprägt worden war, abgegangen wurde und auch das Außenverhältnis zentral angeknüpft wird.¹¹⁵

¹¹¹ BGE 88 II 192 f E 2a; BGE 88 II 199 f E 2; Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, Separatdruck EDMZ, 419.

¹¹² BGE 100 II 207 f E 4.

¹¹³ Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat und Zivilverfahrensrecht (2000) Rz 57.

¹¹⁴ Schnyder/Liatowitsch, Internationales Privat und Zivilverfahrensrecht Rz 57.

¹¹⁵ Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, Separatdruck EDMZ, 419.

Wie grundlegend alle Rechtordnungen, unterscheidet auch das schweizerische Recht zwischen den Rechtsverhältnissen Innenverhältnis, Außenverhältnis und dem Ausführungsgeschäft.¹¹⁶ Anders als im österreichischen Recht, knüpft das sIPRG der Schweiz das Innenverhältnis nicht losgelöst von Art 126 sIPRG an. Sowohl das Innen- wie auch das Außenverhältnis werden vom Vollmachtsstatut des Art 126 sIPRG mitumfasst.¹¹⁷ Sollte der Fall auftreten, dass das Innenverhältnis durch das anzuwendende Recht nichtig wird, hat sich in der Literatur die Ansicht gefestigt, dass die Vertretungsmacht Vorrang genießt um den Dritten zu schützen. Die Vollmacht sollte nach dieser Meinung, trotz der sich aus dem anwendbaren Recht des Abs 1 ergebender Nichtigkeit, bestehen bleiben.¹¹⁸

Generell ist in der Schweiz eine sehr starke Trennung bzw Unterscheidung zwischen einzelnen Begrifflichkeiten erkennbar. Die Bedeutung des Wortes „Vollmacht“, wird nur für das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter verwendet. Es ist jene Vollmacht die vom Geschäftsherrn dem Vertreter erteilt werden kann. Die Bezeichnung „Vertretungsmacht“ wird ausschließlich für das Außenverhältnis verwendet und bezeichnet das Vertreten-Können durch den Vertreter gegenüber dem Dritten.¹¹⁹

In der Schweiz wäre Art 126 sIPRG - aufgrund der systematischen Stellung des IPR - nur auf die Stellvertretung mit vertraglicher Basis anwendbar. Jedoch normierte der Gesetzgeber ausdrücklich in Abs 1, dass die gesamte „rechtsgeschäftliche“ Vertretung von Art 126 sIPRG mit umfasst sein sollte, was dazu führt, dass generell die gewillkürte Stellvertretung von diesem Artikel umfasst ist.¹²⁰

Im Umkehrschluss bedeutet es, dass die gesetzliche Stellvertretung nicht von Art 126 geregelt wird, und somit die Stellvertretung im Eherecht¹²¹, im Kindesrecht¹²² oder im Erbrecht¹²³ nicht davon umfasst wird.¹²⁴ Eine andere Meinung zu diesem Thema vertritt *Vischer*, der den Anwen-

¹¹⁶ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² (2004), Art 126 Rn 14.

¹¹⁷ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 16ff.

¹¹⁸ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 32.

¹¹⁹ *Keller/Schöbi*, Das Schweizerische Schuldrecht IV (1984) 71.

¹²⁰ *Siehr*, Gemeinsame Kollisionsregeln für das Recht der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse, in FS Moser (1987) 107.

¹²¹ Art 48 sIPRG.

¹²² Art 82 sIPRG.

¹²³ Art 92 sIPRG.

¹²⁴ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 6.

dungsbereich speziell im Abs 1 weiter sieht. Seiner Meinung nach kann die Frage, ob eine Vertretungsmacht kraft Gesetzes vorliegt als Vorfrage angeknüpft werden, um das Recht zu ermitteln nach welchem diese Frage geklärt werden sollte.¹²⁵

Des Weiteren ist im schweizer Recht die Vertretung einer Regierung oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht von Art 126 sIPRG umfasst, sondern das anwendbare Recht orientiert sich in diesen Fällen nach dem Recht des Geschäftsherrn-Staates.¹²⁶

Weiters sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers (bzw. des Willensvollstreckers) aufgrund der Nähe zum Erbrecht nicht auf diesen Artikel erstreckbar.¹²⁷

Anders als im österreichischen IPRG, richtet sich die Vertretungsbefugnis von Gesellschaftsorganen nicht vollständig nach dem gesonderten Gesellschaftsstatut Art 155 lit i, Art 158 und Art 160 sIPRG. Vielmehr regelt das Gesellschaftsstatut nur, welchen Personen Vertretungsmacht durch eine Organfunktion zukommt und in welchem Umfang der Wille durch die Organe selbst bekundet und gebildet werden kann.¹²⁸ Die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis bzw der Umfang der Vertretung der Organe an sich richtet sich im Einzelfall nach Art 126 sIPRG und ist dort anzuknüpfen.¹²⁹

Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte werden gleich wie im österreichischen IPRG nicht als Organe gesehen. Sie knüpfen grundsätzlich auch nach Art 126 sIPRG an.¹³⁰ Im Einzelfall kann aber aufgrund der Qualifikation der zugrundeliegenden Funktion des Vertreters, auf eine Organfunktion geschlossen werden und somit eine Sonderanknüpfung nach Art 156 sIPRG erfolgen.¹³¹

Der Anwendungsbereich dieses Artikels umfasst die Zulässigkeit der Stellvertretung, die Beurteilung von höchstpersönlichen oder anderen Geschäften inklusive deren Möglichkeit diese von einem Vertreter schließen zu lassen¹³², die Beurteilung der Offenlegung der Vertretungsmacht ge-

¹²⁵ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² (2000) 234 f.

¹²⁶ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 8.

¹²⁷ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 9.

¹²⁸ Marugg, Die Anknüpfung der organschaftlichen Vertretungsmacht bei der AG im IPR (1976) 76 ff; Moser, Einzelinteresse und Verkehrsschutz bei internationaler Betrachtung der gewillkürten Stellvertretung in FS zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St. Gallen (1949) 287 ff.

¹²⁹ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 10.

¹³⁰ Berger, Das Statut der Vollmacht im schweizer IPR mit vergleichender Berücksichtigung Deutschlands, Frankreichs, Englands sowie der internationalen Verträge und Vertragsentwürfe (1974) 23 f; Moser, Einzelinteresse und Verkehrsschutz bei internationaler Betrachtung der gewillkürten Stellvertretung 386.

¹³¹ Marugg, Die Anknüpfung der organschaftlichen Vertretungsmacht bei der AG im IPR 37 ff.

¹³² Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 25.

gegenüber dem Dritten sowohl durch den Geschäftsherrn wie auch durch den Vertreter und die Beurteilung von möglichen Willensmängeln.¹³³ Im Bereich der Beurteilung, ob eine Offenbarung der Vertretungsmacht durch den Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten erforderlich ist um eine direkte Rechtsbeziehung zwischen diesen zwei Beteiligten zu ermöglichen, kann ebenfalls nach Abs 2 beurteilt werden. Als Grundlage dafür muss aber immer die Erteilung der Vollmacht im Innenverhältnis gem Abs 1 geprüft werden, um die Interessen des Geschäftsherrn hinreichend mit einzubeziehen.¹³⁴

Anders als im deutschen oder österreichischen IPR wird im schweizer IPRG der Fall des falsus procurator explizit in Art 4 vom Anwendungsbereich des Art 126 sIPRG mit umfasst. Aus den Materialien geht dazu hervor, dass nur die Rechtsfolgen durch einen falsus procurator von diesem Absatz umfasst sind. Das bedeutet, dass grundsätzlich nur die Haftung gegenüber dem Dritten umfasst sein sollte. In der Literatur wird jedoch auch die Heilung einer Vertretung ohne Vollmacht unter Abs 4 subsummiert. Andere Meinungen unterstützen hingegen die Argumentation für diesen Fall eine Anknüpfung gem Abs 2 vorzunehmen.¹³⁵ Als Mittelweg könnte hierbei folgendes Vorgehen dienlich sein, dass strikt nur die Haftung unter Abs 4 anzuknüpfen ist, die Heilung durch den Geschäftsherrn, die Folgen der Nichtgenehmigung sowie der Widerruf einer Genehmigung strikt direkt nach Abs 2 zu beurteilen sind.¹³⁶

Auch der Zeitrahmen der Vertretungsmacht sowie das Erlöschen bestimmen sich nach dieser Kollisionsnorm. Hierbei ist es weitgehend unstrittig, dass sowohl das Erlöschen mittels Erklärung durch den Geschäftsherrn, wie aber auch das Erlöschen kraft Gesetz von dieser Norm umfasst sind.¹³⁷

Die Geschäftsfähigkeit selbst, beurteilt sich wie im österreichischen IPRG und deutschen EGBGB nicht nach dem Vollmachtstatut per se, sondern ist auch im schweizer IPRG gesondert anzuknüpfen.¹³⁸ Was hingegen sehr wohl in die Kollisionsnorm des Art 126 sIPRG hineinfällt, ist die Beurteilung in welchem Ausmaß der Vertreter handlungsfähig sein muss.¹³⁹ Als Beispiel ist es nach

¹³³ Berger, Das Statut der Vollmacht 145ff. von Cammerer, Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im deutschen IPR, RabelsZ 1959, 210.

¹³⁴ BGE 88 II 194 E 3; BGE 100 II 207 f E 4; Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² (2000) Rz 1029.

¹³⁵ Für die Anknüpfung nach Abs 2: Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 27; Für die Anknüpfung nach Abs 4: Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1032 bei FN 51.

¹³⁶ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 53.

¹³⁷ Berger, Das Statut der Vollmacht 152; von Cammerer, RabelsZ 1959, 201 (215); Schöneberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizer Zivilrechtsbuch³ V (1973) Rn 166.

¹³⁸ Für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit ist Art 35f sIPRG einschlägig.

¹³⁹ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1033.

österreichischem und schweizerischem Recht möglich mit beschränkter Geschäftsfähigkeit¹⁴⁰ rechtmäßige Handlungen als Vertreter vorzunehmen um den Geschäftsherrn zu binden.¹⁴¹

Die oben genannten Beispiele zur Tragweite sind dementsprechend evident, da die Bestimmung des anzuwendenden Rechts aufgrund der Trennung des Innenverhältnisses gem Art 1 und des Außenverhältnisses gem Art 2 nachvollziehbar sein müssen. Anders ist dies aber wenn man die Frage nach dem Rechtsschein aufwirft und die Beurteilung des Rechtsscheins nach den Voraussetzungen der Vertretungsmacht gem Art 2 beurteilt. Hierbei kann der Fall auftreten, dass der Ort des Auswirkens des Rechtscheins und des Handlungsortes auseinanderfallen. Sollte dies der Fall sein, wird in der schweizer Literatur die Meinung vertreten, dass das Recht des Handlungsortes Vorrang genießt.¹⁴²

Die Vornahme von Geschäften mit Grundstücken durch einen Vertreter richten sich bei der Beurteilung der Stellvertretung nach Art 126 IPRG. Im österreichischen Recht ist die Anknüpfung der Stellvertretung bei dinglichen Verfügung von Grundstücken strittig. Sehr oft wird in Österreich dazu die starke Bindung der Publizitätsvorschriften am Lageort der jeweiligen Liegenschaft als Argument genannt, um das anzuwendende Recht dementsprechend zu wählen und eine Anknüpfung am Stellvertretungsstatut zu vermeiden.¹⁴³

6. Rechtsvergleichung

Im folgenden Kapitel werden das deutsche, das schweizer und das österreichische Recht zum Thema Stellvertretung anhand von Anknüpfungsmerkmalen verglichen. Dieser Teil der Arbeit weist vergleichend den aktuellen Stand des deutschen EGBGB auf, sowie den historischen Stand der damals geltenden Rechtsfortbildung vor Gesetzesänderung des Art 8 EGBGB.

¹⁴⁰ Im schweizer Recht „bloss urteilsfähig“.

¹⁴¹ P. Bydlinki, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil⁷ (2016) Rz 9/22; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) 201.

¹⁴² Berger, Das Statut der Vollmacht 118f; Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1030, Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 40.

¹⁴³ Cornut, Der Grundstücksverkauf im IPRG, Dissertation Basel 1987 89; Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 35; a.A. Berger 122, Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1023.

6.1. Innenverhältnis

Von § 49 öIPRG ist nur das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Stellvertreter zum Dritten, das so genannte Außenverhältnis, umfasst. In der Literatur sind hierzu aber mehr Meinungen vertreten, welche teilweise auch das Innenverhältnis am Vollmachtsstatut anknüpfen möchten. *Verschraegen* vertritt die Meinung, dass eine strikte ausschließliche auf die direkte oder unmittelbare Stellvertretung beschränkte Anwendung durch die Sonderanknüpfung des § 49 öIPRG gegeben ist.¹⁴⁴ Auch *Schwimann* folgt dieser Ansicht und subsummiert ausschließlich die Fragestellung ob das erfolgte Handeln des Vertreters, den Geschäftsherr oder aufgrund fehlender Vertretungsmacht den Vertreter bindet.¹⁴⁵ *Schwind* versteht den § 49 Abs 1 öIPRG ähnlich, weist aber, aufgrund der systematischen Stellung und der Begrenzung des Anwendungsbereiches auf das Schuldrecht, darauf hin, dass innerhalb des Schuldrechts ein unbegrenzter Anwendungsbereich von dieser Norm umfasst ist und daher auch die mittelbare Stellvertretung bzw das Innenverhältnis umfasst sein müssen.¹⁴⁶ Der Großteil der Lehre und Literatur subsummieren rein die Beurteilung des Außenverhältnisses unter § 49 öIPRG um jenes Recht ermitteln zu können, ob die Stellvertretung korrekt zustande gekommen ist. Das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Stellvertreter ist daher anhand der Ermächtigung, dem Auftrag, dem Dienstvertrag oder der Treuhand zu ermitteln, und nicht nach dem Vollmachtsstatut.¹⁴⁷

Anders als in Österreich erfolgt nach dem schweizer Recht die Anknüpfung des Innenverhältnisses nicht gesondert. Es unterliegt dem Statut des der Vollmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses – zum Beispiel des Kommissionsvertrags, Arbeitsvertrags bzw generell ausgedrückt ein Vertrag zur Vornahme einer Rechtshandlung.¹⁴⁸ Wie bereits oben einführend erwähnt, muss im schweizer IPRG die Anknüpfung des Innen- und Außenverhältnisses nicht durch zwei verschiedene Kollisionsnormen erfolgen. Sowohl Lehre als auch Judikatur sind sich einig, dass die Anknüpfung nicht separat, sondern unselbständig durch das Vollmachtsstatut erfolgt.¹⁴⁹ Durch die allgemeine Anknüpfung nach Art 126 sIPRG unterliegt auch das Innenverhältnis dem Statut der Vollmacht. Anders ausgedrückt kann gesagt werden, dass das Innenverhältnis akzessorisch durch die Rechtsbeziehung des Grundverhältnisses bestimmt wird.¹⁵⁰ Dieses Grundverhältnis gibt somit

¹⁴⁴ *Verschraegen* in Rummel³, § 49 IPRG Rz 1; *Schwind*, IPR 224.

¹⁴⁵ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 62.

¹⁴⁶ *Schwind*, IPR RZ 463.

¹⁴⁷ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/34; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 540; *Schwind*, IPR Rz 461.

¹⁴⁸ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 16.

¹⁴⁹ *Berger*, Das Statut der Vollmacht im schweizer IPR mit vergleichender Berücksichtigung Deutschlands, Frankreichs, Englands sowie der internationalen Verträge und Vertragsentwürfe 131 ff; *Schöneberger/Jäggi*, Kommentar zum Schweizer Zivilrechtsbuch³ V N154.

¹⁵⁰ *Schnyder/Liatowitsch* Internationales Privat und Zivilverfahrensrecht Rz 597.

vor, welches Recht für die Prüfung der Begründung, des Umfangs, der Dauer bzw das Ende der Vollmacht anzuwenden ist. Des Weiteren wird durch das auf dem Grundverhältnis basierende Innenverhältnis auch die Zulässigkeit einer Selbstkontraktion, die Doppelvertretung im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und dem Vertreter sowie die Haftung des Vertreters zum Geschäftsherrn beurteilt.¹⁵¹

Auch das deutsche IPRG unterscheidet scharf zwischen dem Innen- und Außenverhältnis, analog zum Sachrecht dieses Staates.¹⁵² Auch ist diese Trennung nach dem EGBGB vorzunehmen, wenn das anwendbare ausländische Sachrecht diese Unterscheidung nicht vornimmt.¹⁵³

Daher knüpft das Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter nicht am Vollmachtsstatut an, sondern wird gem dem Statut des Innenverhältnisses gesondert angeknüpft, zB auf Grundlage des vorliegenden Auftrages oder des Dienstvertrages.¹⁵⁴ Dies ist durch das zutreffende Argument zu unterstreichen, dass das Innenverhältnis nicht für den Umfang der Vertretungsmacht maßgebend ist, sondern vielmehr darüber entscheidet, welche Rechte und Pflichten sich für den Vertreter aus dem zugrundeliegenden Vertrag ergeben.¹⁵⁵

Diese Ausführungen galten sowohl für die alte Rechtsprechung auf dem Gebiet der Stellvertretung, sowie für den neuen Art 8 EGBGB welcher ebenso keine Subsumtion des Innenverhältnisses zulässt.

6.2. Außenverhältnis

6.2.1. Subjektive Anknüpfung

6.2.1.1. Rechtswahl

Unter Rechtswahl versteht man die Wahl des anzuwendenden Rechts. Konkret im Bereich der Stellvertretung, entspricht dies der Wahl des geltenden Rechts auf das Außenverhältnis der Stellvertretung. Grundsätzlich ist diese Möglichkeit der Rechtswahl durch die IPR-Gesetze vieler Staaten gewährleistet. Darunter sind das österreichische Recht gem § 49 Abs 1 öIPRG, das deutsche Recht gem Art 8 Abs 1 EGBGB, das spanische Recht gem Art 10 Abs 11 c.c. und das bulgarische Recht gem Art 62 Abs 3 IPRG zu nennen.¹⁵⁶

¹⁵¹ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1011 f.

¹⁵² Reitmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.369.

¹⁵³ Spellenberg in Münchner Kommentar⁶ X (2015), vor Art 11 EGBGB Rz 8.

¹⁵⁴ Spellenberg in Münchner Kommentar⁶, vor Art 11 EGBGB Rz 59; anders OLG München, IPRax 1990, 320 (322).

¹⁵⁵ Spellenberg in Münchner Kommentar⁶, vor Art 11 EGBGB Rz 58.

¹⁵⁶ Reitmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.376.

Bei der ausdrücklichen Rechtswahl ist der große Vorteil gegeben, dass von Anfang an Rechtssicherheit in Bezug auf das anzuwendende Recht auf Grundlage der Rechtswahlvereinbarung für alle beteiligten Parteien besteht.¹⁵⁷ Diese Rechtssicherheit deckt nicht nur den Geschäftsherrn und dem von ihm bevollmächtigten Vertreter, sondern deckt insbesondere den Drittkontrahenten, sofern dieser rechtzeitig – vor Geschäftsabschluss – über die Rechtswahl informiert wurde. Dies kann durch Vorlage der Vollmachtsurkunde gegenüber dem Dritten oder durch eine mündliche Willenserklärung des Geschäftsherrn oder seines Vertreters an den Dritten erfolgen.¹⁵⁸ Des Weiteren spricht für eine Rechtswahl durch den Geschäftsherrn, dass weder der Dritte noch der Vertretene durch eigene Wahl des anzuwendenden Rechts in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn eindringen können. Mit anderen Worten kann der Geschäftsherr allein durch Rechtswahl über den Umfang und die Zulässigkeit der von Ihm an den Vertreter übertragenen Vollmacht entscheiden.¹⁵⁹

In Österreich kommt der Rechtswahl sehr große Bedeutung zu, da diese Möglichkeit von Anfang an im Vollmachtsstatut des § 49 Abs 1 öIPRG kodifiziert wurde. Gem diesem § 49 Abs 1 öIPRG kann das anzuwendende Recht durch den Geschäftsherrn gewählt werden, sofern dies ausdrücklich, schlüssig und in einer für den Dritten erkennbaren Weise erfolgt.¹⁶⁰ Selbstverständlich ist gem dem Größenschluss auch eine gemeinsame Vereinbarung des anzuwendenden Rechts durch alle drei Parteien möglich.¹⁶¹ Für eine schlüssige Erklärung ist gem dem österreichischen Gesetz, eine nach den Umständen gänzlich zweifelsfreie Erklärung notwendig. Eine gänzlich zweifelsfreie Erklärung könnte durch Konkretisierung einer Norm eines bestimmten Rechts in der Vollmachtserklärung dargestellt werden. Der österreichische Oberste Gerichtshof entschied dazu, dass wenn in einer Vollmachtserklärung eine Beschränkung des deutschen § 181 BGB ausgeschlossen wird, von der Wahl des deutschen Rechts auszugehen ist, da eine deutsche Rechtsnorm in der Vollmachtserklärung genannt wurde und somit Rückschlüsse auf die Rechtswahl des deutschen Rechts möglich sind.¹⁶²

Wie aus dem Abs 1 hervorgeht, wird für die Wirksamkeit der Rechtswahl die Erkennbarkeit für den Dritten vorausgesetzt. Keine Voraussetzung hingegen, stellt gem österreichischem IPRG die Zustimmung des Dritten dar. Die klare Erkennbarkeit für den Dritten ist ausreichend und liegt jedenfalls vor, wenn dem Dritten die Erklärung zugegangen ist. In allen weiteren Fällen muss im

¹⁵⁷ *Schotten/Schmellenkamp*, das internationale Privatrecht in Notarieller Praxis² (2007) Rz 92; *Schwarz, RabelsZ* 2007, 729 (774 ff).

¹⁵⁸ *Looschelders*, Internationales Privatrecht (2003) Rz 12.

¹⁵⁹ *von Bar*, Internationales Privatrecht II (1991), Rz 586.

¹⁶⁰ OGH 28.9.1989, 8 Ob 48/89.

¹⁶¹ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/35.

¹⁶² OGH 28.9.1989, 8 Ob 48/89.

Einzelfall die Erkennbarkeit für den Dritten geprüft werden, wobei eine faktische Kenntnis nicht erforderlich ist.¹⁶³ Eine zumutbare Erkennbarkeit für den Dritten ist ausreichend, jedoch muss diese fallspezifisch beurteilt werden, da zum Beispiel Branchenkenntnisse die Erkennbarkeit erleichtern, Sprachunterschiede die Schwierigkeit der Erkennbarkeit einer solchen Rechtswahl hingegen erhöhen.¹⁶⁴ Als genügend wird eine Erkennbarkeit in Österreich bei zumutbarer Aufmerksamkeit angesehen.¹⁶⁵ Kann die Erkennbarkeit nicht erwartet werden, ist die Ermittlung des anzuwendenden Rechts gem § 49 Abs 2 und Abs 3 öIPRG vorzunehmen. Sollte die Erklärung vom Geschäftsherrn widerrufen werden, ist eine Wirkung dieser Widerrufung nur in die Zukunft möglich. Die Wirkung der Rechtswahl tritt mit Zugang beim Vertreter und mit Erkennbarkeit beim Dritten ein.¹⁶⁶

Von besonderer Wichtigkeit ist, dass eine Rechtswahlerklärung des Geschäftsherrn, welche dem Dritten nicht bekannt ist bzw nicht bekannt sein kann, in Österreich als schwebend unwirksam gilt. Sollte kein bestimmtes Recht im Vorhinein durch den Geschäftsherrn gewählt worden sein, ist eine nachträgliche Genehmigung nur durch Zustimmung aller Parteien möglich.¹⁶⁷ Wird die Rechtswahl nur vom Geschäftsherrn und vom Dritten getroffen, muss diese dem Vertreter mitgeteilt werden. Eine Vereinbarung des anzuwendenden Rechts zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn muss somit gem § 49 Abs 1 öIPRG dem Dritten zumindest erkennbar gemacht werden.¹⁶⁸

Die Beurteilung ob die Vollmachtserteilung inklusive der Rechtswahl einer gewissen Form bedarf ist im österreichischem Recht getrennt nach § 8 öIPRG anzuknüpfen und wird nicht nach dem Vollmachtsstatut beurteilt.¹⁶⁹ Ob eine Rechtswahlerklärung mündlich oder schriftlich zu erfolgen hat, ist aus der Literatur nicht klar zu entnehmen, da hierbei vordergründig auf die bloße Erkennbarkeit unter Berücksichtigung der Schlüssigkeit einer Erklärung gem § 863 ABGB abgestellt wird.¹⁷⁰ Dieser Norm folgend, ist auch eine mündliche Erklärung zulässig. Wie aber schon oben erwähnt, ist auch hier eine konkludente Vereinbarung zB durch Auslegung einer Vollmachtsurkunde möglich, wenn auf einen bestimmten Paragraphen eines bestimmten Rechts verwiesen wird.

¹⁶³ *Verschraegen* in Rummel³ § 49 IPRG Rz 9.

¹⁶⁴ *Schwind*, IPR 1990, 225.

¹⁶⁵ *Schwimann*, Grundriß des internationalen Privatrechts (1982) 93; *Schwind*, IPR 1990, 225.

¹⁶⁶ *Reichert-Facilides*, ÖJT 1979, 43.

¹⁶⁷ *Verschraegen* in Rummel³ § 49 IPRG Rz 7; nun so auch Art 8 EGBGB.

¹⁶⁸ *Reichert-Facilides*, ÖJT 1979, 42, *Schwimann*, Grundriß des internationalen Privatrechts 93.

¹⁶⁹ *Verschraegen* in Rummel³ § 49 IPRG Rz 6.

¹⁷⁰ *Verschraegen* in Rummel³ § 49 IPRG Rz 7.

Die Wahl des Rechtes im Außenverhältnis, ist alleine durch den Geschäftsherrn nach dem österreichischen Recht möglich und explizit in § 49 Abs 1 öIPRG determiniert. Im schweizer IPRG ist diese Möglichkeit im Vollmachtsstatut gem Art 126 sIPRG nicht determiniert. Eine Rechtswahl ist zwar laut Art 116 sIPRG möglich, erfordert aber die Zustimmung des Dritten, da der Dritte an diese Wahl durch den Geschäftsherrn gebunden wird.¹⁷¹ Aus Sicht der schweizer Literatur wird dies dahingehend argumentiert, dass kein Dritter sich die Anwendung eines fremden Rechts anmaßen muss, ohne dieser im Vorhinein zugestimmt zu haben.¹⁷² Als Parallele zum österreichischen Recht, in dem Dritten die Rechtswahl erkennbar gemacht werden muss, ist es im schweizer Recht zwar grundsätzlich nur mit Zustimmung möglich, ein Recht als das anwendbare Recht zu definieren, jedoch kann die Zustimmung auch in der Schweiz stillschweigend erfolgen. Eine stillschweigende Zustimmung tritt ein, wenn der Dritte der offengelegten Rechtswahl nicht widerspricht und das Geschäft unter Kenntnis der Rechtswahl abschließt.¹⁷³

Diese Vorgehensweise resultiert auch aus dem Art 14 HSTÜ und dem Art 7 Abs 3 Rom-I VO-E. Diese zwei Paragraphen sehen eine zweiseitige Rechtswahl für ein rechtmäßiges Zustandekommen der Rechtswahl für erforderlich an. Wohl angemerkt sei auch hier, dass auch die Zustimmung zur Rechtswahl konkludent erfolgen kann, indem der Dritte in Kenntnis über die Rechtswahl das Hauptgeschäft mit dem Vertreter abschließt.¹⁷⁴

Vor der Einführung des Art 8 EGBGB wurde im deutschen Rechtskreis, die Möglichkeit der Rechtswahl zwar nicht explizit in einem Gesetz verankert, jedoch von der einschlägigen Literatur aber bereits als unstrittig zulässig erachtet.¹⁷⁵

Angemerkt sollte hier sehr wohl werden, dass eine höchstgerichtliche Entscheidung zu diesem Thema bis zur Einführung des neuen Art 8 EGBGB fehlte.¹⁷⁶ Die grundlegende Akzeptanz hat die Rechtswahl hingegen von den Oberlandesgerichten in Deutschland erfahren.¹⁷⁷ Nicht hinreichend geklärt und strittig ist, ob die einseitige durch den Geschäftsherrn erfolgte Erklärung vom Dritten eine Zustimmung erfordert bzw mit dem Dritten vereinbart werden muss.¹⁷⁸ Wie bereits oben angeführt ist dies in Österreich nicht erforderlich, sondern die Erkennbarkeit dieser Vereinbarung für

¹⁷¹ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1025.

¹⁷² Grundsatz kodifiziert in Art 105 Abs 1 Satz 2 sIPRG sowie Art 146 Abs 2 sIPRG mit analogen Anwendung auf Art 126 sIPRG.

¹⁷³ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1025.

¹⁷⁴ Schwarz, RabelsZ 2008, 781ff; Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7379.

¹⁷⁵ Spickhoff, RabelsZ 2016, 497; von Bar, Internationales Privatrecht II Rz 457; Schwarz, RabelsZ 2007, 774 ff; Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7376.

¹⁷⁶ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht, Rz 7376.

¹⁷⁷ OLG Karlsruhe 8.5.1998 -10 U 259/97, MDR 1998, 1470; OLG Hamburg 15.12.1988 – 6 U 11/88, IPRspr. 1988, Nr. 36=TranspR 1989, 70,72.

¹⁷⁸ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7376.

den Dritten ist ausreichend. In der Schweiz ist dies nur bedingt durch die Kenntnis und die konkludente Zustimmung möglich.

Zieht man das Haager Stellvertretungsübereinkommen gem Art 14 HStÜ und den Entwurf des Art 7 Abs 3 Rom-I Verordnung zur Stellvertretung heran, müsste man Aufgrund des Wortlautes „von der anderen Partei ausdrücklich anerkannt“ von einer dementsprechenden Vereinbarung mit dem Drittkontrahenten ausgehen.¹⁷⁹ Der deutschen Literatur folgend, war es aber nicht unbedingt richtig eine Vereinbarung zwischen Geschäftsherrn und Dritten als einzig möglichen Weg anzuerkennen.¹⁸⁰ Denn wie bereits einführend zu diesem Kapitel „Rechtswahl“ erwähnt, sollte es dem Geschäftsherrn alleine zustehen, über den Umfang seiner erteilten Vollmacht durch eine Rechtswahl zu entscheiden. Als weiteren wichtigen Grund wurde in der Literatur das zutreffende Argument verwendet, dass der Dritte bei einer Verhandlung des Vollmachtumfangs zwischen Geschäftsherrn und Vertreter niemals eine Rollen spielen würde, da dieser durch die Vollmacht bei Erteilung weder berechtigt noch verpflichtet wird und eine Vollmacht nicht immer für ein spezifisches Geschäft mit einem Drittkontrahenten erteilt wird, sondern – wie nicht unüblich – sich auch auf längere Dauer für mehrere Geschäfte erstrecken kann.¹⁸¹

Um den VS zu gewährleisten, ist dem österreichischen Recht folgend, eine Rechtswahl nur dann gültig wenn diese für den Dritten zweifelsfrei erkennbar ist. Dies kann durch Vorlage oder Mitteilung durch den Geschäftsherrn oder durch seinen Vertreter erfolgt sein.¹⁸²

Damit soll gewährleistet werden, dass der Dritte den Geschäftsabschluss mit dem Vertreter ablehnen kann, sollten aus seiner Sicht Bedenken aufgrund der Rechtswahl entstehen oder die Interessen des Dritten nicht ausreichend gewahrt bleiben.¹⁸³ Die hM in Deutschland¹⁸⁴ unterstützte die Gültigkeit einer mündlichen Rechtswahlerklärung, wobei die Mindermeinung – in Anbetracht der Art 14 HStÜ und Art 7 Abs 3 Rom I-VO – dem Erfordernis einer schriftlichen Vereinbarung folgte.

Der Regelungsvorschlag des Deutschen Rates¹⁸⁵ des neuen Vollmachtsstatut im deutschen EGBGB, sah bereits in seiner ersten veröffentlichten Fassung – dem Referentenentwurf¹⁸⁶ - in Art 8

¹⁷⁹ *Spellenberg* in Münchner Kommentar6, vor Art 11 EGBGB Rz 86 ff.

¹⁸⁰ *Looschelders*, Internationales Privatrecht Anh zu Art 12 EGBGB Rz 12; *Reithmann/Martiny/Hausmann*, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7376.

¹⁸¹ *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 778 ff.

¹⁸² *Looschelders*, Internationales Privatrecht Rz 12.

¹⁸³ *Reithmann/Martiny/Hausmann*, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.378.

¹⁸⁴ *Spellenberg* in Münchner Kommentar6, vor Art 11 EGBGB Rz 84, anders: *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 784.

¹⁸⁵ Abrufbar unter <http://www.bmjv.de/sharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/>.

Internationales_Privat_und_Zivilverfahrensrecht.html.

¹⁸⁶ Abgedruckt in *von Hein*, *IPRax* 2015, 580f.

Abs 1 EGBGB–DR die Rechtswahl an der Spitze der Norm vor.¹⁸⁷ Die bereits früher kritisch betrachtet Gebrauchsortanknüpfung, wurde aufgrund der wachsenden Nutzung von Mobiltelefonen und Internet in letzter Zeit zu einem noch größer werdenden Problem. Gerade bei dieser Nutzung von neuen Kommunikationslösungen wurde die Lokalisierbarkeit des „Gebrauchsortes“ immer schwieriger. Genau hier kann der Gesetzgeber mit Hilfe der Rechtswahl durch die Parteien versuchen, im Vorhinein eine solche aufwändige Lokalisierung zu unterbinden. Weiters ist als Grund für die Aufnahme der Rechtswahl in den Gesetzesentwurf zu nennen, dass auch die Rechtswahl mehr und mehr an Wichtigkeit im europäischen Kollisionsrecht¹⁸⁸ gewann.¹⁸⁹ Aus diesem Regelungsvorschlag geht ebenfalls hervor, dass eine Schriftform für die Rechtswahl nicht erforderlich ist, sondern rein eine positive Kenntnis des Vertreters und des Dritten für ausreichend erachtet wird. Weiters wurde vorgesehen, dass die Rechtswahl durch den Geschäftsherrn jedenfalls vor der Ausübung der Vertretungsmacht durch den Vertreter zu erfolgen hat und eine nachträglich Rechtswahl nur durch Konsens aller drei Parteien erfolgen kann.

Die vom Bundesministerium beschlossene Norm folgt der des Regelungsvorschlags des Deutschen Rates und setzt für die einseitige Rechtswahl voraus, dass die Rechtswahl durch den Geschäftsherrn, vor der Ausübung der Vertretungsmacht, durch den Vertreter erfolgte und sowohl Vertreter wie auch dem Dritten bekannt sein muss. Wichtig dabei ist, dass das Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung und das Rechtsgeschäft mit dem Dritten in diesem Zusammenhang strikt zu trennen ist. Denn folgt man dem Wortlaut der neuen Norm, ist eine Rechtswahl durch den Geschäftsherrn auch nach Erteilung der Vollmacht gültig, solange diese vor dem Gebrauch der Vertretungsmacht also vor Abschluss des eigentlichen Geschäftes mit dem Dritten erfolgt. Wichtig ist nur, dass die Rechtswahlerklärung dem Vertreter und dem Dritten zugegangen ist und diese Parteien Kenntnis von der Rechtswahl erlangt haben. Durch wen und in welcher Form diese Rechtswahlerklärung an die beiden Parteien zugegangen ist, sollte für diese Erklärung unerheblich sein.¹⁹⁰ Wie bereits im Regelungsvorschlag des Deutschen Rates vorgesehen, sieht auch die beschlossene Regelung kein Formerfordernis vor, da dieses Formerfordernis besonders in der heutigen Zeit, bei Verwendung moderner Kommunikationsformen, redundant wird.¹⁹¹ Der neuen Norm folgend ist somit auch der Fall gedeckt, dass der Vertreter den Dritten in Kenntnis der Rechtswahl setzt.¹⁹² Im Vergleich zum österreichischen Recht wo die reine Erkennbarkeit als Anforderung

¹⁸⁷ von Hein, IPRax 2015, 579.

¹⁸⁸ Rademacher, IPRax, 37, 58.

¹⁸⁹ von Hein, IPRax 2015, 579.

¹⁹⁰ Rademacher, IPRax 2017, 58.

¹⁹¹ von Hein, IPRax 2015, 579.

¹⁹² Rademacher, IPRax 2017, 58.

genannt wird, ist die positive Kenntnis gem deutschem EGBGB eine sehr hohe Anforderung, welche für Gültigkeit der Rechtswahl vorausgesetzt wird. Die generelle Formfreiheit der Rechtswahlerklärung könnte als Ausgleich zu den strengen Anforderungen gesehen werden.¹⁹³

Die allseitige Rechtswahl wird in Art 8 Abs 1 Satz 2 und 3 geregelt. Diese ist ebenfalls nicht an eine Form gebunden und kann somit auch konkludent erfolgen. Wie oben im Regelungsvorschlag des Deutschen Rates beschrieben, ist die allseitige Rechtswahl jederzeit möglich, was auch mit einschließt, dass das unilaterale und objektiv bestimmte anzuwendende Recht im Nachhinein von den Parteien gemeinsam geändert werden kann, falls diese gegen deren Parteiinteresse läuft.¹⁹⁴

Exkurs zur einseitigen Rechtswahl

Abschließend soll zum Themenkomplex der Rechtswahl noch angemerkt werden, dass es sich bei der Vollmachtserklärung aufgrund der Charakteristika sehr häufig um eine einseitige Rechtswahl durch den Geschäftsherrn handelt. Parallelen dazu finden sich im Art 22 der ErbVO¹⁹⁵. Dabei handelte es sich auch um eine einseitige Rechtswahl, welche die Wahl auf die Staatsbürgerschaften des Erklärenden einschränkt. Die Rechtswahl nach Art 22 der ErbVO ist aber hinsichtlich der Analyse ob eine konkludente Rechtswahl vorliegt an das Gemeinschaftsrecht gebunden.

Eine konkludente Rechtswahl kommt somit gem Art 22 Abs 2 ErbVO, dann in Betracht, wenn in der Verfügung des Erblassers auf eine Bestimmung des Heimatlandes bezuggenommen wird oder er dieses in einer bestimmten Weise erwähnt¹⁹⁶ oder auch bei der Erwähnung länderspezifischer Erbquoten der Angehörigen.¹⁹⁷ Erwähnt werden darf dazu das Beispiel der konkludenten Wahl des österreichischen Rechts, worin der Erblasser in seiner deutschsprachigen Verfügung die in Österreich gebräuchlichen Wörter „Einantwortung“ oder „Verlassenschaft“ wählte.¹⁹⁸ Ähnlich folge der OGH diesem Gedanken - wie auch oben beschrieben – bei der Bestimmung des gewählten deutschen Rechts, als ein Deutscher Staatsbürger in Deutschland einem anderen Deutschen die Vollmacht erteilte und darin explizit auf eine Stelle des deutschen BGB hinwies.¹⁹⁹

¹⁹³ Vgl. *Spickhoff*, Kodifikation des Internationalen Privatrechts der Stellvertretung, *RabelsZ* 2016, 481 (507 ff).

¹⁹⁴ *Rademacher*, *IPRax* 2017, 59.

¹⁹⁵ VO (EU) 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, *ABl L* 201/107.

¹⁹⁶ *Looschelders* in *BGB Kommentar zur EuErbVo* Art 22 Rz 28.

¹⁹⁷ *Nordmeier*, Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung - eine Untersuchung des Art 22 ErbVO, *GPR* 2013, 148 (152); *Looschelders* in *BGB Kommentar zur EuErbVo* Art 22 Rz 28.

¹⁹⁸ Max Planck Institut for Comparative and International Privat Law, *RabelsZ* 2010, 522 (614); *Looschelders* in *BGB Kommentar zur EuErbVo* Art 22 Rz 28.

¹⁹⁹ OGH 28.9.1989, 8 Ob 48/89.

Eine konkludenten Rechtswahlerklärung gem § 49 Abs 1 öIPRG, ist immer nach dem jeweiligen Sachrecht zu beurteilen, zB in Österreich nach § 863 ABGB.²⁰⁰

6.2.1.2. Sach- oder Gesamtverweisung der Rechtswahlerklärung

Gem *Verschraegen* und *Schwimann* und ihren Ausführungen, handelt es sich aufgrund der Wahl eines bestimmten Rechts durch den Geschäftsherrn mit oder ohne Zustimmung der anderen Parteien um eine Sachnormverweisung.²⁰¹ Begründet wird dies mit der Anwendung des § 11 Abs 1 öIPRG, welcher regelt, dass eine Rechtswahl des Geschäftsherrn im Zweifel nur auf das Sachrecht der angeführten Rechtsordnung verweist.²⁰² Dass über diese Ansicht Einigkeit herrscht, kann zwar nicht ausdrücklich oder umfassend aus der einschlägigen österreichischen Literatur entnommen werden, es wird aber schlüssig darauf geschlossen, da keine anderen Autoren dies kommentieren oder anzweifeln.²⁰³

In Deutschland herrscht grundlegend Einigkeit darüber dass es sich bei der Rechtswahl im Sinne der Privatautonomie um eine Sachnormverweisung handelt. Dies ist deshalb unstrittig, da sich die Gestaltung der Rechtswahl und deren Folgen bereits aus Art 4 EGBGB ergeben.²⁰⁴

Einen weiteren Hinweis, warum das Vollmachtsstatut als Sachnormverweisung anzusehen ist, liefert Art 20 Rom-I VO in Verbindung mit dem ursprünglich vorgesehenen Stellvertretungsstatut in Art 7 Rom-I VO-E. Denn wäre Artikel 7 Rom-I VO-E kodifiziert worden, wäre auch hier aufgrund Art 20 Rom-I VO nur eine Sachnormverweisung möglich gewesen.²⁰⁵

Das jedoch stärkste Argument – ähnlich wie auch aus der österreichischen Literatur bekannt – ist das Argument welches verdeutlicht, dass gerade die Anknüpfung der Vollmacht in besonderer Weise vom Verkehrsschutz geprägt sein muss und daher eine Gesamtverweisung inkl. Rück- und Weiterverweisung ausschließen lässt.²⁰⁶

Im Sinne des schweizer IPRG, scheint die Strittigkeit ob es sich um eine Gesamt- oder Sachnormverweisung, handelt nicht gegeben. Dies ergibt einerseits klar aus dem Art 14 sIPRG, welcher regelt, dass eine Renvoi nur dann zu berücksichtigen ist wenn dies explizit im schweizer IPRG

²⁰⁰ *Verschraegen* in Rummel³, § 49 IPRG Rz 8.

²⁰¹ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 63.

²⁰² *Verschraegen* in Rummel³, § 49 IPRG Rz 8; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 540.

²⁰³ Anders hingegen für die Sachnormverweisung des § 49 Abs 2 und 3: *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 37.

²⁰⁴ *Spickhoff*, *RablesZ* 2016, 529; *von Hein*, *IPax* 2015, 580; *von Hein* in *MünchKommZurArt 4 EGBGB* Rn 118.

²⁰⁵ *Spickhoff*, *RablesZ* 2016, 528.

²⁰⁶ *Spickhoff*, *RablesZ* 2016, 528.

kodifiziert wurde und hierfür nur wenige Anwendungsfälle²⁰⁷ vorhanden sind. Auch wird der Umstand, dass eine Sachnormverweisung im Rahmen des Vollmachtsstatutes nicht korrekt wäre, in der einschlägigen Literatur in keinerlei Weise behandelt.²⁰⁸ Weiters spricht gegen eine Renvoi, dass sich die schweizerische Literatur gerne am deutschen EGBGB orientiert und darin generell die Renvoi im Zusammenhang mit Vertragsrecht ausgeschlossen wurde.²⁰⁹

6.2.2. Objektive Anknüpfung

6.2.2.1. Bestimmungsstaat

Österreich²¹⁰ und Liechtenstein²¹¹, sind die einzigen europäischen Staaten welche sich bei der Suche nach dem anwendbaren Recht, auf jene Anknüpfung beziehen, welche sich nach dem Recht des Landes richtet, in dem der Vertreter gem dem Willen des Geschäftsherrn tätig werden sollte. Eine andere Bezeichnung für „Bestimmungsstaat“ ist auch der „intendiere Gebrauchsort“.²¹²

Der österreichische Gesetzgeber sieht vor, dass wenn gem § 49 Abs 1 öIPRG keine Rechtswahl getroffen wurde, das Recht jenes Staates zu bestimmen ist, in dem der Vertreter - gem dem für den Drittkontrahenten erkennbaren Geschäftsherrenwillen - „tätig werden soll“.²¹³ Fraglich ist hierbei, ob dies auch schlüssig erfolgen kann. Denkbar wäre zB die Erklärung einer Vollmacht an einen berufsmäßigen Vertreter mit festem (Geschäfts)-Sitz, wie es der Fall bei Rechtsanwälten oder ständigen Handelsvertretern der Fall ist, diese Vertreter aber in einem anderen Land tätig werden. Die schlüssige Erklärung wird in der Literatur insofern bejaht, wenn im Zweifelsfall der Geschäftssitz als jener Staat durch den Geschäftsherrenwillen erkennbar wird und als Bestimmungsstaat definiert werden kann.²¹⁴

Keine Anwendung findet diese Zweifelsregel aber, wenn im spezifischen Fall erkennbar ist, dass der Geschäftsherrenwille einen anderen Einsatzort als den Sitz des Vertreters vorsieht.²¹⁵

²⁰⁷ Art 37 Abs 1 IPRG für das Namensrecht; Art 91 Abs 1 IPRG für das Erbrecht; Art 119 Abs 3 für Grundstücksverträge und Art 124 Abs 3 für die Anknüpfung der Schutzform der Verträge.

²⁰⁸ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG2 Art 126 Rn 1ff; Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ (2006) 308.

²⁰⁹ Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ 308.

²¹⁰ § 49 im österreichischen IPRG.

²¹¹ Art 53 im liechtensteiner IPRG.

²¹² Schwarz, RabelsZ 2007, 768.

²¹³ OGH 8.4.1997, 4 Ob 51/97x, ZfRV 1997, 207.

²¹⁴ Verschraegen in Rummel³, § 49 IPRG Rz 10.

²¹⁵ Schwimann, Grundriß des internationalen Privatrechts 93 f.

Sollte der Geschäftsherr den Vertreter für mehrere Geschäfte bestellt haben, ist gem § 49 Abs 2 S 2 öIPRG an dem vom Geschäftsherrn erkennbar gewollten regelmäßigen Tätigkeitsort des Vertreters anzuknüpfen.²¹⁶ Bei jenen Vertretern, welche als ständige Vertreter bestimmt werden, zB der Prokurist, wird für den erkennbaren Bestimmungsstaat der regelmäßige Tätigkeitsort des Vertreters angenommen.²¹⁷ Nichtsdestoweniger ist es aber erforderlich die Zweifelsregel als widerlegbar anzusehen, da der Wille des Geschäftsherrn auch bei einem ständigen Vertreter erkennen lassen könnte, dass sich der Einsatzort vom regelmäßigen Tätigkeitsort unterscheidet. Lässt sich aus dem Willen des Geschäftsherrn weder ein individueller noch ein regelmäßiger Tätigkeitsort des Vertreters ermitteln, ist als letzter Schritt § 49 Abs 3 öIPRG anzuwenden, was bei Handelsreisenden zutreffend sein könnte.²¹⁸

Wie direkt aus dem schweizer IPRG und dessen Vollmachtsstatut hervorgeht, wird nicht nach dem Bestimmungsort angeknüpft.²¹⁹ In Deutschland ließ sich der Rechtsprechung eine ähnliche Verwendung der Anknüpfung des Bestimmungsstaates entnehmen, welche aber der überwiegend verwendeten Formulierung der dort angewandten Wirkungslandformel entspricht.²²⁰ Die hL folgte in Deutschland dem Gedanken, dass der Bestimmungsstaat dann als Anknüpfungspunkt dienen soll, wenn der Vertreter nicht in dem vom Geschäftsherrn vorgesehen Staat tätig wird, sondern seine Vollmacht in einem anderen Staat verwendet und der Dritten über diese Verletzung der Vertretungsmacht Kenntnis haben musste.²²¹

Aufgrund der Kenntnis des Verstoßes durch den Dritten, wurde dieser als nicht mehr schutzwürdig angesehen.²²² Dem folgt nun auch Art 8 Abs 5 EGBGB, der vorsieht, dass genau im Falle, dass der Dritte und der Vertreter wissen musste, dass von der Vollmacht nur in einem bestimmten Staat Gebrauch gemacht werden sollte, die Bestimmungen dieses Staates angewendet werden müssen.²²³

²¹⁶ OGH 22.10.2001, 1 Ob 49/01i, ZfRV 2003, 4 = RdW 2002, 277 = JBl 2002, 327.

²¹⁷ OGH 11.10.1995 3 Ob 64/95, SZ 68, 181.

²¹⁸ *Verschraegen* in Rummel³, § 49 IPRG Rz 10 letzter Satz.

²¹⁹ Art 126 sIPRG idgF.

²²⁰ BGH 13.7.1954, NJW 1954, 1561; 5.2.1958, 558; 16.5.1975, BGHZ 64, 183 (192f); 13.5.1982; 17.11.1994, 47; 29.3.2001, BGHZ 147, 178 (185); 3.2.2004, 1316; OLG Stuttgart 11.11.1980, 405; OLG München 10.3.1988; BayObLG 21.5.1999; OLG Düsseldorf 23.9.2003.

²²¹ *Looschelders*, Internationales Privatrecht Anhang zu Art 12 Rz 6; *von Bar*, Internationales Privatrecht II, Rz 588; *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 768.

²²² *Looschelders*, *Anhnag* zu Art 12. Rz 6.

²²³ Art 8 Abs 5 EGBGB idgF.

Anders wäre es im Fall, wenn der Dritte nicht über die Widrigkeit Kenntnis erlangt hätte. Hierbei würde aus Gründen des Verkehrsschutzes der Gebrauchsort verwendet werden, da der Dritte gar nicht Wissen hätte können, dass der Geschäftsherr einen anderen Bestimmungsort vorsieht.²²⁴

In den Einheitsrechten wie dem Haager Übereinkommen und dem Kommissionsentwurf wurde der Bestimmungsort zwar in den ersten Vorschlägen vorgesehen, dann aber aufgrund der oben angeführten Variante, dass eine Kenntnis der Überschreitung des Dritten eine Beurteilung des materiellen Rechts und nicht des Kollisionsrechtes sein sollte, herausgenommen.²²⁵ Das materielle deutsche und österreichische Recht würden, in so einem Fall, die Bindung des Geschäftsherrn bei Überschreitung des Vertreters und Kenntnis des Dritten nicht befürworten. Hierzu ist aber anzumerken, dass in Deutschland noch nie ein derartiger Fall entschieden wurde.²²⁶

6.2.2.1.1. Verweisungsart des Bestimmungsortes

In Bezug auf die Verweisungsart, wird es bei der Anwendung des Art 8 Abs 5 EGBGB auch in Zukunft bei der Beurteilung ob es sich um eine Sachnorm- oder Gesamtverweisung handelt, nur wenig Unklarheiten geben. Dies ist auf die explizite Benennung der Sachnormverweisung in Abs 5 zurückzuführen. Anders aber in Österreich, bei der die Frage, ob es sich bei der Anknüpfung am Bestimmungsstaat um eine Sach- oder Gesamtverweisung handelt, strittig ist. *Verschraegen* weist darauf hin, dass es sich nur um eine Sachnormverweisung handeln kann, da ansonsten ein Widerspruch in Bezug auf den Normzweck und den VS bestehe.²²⁷ Anderer Ansicht ist hier *Schwimann*, der die Gesamtverweisung durch § 5 öIPRG als korrekte Verweisungsart vorsieht.²²⁸ Untermauert wird die Ansicht von *Schwind* dahingehend, wenn man diesen Fall aus Sicht des Dritten betrachtet. Für den Dritten wäre es wohl sehr willkürlich sich der Anwendung eines Rechtes zu unterwerfen, welche auf der Bestimmung durch den bloßen Willen eines anderen (des Geschäftsherrn) beruht.²²⁹ ME ist die Argumentation von *Schwimann* zwar zutreffend, jedoch muss berücksichtigt werden, dass die Erkennbarkeit des Bestimmungsorts für den Dritten auf jeden Fall gegeben sein muss. Daher spricht es aus meiner Sicht viel mehr für eine Sachnormverweisung, denn gerade die Sachnormverweisung verwirklicht die Anwendung des Rechts jenes Ortes, den auch der Dritte

²²⁴ *Staudinger/Magnus*, Einleitung zu Art 27-37 EGBGB (2002) Rn A 21; *Looschelders*, Internationales Privatrecht Anhang zu Art 12 Rz 6.

²²⁵ Vgl. Art 11 II Variante B der Preliminary Draft Convention on the Law Applicable to Agency, in: Act. Doc. La Haye 13. Sess. 1976, 78: Wusste der Dritte um die abredewidrige Vertretungsbefugnis, sollte das Niederlassungsrecht des Prinzipals zur Anwendung kommen lassen.

²²⁶ *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 769.

²²⁷ *Verschraegen* in *Rummel*³ § 49 IPRG Rz 10.

²²⁸ *Schwimann*, *IPR*³ 93f.

²²⁹ *Lurger/Melcher*, *Handbuch Internationales Privatrecht* Rz 37.

kennen musste. Daher dürfte es für den Dritten auch keine große Überraschung darstellen, wenn das Recht dieses Ortes für die Beurteilung herangezogen wird.

6.2.2.2. Gebrauchsort

Die Anknüpfung nach dem Gebrauchsort wird in der österreichischen Literatur als die „grundsätzliche Anknüpfung“ beschrieben, da sie als Auffanganknüpfung dient.²³⁰ In der deutschen Literatur wird sie als Regelbindung beschrieben, da sie auch im Sinne des Haager Übereinkommens und des damaligen Entwurfes zur Rom-I VO, das wichtigste Anknüpfungsmerkmal per se darstellte.²³¹ Demgemäß wurde dieses Merkmal auch in der deutschen Rechtsprechung häufig angewandt.²³² Ebenfalls kennt auch das schweizerische IPRG die Anknüpfung des Gebrauchsortes welche in Art 126 Abs 2 Satz 4 verankert ist.²³³

Das Anknüpfungsmerkmal des Gebrauchsortes ist das weltweit verbreitetste Merkmal.²³⁴

In Österreich ist § 49 Abs 3 öIPRG anzuwenden, wenn weder eine Rechtswahl gem Abs 1 getroffen wurde noch ein erkennbarer Geschäftsherrnwille oder ein regelmäßiger Tätigkeitsort gem Abs 2 vorliegt.²³⁵ Sofern nichts anderes vorliegt, bestimmt also grundlegend Abs 3, welches Recht welches Staates maßgebend ist, in dem jener Ort herangezogen wird, in dem die Handlung vom Vertreter im Konkreten gesetzt wurde. Hierbei wird vom Recht des Gebrauchsortes der Vollmacht gesprochen.²³⁶

Anzudenken wäre, dass verschiedene Handlungen in verschiedenen Ländern gesetzt werden um einen Vertrag zu schließen, wenn zum Beispiel vorgelagerte Routinebesprechung, die Unterzeichnung von Vorverträgen und die endgültige Vertragsunterzeichnung in verschiedenen Ländern erfolgen. Ist dies der Fall, ist gem §1 Abs 1 öIPRG im speziellen Fall die stärkste Beziehung zu ermitteln und diese für die Ermittlung des anzuwendenden Rechts heranzuziehen.²³⁷

²³⁰ *Schwind*, IPR Rz 461.

²³¹ *von Bar*, Internationales Privatrecht II Rz 586 *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 756.

²³² BGH 9.12.1964, BGHZ 43, 21 (26); 26.4.1990, NJW 1990, 3088; OLG Sachsen-Anhalt 8.12.1998 – Az 11 U 202/98 (unveröffentlicht).

²³³ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 6.

²³⁴ Argentinien, Frankreich, Niederlande, Portugal: Art 11 II HStÜ; Belgien: Art 108; Art 108 Satz 1 CDIP; Bulgarien: Art 62 II IPRG; China: Art 71 II 2 Modell-IPRG; Estland: §9 I IPRG; Italien: Art 60 I 2 legge 31.5.1995, n.218; Liechtenstein: Art 53 III IPRG; Litauen: Art 1.40 Satz 2 C.k.p.; Korea: Art 18 II a.E. Gukjesabeob; Quebec: Art 3116 2. Halbsatz C.c.Q.; Angola: Art 39 I C.c.; Mosambik: Art 39 I C.c.; Art 5 der Inter-American Convention on the Legal Regime of Powers of Attorney to be Used Abroad, abgedr. in *RabelsZ* 44 (1980) 377, dazu *Samtleben*, Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht: edb. 257, 278 ff.

²³⁵ *Schwind*, IPR Rz 461.

²³⁶ *Verschraegen* in *Rummel*³, § 49 IPRG Rz 11; SZ 56/7; IPRG 2/19; ZfRV 1987, 205; 2003, 22[27] = RdW 2002/277 = JBl 2002, 327; ZfRV-LS 2003/7.

²³⁷ *Verschraegen* in *Rummel*³ § 49 IPRG Rz 11.

In der Schweiz kommt die Anknüpfung des Gebrauchsortes nur dann zu Anwendung, wenn eine Erkennbarkeit der Geschäftsniederlassung des Vertreters gem Art 126 Abs 2 Satz 1 sIPRG im Einzelfall ausgeschlossen wird, oder der Vertreter gar keine Niederlassung hat. Daraus folgend ist die sogenannte „Reserveanknüpfung“ maßgebend, welche nach dem Ort anknüpft an dem der Vertreter „hauptsächlich“ handelt.²³⁸ Dies ist jener Ort an dem der Vertreter den Schwerpunkt seiner Tätigkeiten setzt und für den Geschäftsherrn das bestimmte Geschäft schließt. Im Zweifel gibt es hierfür folgende Anhaltspunkte:

- Ort an dem der Vertreter das Rechtsgeschäft mit dem Dritten abgeschlossen wurde²³⁹ (auch bei Kollektivvertretung anzuwenden wenn die Vertreter in verschiedenen Ländern handeln²⁴⁰)
- Ort an dem der Vertreter Willenserklärungen abgibt oder entgegennimmt im Falle eines Geschäftes über Distanz²⁴¹
- Ort an dem die Vertragsverhandlungen geführt worden sind, sofern diese zeitintensiv und vielzählig waren. Hierbei genießt der Ort der Verhandlungen Vorrang gegenüber dem Ort der Abgabe der Willenserklärung²⁴²
- Ort an dem das Rechtsgeschäft mit dem Dritten abgeschlossen wurde, im Falle das mehrere Vertreter in verschiedenen Ländern für eine und dasselbe Geschäft tätig werden.²⁴³

Wichtig nach dem schweizer Recht ist bei der Anknüpfung am Gebrauchsort, dass keinerlei subjektive Elemente in die Beurteilung des Gebrauchsortes mit einfließen. Daher ist es keines Falls maßgeblich ob der Handlungsort für den Dritten erkennbar war oder der Vertretene nicht mit dieser Art der Anknüpfung gerechnet hat.²⁴⁴

Wie vorhin beschrieben, ist nach deutschem Recht, bei einer Überschreitung der Vertretungsmacht und Kenntnis des Dritten dieser Überschreitung, jener Ort als Anknüpfungsmerkmal zu verwenden, welcher dem Willen des Geschäftsherrn entspricht.

²³⁸ Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht² Rz 1021.

²³⁹ Schöneberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizer Zivilrechtsbuch³ V Rn 165.

²⁴⁰ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 45.

²⁴¹ Ebenfalls Schöneberger/Jäggi, Kommentar zum Schweizer Zivilrechtsbuch³ V Rn 165.

²⁴² Berger, Das Statut der Vollmacht im schweizer IPR mit vergleichender Berücksichtigung Deutschlands, Frankreichs, Englands sowie der internationalen Verträge und Vertragsentwürfe 113.

²⁴³ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 45; anderer Ansicht ist Berger, Das Statut der Vollmacht im schweizer IPR mit vergleichender Berücksichtigung Deutschlands, Frankreichs, Englands sowie der internationalen Verträge und Vertragsentwürfe 151.

²⁴⁴ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 45.

Anders ist dies gem dem schweizer IPR, da hier keine subjektive Beurteilung mit einfließt, wonach auch wenn der Dritte die Überschreitung der Vertretungsmacht des Vertreters erkennt, der Gebrauchsort als Anknüpfungspunkt heranzuziehen ist.²⁴⁵

Deutschland sah den Gebrauchsort dann als anknüpfungsrelevant an, wenn die Vollmacht zum Gebrauch in einem spezifischen Land an den Vertreter erteilt und dieser die Vertretungsmacht dort tatsächlich verwendet.²⁴⁶ Dieser Gebrauchsort wurde aber erst dann angewandt, wenn keine Rechtswahlerklärung existiert und keine Sonderanknüpfungen für einen bestimmten Fall einschlägig waren. Als Gebrauchsort gilt gem der deutschen Rechtsprechung jener Ort, an dem der Vertrag unter Anwesenden geschlossen wurde. Sollte der Fall eingetreten sein, dass der Vertrag nicht unter Anwesenden, sondern unter Abwesenden geschlossen wurde, gilt jener Ort als maßgeblich, an dem der Vertreter seine Erklärung abgegeben hat. Selbiges im Falle eines Distanzgeschäftes – zB Telefax, E-Mail oder Telefon – wo jener Ort als Gebrauchsort galt, an dem der Vertreter seine Erklärung abgibt. Dies gilt ebenfalls für Internet-Geschäfte, für welche der Ort der Eingabe der Erklärung als Gebrauchsort galt. Nur bei einer reinen Empfangsvertretung, wird jener Ort maßgeblich an dem die Willenserklärung des Dritten dem Vertreter zugeht.²⁴⁷

Bei einer erteilten Vollmacht, welche ein größeres Gebiet im Sinne von mehreren Staaten umfasst, wie es zum Beispiel bei Vermögensverwaltern der Fall sein kann, ist die Vollmacht jeweils nach jenem Recht des Staates zu beurteilen in dem die Vertretungsmacht ausgeübt wurde.²⁴⁸

Gleich wie nach dem schweizer Recht folgt das deutsche IPR dem Ort an dem der Schwerpunkt der Tätigkeiten des Vertreters lagen, im Falle, dass für ein und dasselbe Rechtsgeschäft über einen längeren Zeitraum, von verschiedenen Staaten aus Verhandlungen geführt wurden und im Sitzstaat des Dritten der Vertrag abgeschlossen wurde.²⁴⁹

Korrekt wird in der deutschen Literatur der Umstand thematisiert, dass immer mehr neue Kommunikationstechnologien in der täglichen Praxis ihre Verwendung finden. Damit wird die

²⁴⁵ von Cammerer, RablsZ 1959, 210; Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 45.

²⁴⁶ BGH v 3.2.2004 – XI ZR 125/03, NJW 2004, 1315 (1316) = IPRspr. 2004 Nr. 29; BayObLG v 5.11.1987 – Breg. 3 Z 67/87, BayObLGZ 1987, 363 = NJW-RR 1988, 873 = IPRresp. 1987 NR. 14a; OLG Düsseldorf v. 23.9.2003 – 23 U 218/02, IPRspr 2003 Nr. 25; OLG Hamm v 20.1.2004 – 21 U 102, NJOZ 2004, 1357 = IPRspr. 2004 Nr. 18; OLG München v. 10.12.2008 – 20 U 2798/08, IPRspr. 2008 Nr.13; OLG Düsseldorf v 26.2.2009 – 1-10 U 121/08, ZMR 2010, 27 = IPRspr. 2009 Nr 12; LG Köln v. 29.6.2000 – 7 O 304/98, IPRspr. 2000 Nr 16; LG Karlsruhe v. 6.4.200 – O 4/98 KfH IV, RIW 2002, 153 (155); sowie die hL: von Bar, Internationales Privatrecht II (1991), Rz 588; Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.371.

²⁴⁷ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.374; von Bar, Internationales Privatrecht II Rz 588f; Spellenberg in Münchner Kommentar⁶, vor Art 11 EGBGB Rz 131.

²⁴⁸ BGH v. 5.2.2004 – IV ZR 204/57, WM 1958, 557 (559) = IPRspr. 1958 Nr 38; von Cammerer, RablsZ 1959, 207; Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.375.

²⁴⁹ OLG Köln v. 29.5.1967 – 1 U 79/66, IPRspr. 1966/67 Nr. 25; Reithmann/Martiny/Hausmann, Rz 7.375.

Nachvollziehbarkeit, von wo eine Willenserklärung abgeben wurde, immer schwieriger.²⁵⁰ Aufgrund dieser immer schwieriger werdenden Erkennbarkeit des Gebrauchsorts durch den Dritten, wird der Vorteil der Anknüpfung am Ort der Niederlassung des Vertreters in Hinblick auf die Rechtssicherheit von *Spellenberg* als brauchbare Lösung beschrieben, um das Problem der Nachvollziehbarkeit schnell und pragmatisch in den Griff zu bekommen.²⁵¹

Im Regelungsentwurf des Deutschen Rats wurde der Gebrauchsort in Art 8 Abs 4 Satz 1 EGBGB-DR vorgesehen.²⁵² Der Gebrauchsort wurde bewusst bereits im Entwurf an letzter Stelle platziert, da gem der anerkannten Rechtsprechung²⁵³ alle anderen Anknüpfungsorte wie auch der Bestimmungsort – sofern dem Dritten bekannt - dem tatsächlichen Gebrauchsort vorgehen würden. Wenn auch der Gebrauchsort dem Dritten nicht erkennbar gewesen wäre, würde der Regelungsentwurf vorsehen, dass der gewöhnliche Aufenthalt oder Sitz des Geschäftsherrn zur Anwendung kommt.²⁵⁴

Diese vorgeschlagene Regelung wurde vom deutschen Bundesministerium in ihrem Wesen mit kleinen Änderungen als Auffangtatbestand in Art 8 Abs 5 EGBGB vorgesehen²⁵⁵. *Rademacher* hat sich hierzu kritisch geäußert, da gerade in der heutigen Zeit – aufgrund der Verwendung von Mobiltelefonen und Internet – eine derartige Anknüpfung als Risiko einzustufen ist. Anzudenken wäre, dass anhand dieser Anknüpfung der Fall eintreten kann, dass bei Abschluss eines Geschäftes per Mobiltelefon während der Durchreise eines Landes, die Beurteilung der Vollmacht einer entsprechend engen Auslegung folgen könnte.²⁵⁶

Nicht der tatsächliche Gebrauchsort aber der gewöhnliche Gebrauchsort wird als Anknüpfungspunkt verwendet, sofern dieser dem Dritten bekannt ist und der Vertreter ein dauerhaft Bevollmächtigter ist, der weder als Unternehmer noch als Arbeitnehmer für den Geschäftsherrn tätig ist.²⁵⁷ Dies entspricht im Wesentlichen einem Vertreter, welcher eine familiäre Beziehung zum Geschäftsherrn aufweist, wie zum Beispiel Geschwister oder ähnliche Verwandtschaftsgrade.²⁵⁸

²⁵⁰ *Spellenberg* in MünchKomm, vor Art 11 EGBGB Rz 131; *Heinz*, Das Vollmachtsstatut (2011) S 160 ff; *von Bar*, Internationales Privatrecht II Rz 589.

²⁵¹ *Spellenberg* in MünchKomm, vor Art 11 EGBGB Rz 131; Auch meiner Ansicht nach eine objektive Möglichkeit, sofern der Gebrauchsort ermittelt werden kann.

²⁵² Regelungsvorschlag des Deutschen Rats von der Sitzung des 19. und 20.05.2016.

²⁵³ *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶ S 306.

²⁵⁴ *von Hein*, IPRax 2015, 580.

²⁵⁵ Aufzählung der nicht zutreffenden Absätze 1 bis 4, Änderung des Wortes Vertreter in Bevollmächtigter, Einfügung des Wortes „Einzelfall“; Änderung des Wortes „müssen“ auf „müssten“ in Satz 2; Änderung des Wortes Vertretene in Vollmachtgeber.

²⁵⁶ *Rademacher*, IPRax 2017, 62; Zu Recht merkt Rademacher aber an, dass dieser Fall sehr selten in der beschriebenen Relevanz auftreten wird.

²⁵⁷ Art 8 Abs 4 EGBGB.

²⁵⁸ *Rademacher*, IPRax 2017, 61.

Unter „dauerhafter“ Bevollmächtigung wird eine Vertretungsmacht des Vertreters über einen längeren Zeitraum verstanden, worunter auch unbefristete Vollmachten fallen.²⁵⁹

Diese Regelung geht auf eine Entscheidung des BGH zurück,²⁶⁰ welcher im Falle einer Vorsorgevollmacht bei Eheleuten auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort abgestellt hat, wodurch der Deutsche Rat wie auch die Referenten des Bundesministeriums für diesen Fall eine Anknüpfung am gewöhnlichen Gebrauchsort in der Kollisionsnorm vorsahen.²⁶¹

6.2.2.3. Verweisungsart des Gebrauchsortes:

Gem der bisherigen deutschen Rechtslage war es unklar, ob es sich bei der Anknüpfung am Gebrauchsort um eine Sachnorm²⁶²- oder eine Gesamtverweisung handelte.²⁶³ Abhängig gemacht wurde dies von der Möglichkeit, ob bei einer Gesamtverweisung, jenes Geschäftsstatut des Staates des Gebrauchsortes auf die deutsche Rechtsordnung zurückverweist. Dies wäre aus Sicht der deutschen Judikatur nicht zielführend, da gerade eine Zurückverweisung durch die territoriale Anknüpfung des deutschen IPR vermieden werden sollte. Der Bundesgerichtshof für Zivilrechtssachen hat dazu, jede Verweisung auf ein in einem anderen Land geltendes Recht als zweckwidrig angesehen hat.²⁶⁴ Des Weiteren sprach dafür, dass eine Gesamtverweisung im kodifizierten Teil des deutschen EGBGB nicht mehr möglich ist²⁶⁵ und auch die deutsche Rechtsprechung bis jetzt noch keinen Fall so beurteilte, dass ausländisches IPR zu prüfen gewesen wäre²⁶⁶. Ebenfalls, wird mE richtig argumentiert, dass gerade der VS maßgebend für das Vollmachtsstatut ist und dieser dominieren sollte. Deswegen ist der Rechtssicherheit halber auf die an dem Ort geltenden Sachvorschriften zu verweisen.²⁶⁷ Zusammenfassend ist deshalb von einer Sachnormverweisung auszugehen, da gerade bei einer Anknüpfung am Gebrauchsort eine Weiterverweisung an einen anderen Ort, durch ein ausländisches Gesetz, der Sinnhaftigkeit der Gebrauchsortanknüpfung selbst widersprechen würde.²⁶⁸ Die neue Kollisionsnorm des Art 8 Abs 5 EGBGB klärt dies damit, dass explizit auf die Sachvorschriften des Staates verwiesen wird.²⁶⁹

²⁵⁹ Referentenentwurf abgedruckt in IPRax 2016, Heft 5 S II (Neueste Informationen); Rademacher, IPRax 2017, 61.

²⁶⁰ BGH, Urteil v 24.11.1989 – V ZR 240/88, NJW.RR 1990, 248, 250.

²⁶¹ Kritisch: Rademacher, IPRax 2017, 61.

²⁶² Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ 308 f.

²⁶³ von Bar, Internationales Privatrecht II, Rz 589.

²⁶⁴ BGHZ 43, S. 21, 26.

²⁶⁵ von Bar, Internationales Privatrecht II, Rz 589.

²⁶⁶ Reithmann/Martiny/Hausmann, Internationales Vertragsrecht⁸ Rz 7.385; von Bar, Internationales Privatrecht II, Rz 589; Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ 308.

²⁶⁷ Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ 309.

²⁶⁸ von Bar, Internationales Privatrecht II, Rz 589.

²⁶⁹ Art 8 Abs 5 EGBGB.

Ähnlich wie beim Bestimmungsort herrscht im österreichischen Recht bezüglich der Art der Verweisung keine Einigkeit in der Literatur. *Verschraegen* spricht sich für eine ausschließliche Sachnormverweisung aus, in welcher Rück- und Weiterverweisungen nicht zu berücksichtigen sind. Die andere Meinung wird wiederum von *Schwimann*, *Lurger* und *Melcher* vertreten, welche die Anwendung des § 5 IPRG befürworten.²⁷⁰ § 5 IPRG gibt vor, dass bei Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung auch deren Verweisungsnormen zu beachten sind. Wie oben bereits ausgeführt kann das Argument des § 5 IPRG dahingehend bestärkt werden, dass der Dritte sich nicht genug darauf verlassen könne, dass jenes Recht zur Anwendung kommt, in dem der Geschäftsherr wollte, dass das die Vertretungsmacht ausgeübt wird bzw jenes Staates in dem die Vertretungsmacht ausgeübt wurde.²⁷¹ Im Falle des Gebrauchsortes, ist es meiner Ansicht nach noch trivialer, dass es sich um eine Sachnormverweisung handeln muss sofern der Gebrauchsort für den Dritten erkennbar bzw offenkundig ist und eine Weiter- oder Zurückverweisung aufgrund der Offenkundigkeit des Ortes einen Einschnitt in die Rechtssicherheit darstellen würde. Anders hingegen stellt sich die Situation dar, wenn aufgrund von neuen Kommunikationslösungen der Gebrauchsort für den Dritten nicht erkennbar ist und dadurch auch die Verkehrssicherheit sehr schwierig zu verwirklichen ist. Hier könnte die Gesamtverweisung einen gewissen Interessensausgleich bilden.

6.2.2.4. Sitz, Niederlassung bzw gewöhnlicher Aufenthalt des Geschäftsherrn

Das österreichische IPRG kennt keine Anknüpfung nach dem Ort des Sitzes des Geschäftsherrn für das Vollmachtsstatut. Anders hingegen das IPRG der Schweiz welches den Sitz des Geschäftsherrn expliziert kodifiziert hat.

Im schweizer IPRG bestimmt Absatz 3 des Art 126 sIPRG den Umstand und die Beurteilung der Vollmacht nach dem Sitz des Geschäftsherrn. Art 126 Abs 3 sIPRG geht von einer unselbständigen Tätigkeit der Stellvertretung aus, bei der ein Arbeitsverhältnis zum Geschäftsherrn vorliegt und keine eigene Niederlassung des Vertreters benötigt wird.²⁷² Als Beispiel kann hierfür der Handlungsbevollmächtigte und der Handelsvertreter genannt werden. Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass der Geschäftsherr einen Sitz innehaben muss.²⁷³ Fehlt hingegen beim Geschäftsherrn, im Falle einer natürlichen Person die dauernde Geschäftstätigkeit, so ist gem Abs 2 der Ort des Handelns des Vertreters heranzuziehen.²⁷⁴

²⁷⁰ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 37; *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 63.

²⁷¹ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 37.

²⁷² *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 47.

²⁷³ Im Falle einer nP Geschäftssitz und einer jP eines Gesellschaftssitzes.

²⁷⁴ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 47.

Zusammengefasst kann die Anwendung des Art 126 Abs 3 sIPRG also nur dann erfolgen, wenn der Vertreter sich mit dem Geschäftsherrn in einem Angestelltenverhältnis befindet²⁷⁵ und der Geschäftsherr bzw Arbeitgeber des Vertreters einen Sitz zur Ausübung einer dauernden Geschäftstätigkeit innehaben muss.²⁷⁶

Die deutsche Literatur hatte bis heute den Anknüpfungsort des Sitzes des Geschäftsherrn nur ansatzweise beleuchtet.²⁷⁷ Gründe warum dies nicht der Fall war, lassen sich aus dem Aufsatz von *Spickhoff*, in dem die Möglichkeiten einer Kodifizierung der Stellvertretung im EBGBG beleuchtet werden, erörtern:

Mit Sicherheit kann gesagt werden, dass der Ort des Sitzes des Geschäftsherrn jener ist, der einfach und schnellsten vom Vertreter erkannt werden kann. Für den Vertreter von Vorteil, da seine Rechte und Pflichten mit dem anwendbaren Recht dieses Ortes einhergehen würden und dementsprechend Rechtssicherheit gegeben ist. Der relevante Verkehrsschutz im Sinne einer Anwendung, eines dem Dritten bekannten Rechts, kann mit dieser Anknüpfung jedoch nur bedingt sichergestellt werden.²⁷⁸

Für den Dritten kann es schwieriger sein den Sitz des Geschäftsherrn zu lokalisieren, da unter Umständen, der Geschäftsherr eine Gesellschaft im Land des Dritten betreiben könnte, der Vertrag aber mit der Muttergesellschaft im Sitzland geschlossen wird. Daher kann der Verkehrsschutz nur bedingt gewährleistet werden.

Weiters könnten höhere Kosten für die Rechtsermittlung damit begründet sein, dass der Dritte zwar einen Vertrag mit dem Geschäftsherrn eingeht, die Handlungen und das Inerscheintreten aber nur durch den Vertreter erfolgt.²⁷⁹

Durch diese beiden Beispiele wären die kollisionsrechtlich relevanten Interessen, der drei Parteien im Stellvertretungsrecht unterschiedlich berücksichtigt und ein Missverhältnis würde daraus resultieren.

Der Geschäftsherr könnte hingegen ein großes Interesse an der Anwendung dieses Anknüpfungsmerkmals haben, da durch Verwendung eines Vertreters, sein Geschäftskreis erweitert wird und die ihm bekannte Rechtsordnung für den erweiterten Geschäftskreis zugerechnet werden darf.²⁸⁰

Sehr wohl sprechen sich *Kegel* und *Schurig* für eine Anknüpfung nach dem Sitz des Geschäftsherrn aus, da aus ihrer Sicht der Verkehrsschutz bei der Anknüpfung der Vollmacht aktuell zu weit

²⁷⁵ *Vischer/Huber/Oser*, Internationales Vertragsrecht² Rz 1020.

²⁷⁶ Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Schweizer Studien zum internationalen Recht, Bd. 13, Zürich 1979, 229 ff.

²⁷⁷ Ua *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht⁸ (1999) 543 f.

²⁷⁸ *Spickhoff*, *RablesZ* 2016, 510.

²⁷⁹ *Spickhoff*, *RablesZ* 2016, 510; *Heinz*, Das Vollmachtstatut 158.

²⁸⁰ *Spickhoff*, *RablesZ* 2016, 510.

läufig ausgestaltet ist. Die Parteiinteressen des Geschäftsherrn, welcher eigentlich das größten Interesse haben sollte, wurden bei Anknüpfung am Gebrauchsort oder Wirkungsort wenig bis gar nicht berücksichtigt. Daher sollte dem Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Geschäftsherrn mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden, so *Kegel* und *Schurig*.²⁸¹

Den Ausführungen der Literatur ist hinzuzufügen, dass der Sitz des Vertreters auch bereits im Referentenentwurf des Deutschen Rates als Anknüpfungspunkt berücksichtigt wurde. Darin wurde unter der Bedingung, dass der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zum Geschäftsherrn und keine eigene Niederlassung besitzen darf, der Ort der Niederlassung des Geschäftsherrn als maßgeblich bestimmt. Diese Regelung ist an das schweizerische IPRG angelehnt und folgt Art 126 Abs 3 sIPRG wie oben ausgeführt.²⁸²

Gem des in Deutschland in Kraft getretenen Gesetzes²⁸³, ist die Anknüpfung auch weiterhin vorhanden. Sofern kein anderer bzw besonderer Anknüpfungstatbestand erfüllt und auch der Gebrauchsort der Vollmacht für den Dritten nicht erkennbar ist, gilt der gewöhnliche Aufenthalt des Geschäftsherrn als maßgebendes Anknüpfungsmerkmal.²⁸⁴

Dieses Merkmal wird sowohl in Art 8 Abs 3 EGBGB wie auch in Art 8 Abs 5 S 3 EGBGB verwendet.

Art 8 Abs 3 EGBGB erfordert annähernd dieselben Voraussetzungen wie im schweizer IPRG. Hierbei darf keine Rechtswahl getroffen werden, der Vertreter muss in einem Dienstverhältnis zum Geschäftsherrn stehen und der gewöhnliche Aufenthalt muss für den Dritten erkennbar sein. Art 8 Abs 5 EGBGB erfordert für die Anwendung, dass weder eine Rechtswahl getroffen wurde, noch dass der Vertreter in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit handelt oder Arbeitnehmer des Geschäftsherrn ist. Des Weiteren darf der gewöhnliche Aufenthalt des Vertreters dem Dritten nicht bekannt sein. Im Vergleich zum geltenden schweizer IPRG ist der wesentlichste Unterschied, dass im neuen deutschen Art 8 Abs 5 EGBGB für die Anknüpfung am gewöhnlichen Aufenthalt des Geschäftsherrn keine Erkennbarkeit des Dritten gegeben sein darf.²⁸⁵

Liegen diese Sachverhaltselemente vor, ist ebenfalls der Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthalts des Geschäftsherrn zu verwenden. Hierfür wird kein subjektives Element des Dritten gefordert bzw wird dies insofern ausgeschlossen, da in diesem Fall der gewöhnliche Aufenthalt

²⁸¹ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht⁸ 543.

²⁸² *von Hein*, IPRax 2015, 580.

²⁸³ Art 8 Abs 5 S 3 EGBGB idgF.

²⁸⁴ *Rademacher*, IPRax 2017, 59.

²⁸⁵ Vgl Art 126 Abs 3 sIPRG idgF.

des Geschäftsherrn für den Dritten nicht erkennbar ist.²⁸⁶ Diese Art der Anknüpfung wurde zuvor in der Literatur von *Bar* thematisiert. Er argumentierte, dass eine Anknüpfung nach dem Sitz des Geschäftsherrn nur dann anzuwenden ist, wenn es sich um eine besondere Ausnahmesituation handelt, wie zum Beispiel ein Firmenvertreter eines deutschen Unternehmens telefoniert auf einer Geschäftsreise in Belgien mit einem französischen Kunden, der sich in Österreich befindet.²⁸⁷

Die genaue Definition des gewöhnlichen Aufenthalts findet sich in Art 19 Abs 1 Rom-I VO wieder.²⁸⁸ Diese definiert, dass der gewöhnliche Aufenthalt von Gesellschaften, juristischen Personen und Vereinen mit der Hauptverwaltung bzw der vertragsbetreuenden Niederlassung gleich zu setzen ist. Im Falle, dass eine natürliche Person im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit handelt, ist die berufliche Niederlassung dieser Person maßgeblich.²⁸⁹

6.2.2.5. Niederlassung des Vertreters

Die Anknüpfung am Ort der Niederlassung des Vertreters ist eine weit verbreitete Anknüpfung und gilt als anerkanntes Kriterium.²⁹⁰ In der Geschäftswelt ist dieser Anknüpfungspunkt auch deshalb bedeutsam, da gerade Vertreter vielerlei Aufgaben übernehmen, um Geschäfte anzubahnen und um diese schlussendlich auch zum Abschluss zu bringen.²⁹¹

Im österreichischen IPR lässt sich die Niederlassung des Vertreters aus dem Bestimmungsstaat gem § 49 Abs 2 S 1 öIPRG ableiten. Die Anknüpfung am Ort der Niederlassung des Vertreters ist dann anzuwenden, wenn ein berufsmäßiger Vertreter mit festem Geschäftssitz vom Geschäftsherrn bevollmächtigt wird. In diesen Fällen handelt es sich meist um Handelsreisende, Steuerberater oder Rechtsanwälte, welche in der Regel über einen festen Geschäftssitz verfügen. Im Zweifel der Feststellbarkeit des Willens des Geschäftsherrn, wird der Geschäftssitz des Vertreters als Anknüpfungspunkt verwendet. Dies darf aber nur dann möglich sein, insoweit dieser Zweifel bzw die Zweifelsregel nicht begründet widerlegbar ist.²⁹²

Ebenfalls lässt sich aus § 49 Abs 2 S 2 öIPRG der Ort der Niederlassung ableiten, in dem eigentlich der regelmäßige Tätigkeitsort als Anknüpfungspunkt genannt wird. Die trifft speziell für ständige

²⁸⁶ Ebenfalls bereits im Referentenentwurf vorgesehen: Art 8 Abs 4 S. 3 EGBGB-DR siehe Rademacher, IPRax 2017, 59.

²⁸⁷ *von Bar*, Internationales Privatrecht II Rz 592.

²⁸⁸ Rom-I VO (EG) 593/2008, ABl 2008/177, 6.

²⁸⁹ *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 747.

²⁹⁰ Ua Argentinien, Frankreich, Niederlande, Portugal Art 11 I HStÜ; Bulgarien Art 62 I IPRG; China Art 71 II 1 Modell-IPRG; Italien: Art 60 I 1 legge 31.5.1995, n 218; Rumänien: Art 95 I legea 105/92, Korea; Art 18 II Gukjesabeob; Angola: Art 39 III C.c; Mosambik; Art 39 III C.c; Liechtenstein Art 53 II IPRG; Belgien: Art 108 CDIP.

²⁹¹ *Schwarz*, *RabelsZ* 2007, 747.

²⁹² *Verschraegen in Rummel*³, § 49 IPRG Rz 10.

Vertreter des Geschäftsherrn zu, iSv Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigter, wo der Sitz der Niederlassung für diese Personen als regelmäßiger Tätigkeitsort definiert werden kann. Gleich wie für Satz 1 des § 49 Abs 2 öIPRG, ist am Ort der Niederlassung nur dann anzuknüpfen, wenn auch hier der Wille des Geschäftsherrn nicht ermittelt werden kann und eine Widerlegbarkeit dieses Zweifels ausgeschlossen ist.²⁹³

Das schweizerische IPRG lässt klarer aus dem Wortlaut des Art 126 Abs 2 sIPRG hervorgehen, dass das Recht jenes Staates anzuwenden ist, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat. Der schweizerische Gesetzgeber hat dies dementsprechend aus der Überlegung gewählt, dass der Vertreter normalerweise in jenem Land tätig wird, in dem er seine Niederlassung besitzt.²⁹⁴ Damit die Niederlassung des Vertreters als Anknüpfungspunkt für die Rechtswahl herangezogen wird, ist es erforderlich, dass die Niederlassung für den Dritten erkennbar ist, welches im Einzelfall geprüft werden muss. Als allgemeine Regel im schweizer Recht hat sich gefestigt, dass eine Niederlassung auf jeden Fall dann als erkennbar gilt, wenn eine Niederlassung in ein öffentlich zugängliches Register eingetragen wurde.²⁹⁵

Als Niederlassung versteht der schweizerische Gesetzgeber eine Niederlassung gem Art 20 Abs 1 lit c sIPRG. Der gewöhnliche Aufenthalt einer nP entspricht demnach dem Ort, an dem sich der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit befindet.²⁹⁶

Alternativ ist gem Art 126 Abs 3 sIPRG für die Niederlassung des Vertreters der Sitz des Geschäftsherrn zu wählen, wenn der Vertreter keine eigene Niederlassung besitzt.²⁹⁷

In Deutschland entsprach die Anknüpfung am Ort der Niederlassung des Vertreters der überwiegenden Meinung in Lehre²⁹⁸ und Rechtsprechung²⁹⁹. Im Angesicht der Rechtssicherheit sowie der Anwendbarkeit und Praktikabilität, erwies sich dieses Merkmal für alle Parteien als leicht lokalisierbar. Des Weiteren kann hierzu angeführt werden, dass die Niederlassung des Vertreters auch

²⁹³ *Verschraegen in Rummel*³, § 49 IPRG Rz 10.

²⁹⁴ *von Cammerer*, RablsZ 1959, 202.

²⁹⁵ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG2 Art 126 Rn 41.

²⁹⁶ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987, SR 291 (Stand 01.04.2017).

²⁹⁷ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG2 Art 126 Rn 41.

²⁹⁸ *Ua Looschelders*, Internationales Privatrecht Anhang zu Art 12 Rz 9; *von Bar*, Internationales Privatrecht II 592; *Junker*, Internationales Privatrecht (1998) Rz 335.

²⁹⁹ BGH 26.4.1990, NJW 1990, 3088; 29.11.1961, IPRspr 1960 Nr. 40=JF 1963, 167 (168); 9.12.1964, BGHZ 43, 21 (26); OLG Frankfurt 8.7.1969, IPRspr 1968/69 Nr. 21 = AWD 1969, 415 (415); 17.4.1984, IPRspr. 1984 Nr. 24 A = TranspR 1985, 139 (140); 11.7.1985, IPRspr. 1985 Nr 21 = IPRax 1986, 373 (375); LG Bielefeld 23.6.1989, IPRspr. 1989 Nr 32 = IPRax 1990, 315 (316).

zu einem Ausgleich der Interessen des Dritten und des Geschäftsherrn führt, da der Ort der Niederlassung des Vertreters in gewissem Maß für beide gleich „schwer“ feststellbar ist. In der Praxis kann dies durch Visitenkarten, E-Mail Signaturen offensichtlich und schnell erkannt werden. Auch der Vertreter, für den Rechte und Pflichten auf Grundlage des anwendbaren Rechtes fußen, kann sich mit dieser Anknüpfung in Rechtssicherheit wiegen.

Vor der Gültigkeit des neuen Art 8 EGBGB, wurde auf dieser Anknüpfung aufgebaut, wenn es sich um einen selbstständigen Vertreter handelt, dem seine Niederlassung als gewöhnlicher Tätigkeitsort zugerechnet werden kann.³⁰⁰ Dies entsprach grundlegend der österreichischen und schweizer Überlegung. In Deutschland ist die Zurechnung auch dann relevant gewesen, wenn der Vertreter gar nicht im Land seiner Niederlassung tätig wurde und der Dritte von der Niederlassung des Vertreters nichts wusste oder wissen konnte.³⁰¹ Im Falle, dass der Vertreter gar keine Niederlassung besaß oder die Erkennbarkeit für den Dritten ausgeschlossen war, ging das Recht des Gebrauchsortes vor.³⁰² Anders als im österreichischen, jedoch gleich wie im schweizer Recht ist auch im deutschen Recht das Element des ständigen Vertreters nicht erforderlich gewesen.³⁰³

Beim Entwurf zu einem neuen deutschen Vollmachtsstatut spielte auch die Anknüpfung der Niederlassung des Vertreters eine wesentliche Rolle.³⁰⁴ So wurde bereits im Entwurf des Deutschen Rates bei Art 8 Abs 2 Satz 1 EGBGB-DR dieser Anknüpfungspunkt für den Vertreter, welcher im Rahmen seiner selbständigen beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit handelt und eine eigene Niederlassung besitzt konzipiert. Dazu ist ebenfalls erforderlich, dass im Rahmen des Art 8 Abs 1 EGBGB-DR keine Rechtswahl getroffen wurde. Das subjektive Element der Erkennbarkeit durch den Dritten, wurde im letzten Satz dieses Entwurfs verankert.³⁰⁵

Der Anknüpfungsort der Niederlassung des Vertreters ist auch im aktuellen Art 8 Abs 2 EGBGB verblieben. Die Unterschiede zum Entwurf sind einerseits, dass die Regelung nun nicht mehr auf die Hauptniederlassung sondern auf den gewöhnlichen Aufenthalt gem Art 8 Abs 8 EGBGB iVm

³⁰⁰ Bar, Internationales Privatrecht II 591.

³⁰¹ Junker, Internationales Privatrecht Rz 355.

³⁰² Junker, Internationales Privatrecht Rz 355.

³⁰³ Looschelders, Internationales Privatrecht Anhang zu Art 12 Rz 9.

³⁰⁴ von Hein, IPRax 2015, 580.

³⁰⁵ Regelungsvorschlag des Deutschen Rats von der Sitzung des 19. und 20.5.2016 abgedruckt in von Hein, IPRax 2015, 580 oder abrufbar unter http://www.bmjv.de/shareddocs/gesetzgebungsverfahren/de/Internationales_privat_und_zivilverfahrens.html.recht.

Art 19 Rom-I VO abzielt und dass die Wortfolge „selbständige berufliche“ Tätigkeit aus der Regelung entfernt wurde.³⁰⁶ Diese Entscheidung zur Verwerfung der Differenzierung zwischen „selbständig beruflich“ und unternehmerischer Tätigkeit des Vertreters, wurde auf Grundlage des § 14 Abs 1 BGB³⁰⁷ getroffen. In dieser Norm wird der selbständig beruflich Tätige bereits vom Unternehmerbegriff umfasst.

Diese Regelung fußt auf der hervorgegangenen Rechtsprechung.³⁰⁸ Das subjektive Element der Erkennbarkeit wurde beibehalten und erfordert diese im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht.³⁰⁹

6.3. Sonderanknüpfungen

6.3.1. Vertretung ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*)

Uneinigkeit herrscht in der einschlägigen Literatur, ob die Vertretung ohne Vollmacht vom Anwendungsbereich des österreichischen § 49 öIPRG umfasst ist.³¹⁰ Die Judikatur bejahte eine Subsumtion unter § 49 Abs 3 öIPRG für die Vertretung ohne Vollmacht.³¹¹

Besonders der Autor *Schwind* verdeutlicht aber, dass § 49 öIPRG – wie auch die Überschrift dieser Norm – nur von der gewillkürten Stellvertretung spricht. Seiner Ansicht nach kann hier die Vertretung ohne Vollmacht gar nicht von § 49 öIPRG umfasst sein, da der Geschäftsherr bei einer Vertretung ohne Vollmacht gar nicht wissen kann bzw wollte, dass eine Vollmacht erteilt wurde. Somit schlussfolgert *Schwind*, dass daher auch nicht von einer gewillkürten Stellvertretung die Rede sein kann. Vielmehr wäre dieser Umstand inhaltlich an die Anknüpfung der Geschäftsführung ohne Auftrag anzugliedern, da nicht nur ein Nichtwissen des Geschäftsherrn vorliegt sondern erst gar keine existente gewillkürte Stellvertretung vorliegt. Gem *Schwinds* Ausführungen im Jahre 1990 muss für die vollmachtlose Vertretung § 47 öIPRG³¹² iVm § 45 öIPRG³¹³ angewendet werden.³¹⁴ Aus heutiger Sicht kann § 47 öIPRG aufgrund der Aufhebung dieser Kollisionsnorm nicht mehr angewendet werden. An die Stelle des § 47 öIPRG tritt seit dem Jahre 2009 die Rom-II Verordnung mit dem Art 10 und Art 11.³¹⁵ Wie *Schwind* in seiner Ausführung richtig erkannte und auch die Judikatur dem Gedankengang folgt, können bei einem vollmachtlosen Handeln die

³⁰⁶ *Hein*, IPRax 2015, 580.

³⁰⁷ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2787) geändert worden ist.

³⁰⁸ BGHm Urteil v 26.4.1990 – VII ZR 218/89; *Schwarz*, RabelsZ 2007, 747 ff; *Rademacher*, IPRax 2017, 60.

³⁰⁹ *von Hein*, IPRax 2015, 580.

³¹⁰ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 63; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht; anders *Schwind*, IPR Rz 463 Pkt 5.

³¹¹ OGH 30.9.1987, 9 Ob A 45/87.

³¹² §47 IPRG BGBl. 1978/304.

³¹³ §45 IPRG BGBl. 1978/304.

³¹⁴ *Schwind*, IPR Rz 463.

³¹⁵ ErläutRV 322 BlgNR 24 GP 4; *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 2/34.

Abs 1 und 2 des § 49 öIPRG nicht angewendet werden, da die Vollmacht gar nicht bestanden hat. Weder ist eine Anwendung des Abs 1 möglich, da der Geschäftsherr kein Recht bestimmen konnte welches dem Dritten erkannt werden könnte. Noch kann Abs 2 angewendet werden, da dem Willen des Geschäftsherrn erst gar kein Bestimmungsort entnommen werden kann, wenn dieser nicht mal wollte, dass der Vertreter tätig wird. Dem folgend kann nur Abs 3 angewendet werden. Hier würde man zu dem Ergebnis kommen dass jenes Recht des Staates angewendet werden soll, in dem der Vertreter ohne Vollmacht tätig geworden ist.³¹⁶ Anders wäre dies aber wenn man *Schwind* folgt und nun Art 11 Rom-II VO anzuwenden hätte. Hierbei kann gem Art 11 Abs 1 Rom-II VO jenes Recht herangezogen werden, welches für ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis mit enger Verbindung zur Geschäftsführung maßgeblich ist. Solche bestehenden Rechtsverhältnisse können nicht nur vertragliche sondern auch deliktische Rechtsverhältnisse umfassen. Sollte die Wortfolge „bestehende Rechtsverhältnisse“ weit ausgelegt werden, könnte auch ein mit der Geschäftsführung zugleich entstandenes Rechtsverhältnis als bestehend gelten und jenes Recht zur Anwendung kommen, welches diesem Rechtsverhältnis unterliegt.³¹⁷ Beim Nichtvorliegen eines solchen Rechtsverhältnisses, wird der gemeinsame gewöhnliche Aufenthaltsstaat von Vertreter und Dritten zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts herangezogen gem Art 11 Abs 2 ROM-II VO. Als Zeitpunkt wird in der Verordnung der Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses genannt. In der Literatur wird hier der Zeitpunkt der Geschäftsführung konkretisiert und spricht von jenem Zeitpunkt, im dem das Verhalten gesetzt wird, welches die Geschäftsführung ohne Auftrag auslöst.³¹⁸ Sollte gem Art 11 Abs 1 und 2 Rom-II VO kein anzuwendendes Recht ermittelt werden können, ist gem Art 11 Abs 3 Rom-II VO das Recht jenes Staates anzuwenden, in dem die Geschäftsführung erfolgt ist. Ob hier der Ort der Handlung oder des Erfolgseintritts heranzuziehen ist, ist in der Literatur strittig.³¹⁹ Als Lösungsvorschlag zu dieser Problematik wurde die Berücksichtigung relevanter Parteiinteressen bzw die Schnittmenge der Erwartungen der Parteien konzipiert.³²⁰ Erfolgt eine sukzessive Geschäftsführung an mehreren Orten, welche unterschiedliche Rechtsordnungen aufweisen, ist nach hM jener Ort für die Bestimmung maßgebend, an dem die

³¹⁶ *Schwind*, IPR Rz 463.

³¹⁷ *Jakob/Picht* in Rauscher⁴ Rom-II VO Art 11 Rz 16 ff.

³¹⁸ *Jakob/Picht* in Rauscher⁴ Rom-II VO Art 11 Rz 20.

³¹⁹ Für den Handlungsort: *Nehne*, Die Internationale Geschäftsführung ohne Auftrag nach der Rom II-Verordnung – Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkte, IPRax 2012, 136 (140); *Neumart* in KBB⁴ ROM II-VO Art 11 Rz 3; *Junker* in MüKomm⁶ Rom II Art 11 Rz 17; Für den Erfolgsort: *Jakob/Picht* in Rauscher⁴ ROM II-VO Art 11 Rz 26; *Looschelders*, Die Rechtsstellung des gewerblichen Erbensuchers im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, IPRax 2014, 406 (409f).

³²⁰ *Dornis*, Das Kollisionsrecht der auftragslosen Geschäftsführung – Ein Beispiel für Materialisierung und Typisierung im modernen europäischen IPR, RabelsZ 2016, 543 (549 ff).

Geschäftsführung begonnen wurde.³²¹ Subsidiär kann auch der Ort herangezogen werden an welchem der Schwerpunkt der Geschäftsführung liegt.³²² Wichtig hierbei ist zu erwähnen, dass eine eigene bzw getrennte Anknüpfung für die einzelnen Handlungen iSd Rechtseinheitlichkeit abzulehnen ist.³²³

Ferner kann durch Art 11 Abs 4 Rom-II VO eine Ausweichklausel angewendet werden, sofern durch die Abs 1, 2 und 3 kein Ergebnis erzielt werden konnte und eine offensichtlich enge Verbindung zu einem Staat vorliegt.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die österreichische Judikatur in Fällen der Vertretung ohne Vertretungsmacht bereits seit 1987 die Anwendung des § 49 Abs 3 öIPRG vorsieht und diese unter die gewillkürte Stellvertretung subsummiert.³²⁴ Durchaus zutreffend, erscheint auch der Gedankengang von *Schwind*, der aufgrund der fehlenden Vollmacht die Anwendung des Vollmachtsstatutes auf keinem Fall bejahen würde. Meines Erachtens sind beide Lösungen nachvollziehbar. Für § 49 öIPRG spricht, dass gerade die vollmachtlose Stellvertretung für einen Dritten –welcher geschützt werden sollten - den Schein birgt, dass er in einer Situation ist, in dem eine Vertretung vorliegt, auch wenn der „Vertreter“ keinerlei Vertretungsmacht besitzt und unberechtigt handelt. Weiters ist auch die Ermittlung des Ortes bzw des anzuwendenden Rechts in gewisser Weise vorhersehbar sofern dies unter § 49 öIPRG subsumiert wird. Anders wäre dies bei Anwendung des Art 11 Rom-II VO, da hier die Gefahr bzw die Möglichkeit einer Anwendung eines anderen Rechts als jenes des Tätigkeitsstaates sehr hoch einzuschätzen ist. Berücksichtigt sollte aber auch werden, dass trotz der gegenständlichen Meinung von *Schwind*, es unbestritten ist, dass die nachträgliche Genehmigung einer vollmachtlosen Vertretungshandlung Anwendung auf den § 49 öIPRG findet.³²⁵

Keinen Zweifel, ob das Vollmachtsstatut angewendet werden sollte oder nicht, lässt das schweizerische IPRG offen. Hier wird das Verhältnis zwischen Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Dritten in Art 126 Abs 4 sIPRG kodifiziert. In Abs 4 wird darauf verwiesen, dass das anwendbare Recht zu diesem Sachverhalt nach Abs 2 zu bestimmen ist. Demgemäß verweist die Anknüpfung auf das anzuwendende Recht in dessen Land der vollmachtlose Vertreter seine Niederlassung hat. Ist keine Niederlassung vorhanden, ist die Anknüpfung nach jenem Ort vorzunehmen, in dem der vollmachtlose Vertreter hauptsächlich handelt.

³²¹ LG München I, 18.4.2013, 10 O 6084/12, IPRax 2014, 438.

³²² *Jakob/Picht* in Rauscher⁴ ROM II-VO Art 11 Rz 28; *Limbach* in NK-BGB² Art 11 Rom II-VO Rz 13.

³²³ *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht Rz 5/105.

³²⁴ OGH 30.9.1987, 9 Ob A 45/87 SZ 60/192.

³²⁵ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 63; *Verschraegen* in Rummel³ IPRG § 49 Rz 12; OGH 21.7.2011, 1 Ob 70/11t bejahend auch *Schwind*, IPR Rz 463.

Geregelt werden aber nur jene Fragen, welche einen stellvertretungsrechtlichen Charakter haben. Dies entspricht nur der Frage, ob und wie der falsus procurator gegenüber dem Dritten haftet.³²⁶ Alle weiteren Fragen, wie zum Beispiel, ob ein vertretungsfeindliches und dadurch nichtiges Geschäft geheilt werden kann, welche Folgen eines Widerrufs der Genehmigung hat oder eine vorab Nichtgenehmigung sind, richten sich demnach direkt nach dem Art 126 Abs 2 sIPRG.³²⁷ Diese Vorgehensweise lehnt sich an das Haager Stellvertretungsübereinkommen an, welches mittels Art 15 ebenfalls auf das Statut der Vertretungsmacht verweist und dadurch eine harmonisierte Beurteilung durch Heranziehen desselben Rechts für Fragen des Scheinvertreters und jenes der Vertretung ohne Vollmacht gewährleistet.³²⁸

In Deutschland wurde gem der Rechtsprechung vor der Einführung des Art 8 EGBGB, jener Ort als Anknüpfungsort für den falsus procurator bestimmt, an dem der Rechtsschein entstanden ist und sich ausgewirkt hat.³²⁹ Dies entspricht dem Gebrauchsort. Auch die neue Kollisionsnorm Art 8 EGBGB sieht keine Regelung für den falsus procurator vor. Ob der Fall des falsus procurator wie oben beschrieben unter den Art 11 Rom-II VO subsumiert werden darf ist weiterhin offen.³³⁰ Zieht man den damaligen Entwurf des Art 7 Abs 4 Rom I VO heran, stellt man fest, dass hierin vorgesehen wurde, dass die Haftung des falsus procurator vom Vollmachtsstatut umfasst sein sollte.³³¹ Neben dieser historischen Auslegung sprechen ebenfalls der Verkehrsschutz sowie Vermeidung von Abgrenzungsproblemen für eine einheitliche Anknüpfung durch das Vollmachtsstatut.³³² Dass der falsus procurator nicht im geltenden Art 8 EGBGB verankert wurde, ist wohl den Ausführungen von *Spickhoff* zuzuschreiben, welcher empfahl, diese Probleme nicht durch eine nationale Kollisionsnorm zu erschweren, sondern den Anwendungsvorrang der Rom-I und Rom-II VO unbeeinflusst zu lassen.³³³

6.3.2. Grundstücke

Die Anknüpfung für Fragen der Vollmacht für Grundstücksverfügungen ist laut österreichischer Literatur strittig. Genauer beschrieben handelt es sich um die Frage, ob eine Vollmacht zur Verfügung über Grundstücke oder Immobiliarsachrechte wirksam erteilt werden kann und ob die Vollmacht für dieses bestimmte Geschäft weit genug reicht. *Schwimann* sieht keine Subsumtion von

³²⁶ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG2 Art 126 Rn 52.

³²⁷ Keller/Girsberger, Züricher Kommentar zum IPRG2 Art 126 Rn 52.

³²⁸ Kropholler, Internationales Privatrecht 308.

³²⁹ BGH, Urteil v. 9.12.1964 – VIII ZR 304/62; BGH, Urteil v. 5.2.2017 – II ZR 84/05.

³³⁰ Spickhoff, RablesZ 2016, 524.

³³¹ Spickhoff, RablesZ 2016, 525.

³³² Schwarz, RablesZ 2007, 795 f.

³³³ Spickhoff, RablesZ 2016, 525.

Grundstücksverfügungen unter § 49 öIPRG. Dieser Meinung folgend, ist die Anwendung jenes Rechts maßgebend, in dessen Staat die Liegenschaft liegt.³³⁴ *Schwind* ist aufgrund seiner These, dass durch die systematische Stellung im Schuldrecht des § 49 öIPRG, die Anwendung auf dieses begrenzt ist. Innerhalb des Schuldrechts sollte aber eine uneingeschränkte Anwendung für diese Norm bestehen. Aus diesem Grund soll auch das anzuwendende Recht im Falle einer Vertretung bei Grundstücksverfügungen nach § 49 öIPRG bestimmt werden, da es für eine getrennte Anknüpfung nach dem Ort der Liegenschaft keinerlei gesetzliche Grundlagen gibt.³³⁵ Anderer Meinung ist hingegen *Verschraegen*, welche in ihrem Kommentar zum § 49 öIPRG aufzeigt, dass die Beurteilung nach dem Recht des Lageorts der Liegenschaft gem der *lex rei sitae* vorzunehmen ist.³³⁶

Auch in der deutschen Lehre wurde vor Einführung des Art 8 EGBGB die Vollmacht zur Grundstücksverfügung gem der *lex rei sitae* - Recht des Ortes an dem sich die Sache befindet - angeknüpft.³³⁷

Auch der Entwurf des Deutschen Rates folgte dieser Meinung und determinierte dies in Art 8 Abs 5 EGBGB.³³⁸ Im beschlossenen Gesetz fand sich die Norm zur Anknüpfung der Stellvertretung bei Verfügungen über Grundstücke in Art 8 Abs 6 EGBGB wieder. Diese Norm ordnet die Anwendung des Art 43 Abs 1 EGBGB und des Art 46 EGBGB an. Der Art 43 Abs 1 EGBGB stellt iVm dem Art 46 EGBGB die engere Verbindung einer Sache zu einem Staat sicher und somit auch die die *lex rei sitae*.

Dadurch soll das Vertretungsstatut und das Sachstatut parallel verlaufen und eine harmonisierte Beurteilung über Immobilienverfügungen garantieren. Da Immobilienverfügungen in der Norm explizit genannt werden, könnte darauf geschlossen werden, dass andere Verfügungsgeschäfte von Art 8 Abs 1 bis 5 umfasst sein könnten.³³⁹ Aufschluss darüber wird aber erst die Judikatur zu dieser Norm bringen.

Auch in der Schweiz erfolgt die Anknüpfung der Vertretungsmacht zur Vornahme von dinglichen Verfügungen über Grundstücke und Immobilien am Lageort des Grundstückes, womit auch hierbei die *lex rei sitae* Anwendung findet.³⁴⁰

³³⁴ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 92.

³³⁵ *Schwind*, IPRG Rz 463.

³³⁶ *Verschraegen* in Rummel³ § 49 IPRG Rz 6.

³³⁷ *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht⁸ 544.

³³⁸ *Von Hein*, IPRax 2015, 580.

³³⁹ *Rademacher*, IPRax 2017, 57.

³⁴⁰ *Keller/Girsberger*, Züricher Kommentar zum IPRG² Art 126 Rn 6.

Diese beiden Staaten (Deutschland und Schweiz) könnten immer mehr Aufschluss über die Strittigkeit in Österreich ermöglichen. Grund für diese Art der Anknüpfung könnte teilweise ein praktischer sein. Grundstücke werden in den meisten Staaten in einem Registersystem geführt, welches wesentliche Informationen wiedergibt. Typisch für ein solches Registersystem sind Eintragungsverfahren, welche nur von einer zentralen Stelle erledigt werden dürfen, um somit Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr zu ermöglichen. Sollte nun eine Verfügung eines Grundstückes durch Vertretung erfolgen und diese Vertretung unterliegt einem ausländischen Recht, würde nicht nur die Eintragungsstelle bei der Prüfung der Verfügung mehr Zeit und Aufwand benötigen, auch wäre die Verfügung per se nach einem dort geltenden IPR zu beurteilen. Hierbei bietet die *lex rei sitae* nicht nur Rechtssicherheit für alle Parteien, sondern sie vereinfacht im Wesentlichen den Grundstücksverkehr und hält Prüfungskosten durch die zentrale Stelle bei Eintragung niedrig.

Grundsätzlich sollte von der *lex rei sitae* nicht durch Rechtswahl abgegangen werden können.³⁴¹ Dies sieht auch die neue Kodifizierung des Art 8 Abs 5 EGBGB vor, da hierbei keine Rechtswahl, durch Fehlen des Verweises auf Abs 1 möglich ist.

6.3.3. Vollmachten für Börse- und Auktionsgeschäfte

Anders als nach dem deutschen EGBGB nimmt das österreichische IPRG innerhalb des Vollmachtsstatuts nur die Vollmacht des Kapitäns, für den das Recht der Flagge gilt, und die oben beschriebene Vollmacht für Grundstücke aus. Dahingehend, werden Vollmachten für Börse und Auktionsgeschäfte nach dem grundlegenden Vollmachtsstatut beurteilt.³⁴² Auch in der Schweiz ist keine Sonderanknüpfung bzw Ausnahme für diese Geschäfte vorgesehen.³⁴³

Der Regelungsvorschlag des Deutschen Rates hatte im Jahre 2015 keine gesonderte Anknüpfung der Vollmachten für Börse- und Auktionsgeschäfte vorgesehen. Diese wären grundsätzlich vom Vollmachtsstatut umfasst gewesen.³⁴⁴

Nach dem nun geltenden Art 8 Abs 7 EGBGB gibt die Norm darüber Aufschluss, dass bei Börsengeschäften und Versteigerungen die Abwicklung eines Geschäftes durch einen Vertreter nicht vom Vollmachtsstatut des Art 8 EGBGB umfasst ist.³⁴⁵

Als Börse wird hierbei nicht nur eine Börse nach dem Börsengesetz angesehen, sondern dieser Begriff ist weit auszulegen. Art 8 Abs 7 EGBGB verweist nicht nur auf keine andere Norm sondern

³⁴¹ Schwarz, *RabelsZ* 2007, 772.

³⁴² Verschraegen in Rummel³, § 49 IPRG Rz 6.

³⁴³ Vischer/Huber/Oser, *Internationales Vertragsrecht*² Rz 1022.

³⁴⁴ Vgl. von Hein, *IPRax* 2015, 578 ff.

³⁴⁵ Rademacher, *IPRax* 2017, 57.

nimmt diese Geschäfte „einfach“ aus dem Anwendungsbereich des Vollmachtsstatuts aus. Es könnte angedacht werden, dass die Ausnahme aus dem Vollmachtsstatut daher rührt um die Rechtswahl für diese Geschäfte auszuschließen. Durch diese Ausnahme kommt hinzu, dass eine generelle Anknüpfung am jeweiligen Geschäftsort nicht mehr unterstellt werden kann.³⁴⁶

Wie die Anknüpfung für diese Geschäfte erfolgt, muss wohl noch in der Judikatur beantwortet werden. Eine eigene Anknüpfung zu diesen Geschäften findet sich nur im rumänischen und liechtensteinischen Recht wider. Das Haager Übereinkommen knüpft solche Geschäfte am Ort der Börse bzw der Auktion an, da der Handelsverkehr auf Börsen sich auf das ansässige Recht verlasse und man verschiedene Rechtsordnungen nicht im Handelsverkehr der Börse vorfinden wollte, aus Angst, dass diese den Geschäftsverkehr stören könnte.³⁴⁷

³⁴⁶ Rademacher, IPRax 2017, 57.

³⁴⁷ Schwarz, RabelsZ 2007, 769.

7. Schlussbetrachtung

Durch diesen Rechtsvergleich des Stellvertretungsstatuts wird deutlich, dass die Unterschiede zwischen den geografisch doch sehr naheliegenden Jurisdiktionen, größer sind als unter Umständen vorab angenommen.

Bereits die Rechtswahl durch den Geschäftsherrn ist nicht in allen drei untersuchten Ländern möglich. Obgleich die Meinung der Rechtswahlautonomie im europäischen Raum große Anerkennung genießt, zeigt die Untersuchung des Art 126 IPRG klar, dass nach schweizer Recht keine alleinige Rechtswahl durch den Geschäftsherrn möglich ist. Im Gegensatz zu Deutschland und Österreich, ist eine Rechtswahl durch den Geschäftsherrn in der Schweiz nur dann möglich, wenn der Dritte dieser zugestimmt hat.

Der Bestimmungsstaat, also jener Anknüpfungspunkt welcher aus dem Willen des Geschäftsherrn abgeleitet wird, ist per se nur in Österreich zu finden. Hierbei wird jener Staat als Anknüpfungspunkt zur Beurteilung des anwendbaren Rechts herangezogen, in welchem angenommen wird, dass der Geschäftsherr wollte, dass der Vertreter tätig wird. Eine ähnliche Konstellation ist zwar auch im neuen deutschen Art 8 EGBGB zu finden, jedoch mit dem Unterschied, dass dieser nur dann anzuwenden ist, wenn der Vertreter in einem anderen als dem vorgesehenen Staat tätig wird und der Dritte von dieser Beschränkung wusste. Die Schweiz bzw das schweizer IPRG kennt den Bestimmungsstaat in dieser Form nicht. Interessant zu erwähnen ist aber, dass das liechtensteiner IPRG diesen Anknüpfungspunkt kennt, obwohl dieses sehr nahe am schweizer Recht angelehnt ist.

Anders hingegen sind die Unterschiede im Falle des Anknüpfungspunktes des Gebrauchsortes zu beurteilen. Sowohl Österreich, Deutschland wie auch die Schweiz verwenden diesen Anknüpfungspunkt zur Beurteilung von Stellvertretungs-Sachverhalten. Der Gebrauchsort, also jener Ort an dem von der Vertretungsmacht durch den Vertreter Gebrauch gemacht wird, kristallisierte sich in allen drei Rechtsordnungen als die Generalklausel heraus. Obwohl dieser Anknüpfungspunkt in der Literatur, aufgrund der Schwierigkeiten bei der Lokalisierung – durch die Verwendung neuer Kommunikationstechnologien - kritisiert wird, ist dieser Anknüpfungspunkt doch ein sehr logischer, aber vor allem ein für die Verkehrssicherheit wichtiger Anknüpfungspunkt. Denn ungeachtet von möglichen Problemen bei der Lokalisierung des Gebrauchsortes, gibt dieser allen Beteiligten die Sicherheit, dass jenes Recht anzuwenden ist, in dem der Vertreter die ihm erteilte Vertretungsmacht ausübt. Wichtig und unerlässlich ist in dieser Thematik darauf hinzuweisen, dass die

Anwendung zwar in allen drei Rechtsordnungen anerkannt ist, jedoch die Voraussetzungen zur Anwendung dieses Anknüpfungspunktes sich wesentlich in allen drei Staaten unterscheiden.

Den Sitz des Geschäftsherrn oder jenen des Vertreters als Anknüpfungspunkte heranzuziehen, ist in Österreich grundsätzlich nicht üblich. Anders hingegen in Deutschland und der Schweiz. Diese beiden Rechtsordnungen kodifizierten beide Möglichkeiten in deren IPRs. So wird der Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Vertreters nach dem schweizer IPR an keine bestimmten Voraussetzungen, mit Ausnahme der Erkennbarkeit für den Dritten, geknüpft. Nach dem deutschen EGBGB ist eine Anknüpfung am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Vertreters hingegen nur dann möglich, wenn der Vertreter im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeiten handelt. Das österreichische IPRG kennt hingegen den Anknüpfungspunkt des Sitzes des Vertreters per se nicht. Dieser Anknüpfungspunkt ist nur ableitbar aus § 49 Abs 2 S2 öIPRG zu entnehmen (zum Beispiel bei Rechtsanwälten, Steuerberatern welche nur in einem bestimmten Staat handeln) wenn der erkennbare Wille des Geschäftsherrn deutlich macht, dass der Vertreter nur in seinem Sitzstaat tätig werden sollte.

Anders hingegen stellt sich der Vergleich des Anknüpfungspunktes des Sitzes des Geschäftsherrn dar, welche in Österreich nicht als Anknüpfungspunkt zur Beurteilung der Stellvertretung nach dem geltenden IPR herangezogen werden kann. Deutschland wie auch die Schweiz wenden diesen Anknüpfungspunkt dann an, wenn der Vertreter als Arbeitnehmer bzw in einem Arbeitsverhältnis zum Geschäftsherrn steht. Diese beiden Rechtsordnungen scheinen zwar bei der Anwendung des Sitzes des Geschäftsherrn sehr ähnlich, nichtsdestoweniger muss aber nach dem deutschen EGBGB der Sitz bzw der gewöhnliche Aufenthalt des Geschäftsherrn für den Dritten erkennbar sein.

Besonders interessant für die Anwendung des österreichischen IPRG, ist die Handhabung der Verweisung in den beiden anderen untersuchten Rechtsordnungen. In der österreichischen Literatur ist es umstritten welcher Verweisungsart die verschiedenen Anknüpfungspunkte unterliegen. So gehen die Meinungen bei dieser Frage derart weit auseinander, dass eine klare Aussage darüber, ob eine Sachnormverweisung oder eine Gesamtverweisung vorzunehmen ist, anhand der vorliegenden Literatur und Rechtsprechungen, nicht möglich ist. Als Anhaltspunkt können aber die Vorgehensweisen der deutschen und schweizer Rechtsprechung herangezogen werden, welche sich klar für eine Sachnormverweisung aussprechen.

Zusammenfassend sind die drei Rechtsordnungen auf diesem Gebiet sehr unterschiedlich, mit punktuellen Ähnlichkeiten. Das österreichische und das schweizer IPRG kodifizierte das Stellvertretungsstatut in den frühen 1970er und 1980er Jahren bloß in sehr allgemeiner Form.

Wie wichtig das Thema der Stellvertretung in den letzten Jahren geworden ist, zeigt der Umfang, die Granularität und die Regelungstiefe des neuen Art 8 EGBGB, welcher nur wenige Anwendungsbereiche zur Beurteilung durch die deutschen Gerichte bzw durch deren Rechtsfortbildung offenlässt.

Die Unterschiede zwischen den drei Rechtsordnungen zeigt, dass die Beurteilung eines einzigen Sachverhaltes, anhand aller drei IPRs, in verschiedenen Anknüpfungspunkte resultieren könnte. Hierbei würde besonders der Geschäftsherr dem Risiko unterliegen, dass durch die unterschiedliche Beurteilung, ein für ihn wichtiges Geschäfts, welches durch seinen Vertreter geschlossen wurde, aufgrund der Beurteilung der Vollmacht durch ein fremdes Recht, und der dadurch resultierenden fehlenden Vertretungsmacht, nicht zustande gekommen sein könnte. Meines Erachtens nach ist es dadurch besonders wichtig, bei Auslandsgeschäften unter der Verwendung von Vertretern, das anwendbare Recht mit allem Beteiligten im Vorhinein unmissverständlich abzustimmen, um die dadurch für alle Beteiligten unbekannten Risiken zu begrenzen.

8. Abstract (English)

This thesis scientifically analysis the topic “Law of agency” within the private international law.

At the very beginning, the chapter “Einführung in die Grundlagen des Stellvertretungsrechts” and its explanations of the law of agency on the basis of the Austrian ABGB paves the way for all readers to fundamentally understand the problems and the complexity of the law of agency.

Moreover, this thesis provides a further brief introduction into the general private international law to recognize the connections between the law of agency and the private international law.

In accordance with the title of this thesis, the main part of this paper reflects the legal comparison between the Austrian, the Swiss and the German private international law. Owing to the fact that all of these countries are geographically located very close to each other and all of these countries have intereconomic connections, it should be obvious that especially the conflict of law within these countries has to be very similar.

The analysis of the three jurisdictions has shown that distinctions are even bigger then assumed before. Distinctions in the field of agency can result in major consequences for the principal, the agent as well as for the third party, if the points of reference lead to a jurisdiction that is harmful for the power of attorney per se.

To point out the historical movement in this legal area, this thesis analyses the Austrian and Swiss law of agency within the private international law that has came into force in the early 1970s and 1980s as well as the old and the new German private international law that has been effective recently in 2017.

Hence, this thesis presents a detailed legal comparison with the Austrian, Swiss and German law of agency within the legal area of private international law on the one hand and documents the historically important changes in the German private international law on the other hand.

Kevin C. Pletz

Wien, Graz & Bad St. Leonhard, Österreich

May, 2018

9. Abstract (Deutsch)

Diese Masterarbeit ist eine rechtswissenschaftliche Analyse des Stellvertretungsstatus im Internationalen Privatrecht.

Das erste Kapitel, stellt den Themenblock Stellvertretung in ihren Grundzügen nach dem österreichischen AGBG dar, und soll den Leserinnen und Lesern helfen eine fundierte Wissensbasis für die detaillierten weiteren Kapitel aufzubauen, um die dort beschriebenen Kernprobleme grundlegend zu verstehen. Des Weiteren bietet diese Arbeit eine kurze Einführung in die generelle Funktionsweise des Internationalen Privatrechts um ebenfalls auch Verknüpfungen zwischen den nationalen Stellvertretungsrechten und dem Internationalen Privatrecht erkennen zu können.

Dem Titel dieser Thesis folgend, reflektiert der Hauptteil dieser Arbeit den Rechtsvergleich des Stellvertretungsstatus im Internationalen Privatrecht der Rechtsordnungen Österreich, Deutschland und der Schweiz. Gerade aus dem Grund, dass diese Länder geographisch eng beieinander liegen und auch starke wirtschaftliche Vernetzungen vorweisen, könnte davon ausgegangen werden, dass auch das Internationale Privatrecht in diesen Ländern sehr ähnlich ausgeprägt ist.

Der analytische Rechtsvergleich dieser drei Jurisdiktionen hat gezeigt, dass die Unterschiede der einzelnen Internationalen Privatrechte größer sind, als vorab angenommen. Gerade diese Unterschiede sind in Hinblick auf die Folgen von großer Bedeutung. Da verschiedene Anknüpfungspunkte in unterschiedlichen Rechtsordnungen, zur Anwendung verschiedener Jurisdiktionen führen, in welchen die Beurteilung der Stellvertretung große Auswirkungen auf die Gültigkeit des geschlossenen Geschäfts haben könnte.

Um auch die historische Entwicklung dieses Rechtsgebiets zu untersuchen, beinhaltet diese Arbeit eine Analyse des Österreichischen und des Schweizer Stellvertretungsstatuts, welche bereits in den frühen 1970er und 1980er Jahre in Kraft getreten sind. Besonders wird die Entwicklung des deutschen Stellvertretungsstatuts beleuchtet, welches erst 2017 in Kraft getreten ist. Hiermit soll sichergestellt werden, dass diese Arbeit auch den wichtigsten historischen Schritt der deutschen Rechtsordnung auf diesem Gebiet dokumentiert.

Kevin C. Pletz

Wien, Graz & Bad St. Leonhard, Österreich

Mai, 2018

Literaturverzeichnis

Eigenständige Werke

Christian von Bar (1991), Internationales Privatrecht. Zweiter Band Besonderer Teil. München: H.C. Beck Verlag.

Hans Berger (1974), Das Statut der Vollmacht im schweizer IPR mit vergleichender Berücksichtigung Deutschlands, Frankreichs, Englands sowie der internationalen Verträge und Vertragsentwürfe. Zürich: Schulthess Verlag.

Peter Bydlinski (2016), Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil (in der neu bearbeiteten 7. Auflage). Wien: Verlag Österreich.

Peter Bydlinski (2015): Grundzüge des Privatrechts (in der 9. Auflage). Für Ausbildung und Praxis. Wien: Manz Verlag.

Abo Junker (1998), Internationales Privatrecht. Grundrisse des Rechts. München: H.C. Beck Verlag.

Gerhard Kegel, Klaus Schurig (1999), Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch (in der bearbeiteten 8. Auflage). München: C.H. Beck.

Max Keller, Christian Schöbi (1984), Das Schweizerische Schuldrecht (in der 2. Überarbeiteten Auflage). Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag.

Helmut Koziol, Rudolf Welser (2006), Bürgerliches Recht (in der bearbeiteten 13. Auflage). Wien: Manz Verlag.

Helmut Koziol / Rudolf Welser / Andreas Kletecka (2014), Bürgerliches Recht Band I (in der 14. Auflage). Wien: Manz Verlag.

Jan Kropholler (2006), Internationales Privatrecht. Einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts (in der neu bearbeiteten 6. Auflage). Tübingen: Mohr Siebeck.

Brigitta Lurger, Marina Melcher (2017), Handbuch Internationales Privatrecht. Wien: Verlag Österreich.

Brigitta Lurger, Marina Melcher (2017), Internationales Privatrecht (in der 2. Auflage). Bürgerliches Recht Band VII. Wien: Verlag Österreich.

Dirk Looschelders (2003), Internationales Privatrecht – Art. 3 – 46 EGBGB. Berlin: Springer Verlag.

Reto Marugg (1976), Die Anknüpfung der organschaftlichen Vertretungsmacht bei der Aktiengesellschaft im Internationalen Privatrecht. Schweizer Schriften zum Handel- und Wirtschaftsrecht. Zürich: Schulthess Verlag.

Rudolf Moser (1949), Einzelinteresse und Verkehrsschutz bei internationaler Betrachtung der gewillkürten Stellvertretung. Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St. Gallen. St. Gallen: Handels-Hochschule St. Gallen

Stefan Perner, Martin Spitzer, Georg Kodek (2016): Bürgerliches Recht (in der 5. Auflage). Lernen – Üben – Wissen. Wien: Manz Verlag.

Stefan Reuter (2016), Die Qualifikation der Haftung des falsus procurator im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag.

Anton Schnyder, Manuel Liatowitsch (2000), Internationales Privat und Zivilverfahrensrecht (in der 3. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag.

Günter Schotten, Cornelia Schmellenkamp (2007), Das internationale Privatrecht in Notarieller Praxis (in der neu bearbeiteten 2. Auflage.) München: H.C. Beck.

Michael Schwimann (2001), Internationales Privatrecht (in der neuüberarbeiteten 3. Auflage). Wien: Manz Verlag.

Michael Schwimann (1982), Grundriß des internationalen Privatrechts. Mit besonderer Berücksichtigung der IPR- Staatsverträge. Wien: Manz Verlag.

Fritz Schwind (1990), Internationales Privatrecht. Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis. Wien: Manz Verlag.

Ulrich Trogger/ Martin Trenker in Zib/Dellinger, Unternehmensgesetzbuch (2013) zu § 49 UGB 279ff.

Bea Verschraegen (2012), Internationales Privatrecht. Ein systematischer Überblick. Wien: Manz Verlag

Wolfgang Zankl (2017): Bürgerliches Recht (in der 8. Auflage). Wien: Fakultas.

Beitrag eines Sammelbandes:

Rainer Hausmann (2015): Das Statut der Vollmacht. In: Christoph Reithmann, Dieter Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht (in der neu bearbeiteten 8. Auflage). Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag

Max Keller, Daniel Girsberger (2004), Art 126 IPRG. In: Girsberger, Daniel (Hrsg.), Anton Heini (Hrsg.), Max Keller (Hrsg.), Jolanta Kren (Hrsg.), Kurt Siehr (Hrsg.), Frank Vischer (Hrsg.), Paul Volken (Hrsg.), Züricher Kommentar zum IPRG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987. Zürich: Schulthess Verlag.

Peter Schöneberger, Wilhelm Jäggi (1973): Das Vollmachtstatut gem Art 126 IPRG. In: Peter Gausch (Hrsg.), Jörg Schmid (Hrsg.) Kommentar zum Schweizer Zivilrechtsbuch und zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (in der neu bearbeiteten 3. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag.

Ulrich Spellenberg (2011): Vor Art 11 EGBGB. In Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 11: Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26) (in der neu bearbeiteten 6. Auflage). München: Verlag C.H. Beck

Bea Verschraegen (2004): Internationales Privatrecht § 49 IPRG. In: Peter Rummel (Hrsg.) Kommentar zum ABGB. Nebengesetze inkl. IPRG (in der neu bearbeiteten 3. Auflage). Wien: Manz Verlag.

Beitrag einer Zeitschrift:

Ivo Bach (2011), Zurück in die Zukunft – die dogmatische Einordnung der Rechtsscheinvollmacht im gemeineuropäischen IPR. In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. 31, 2, S 116 – 120.

Tim Dornis (2016), Das Kollisionsrecht der auftragslosen Geschäftsführung – Ein Beispiel für Materialisierung und Typisierung im modernen europäischen IPR, In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 80, 3. S 543 – 578.

Jan von Hein (2015), Beschluss der Zweiten Kommission des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zu dem auf die Vollmacht anwendbaren Recht. In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. 35, 6, 2015, S 578 – 580.

Dirk Looschelders (2014), Die Rechtsstellung des gewerblichen Erbensuchers im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. 34, 5, S 406 – 410.

Timo Nehne (2012), Die Internationale Geschäftsführung ohne Auftrag nach der Rom II-Verordnung – Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkte. In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. 32, 5. S 136 – 140.

Lukas Rademacher (2017), Kodifikation des internationalen Stellvertretungsrechts – Zum Referentenentwurf des Bundesministeriums. In: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. 37, 1, S 56 - 62.

Simon Schwarz (2007), Das Internationale Stellvertretungsrecht im Spiegel nationaler und supranationaler Kodifikationen. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 71, 4, S 729 - 801.

Andreas Spickhoff (2016), Kodifikation des Internationalen Privatrechts der Stellvertretung. In: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 80, S 481- 542.