



Ivo Bach

Zurück in die Zukunft – die dogmatische Einordnung der Rechtsscheinvollmacht im gemeineuropäischen IPR

IPRax 2011, 116-121

[↑ IPRax 2011, 116 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 117 ↓](#)

I. Problemaufriss

Wer ein Rechtsgeschäft nicht unmittelbar mit seinem potentiellen Vertragspartner, sondern mit dessen Vertreter abschließt, läuft Gefahr, dass dieser Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt – sei es, weil die Vertretungsmacht gar nicht oder unwirksam erteilt wurde, sei es, weil sie zwischenzeitlich erloschen ist. Dieser Gefahr begegnet das Gesetz mit dem Institut der Rechtsscheinvollmacht: Dem redlichen Dritten gegenüber wird eine Vollmacht als bestehend fingiert, wenn ein entsprechender Rechtsschein besteht, der dem Vertretenen zurechenbar ist und dem der Dritte Glauben schenkte und schenken durfte. Eine konkrete Regelung hat dieses Institut etwa in den §§ 170 ff. BGB erfahren: Wird eine Vollmacht gegenüber dem Dritten erklärt (sog. Außenvollmacht) oder zumindest kundgetan (sog. nach außen kundgetane Innenvollmacht), so gilt die Vollmacht diesem Dritten gegenüber so lange als fortbestehend, bis der Vertretene ihm gegenüber auch das Erlöschen erklärt oder kundtut (oder der Dritte auf andere Weise vom Erlöschen Kenntnis erlangt oder erlangen muss; § 173 BGB). Über diese explizit normierten Tatbestände hinaus sind in der deutschen Rechtsprechung und Literatur zwei weitere Fallgruppen der Rechtsscheinvollmacht anerkannt: die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht. Eine Duldungsvollmacht soll demnach vorliegen, wenn der Vertretene weiß, dass ein vollmachtloser Vertreter für ihn auftritt, und dies nicht verhindert¹; eine Anscheinsvollmacht soll vorliegen, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters „zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können“². Anders als die gesetzlich geregelten Fälle zeichnen sich diese beiden Fallgruppen dadurch aus, dass der Rechtsschein nicht vom Vertretenen, sondern vom Vertreter gesetzt wird. Die Fiktion einer Vollmacht rechtfertigt sich hier aus einem Vergleich der Schutzwürdigkeit von Vertretenem und Drittem: Der Vertretene hat im Gegensatz zum Dritten Kenntnis oder zumindest fahrlässige Unkenntnis der Umstände und ist daher weniger schutzwürdig.

Die Einordnung der oben dargestellten Fallgestaltungen als „Rechtsscheinvollmacht“ ist in der Lehre auf Kritik gestoßen. Grundlegend hat insbesondere *Flume*³ die Ansicht vertreten, bei den Fallgestaltungen der §§ 170 ff. BGB handele es sich ebenso wie bei der Duldungsvollmacht nicht um eine Rechtsscheinhaftung, sondern vielmehr um eine echte, durch konkludentes Erklären begründete Vollmacht⁴. Die Anscheinsvollmacht

sei demgegenüber als Unterfall der c.i.c. einzustufen und auf den Ersatz des Vertrauensschadens zu beschränken⁵.

Die damalige Diskussion ist zwischenzeitlich abgeebbt – *Flume* konnte sich mit seiner dogmatischen Einordnung nicht durchsetzen. Es scheint indes, als müsste die alte Diskussion nun von Neuem geführt werden – wenn auch vor einem gänzlich anderen Hintergrund, nämlich vor demjenigen des europäischen Kollisionsrechts.

Im Kollisionsrecht stellt sich die Frage der dogmatischen Einordnung im Rahmen der Qualifikation. Diese erfolgt im nationalen IPR grundsätzlich *lege fori*, so dass der deutsche Richter die Systemvorstellungen des deutschen (Kollisions-⁶)Rechts zugrunde legt⁷. Auch im deutschen IPR galt und gilt daher nach h.M., dass die Rechtsscheinvollmacht stellvertretungsrechtlich zu qualifizieren ist. Einzig hinsichtlich der Anknüpfung besteht Streit darüber, ob an das „gewöhnliche“ Vollmachtstatut und damit an den Gebrauchsort der hypothetischen Vollmacht anzuknüpfen ist⁸ oder ob der Ort, an dem der Rechtsschein entsteht, ausschlaggebend sein soll⁹. In der Praxis dürften beide Orte regelmäßig zusammenfallen – jedenfalls dann, wenn man als Gebrauchsort denjenigen Ort ansieht, an dem die Vollmacht tatsächlich gebraucht wird, und nicht denjenigen, an dem sie bestimmungsgemäß gebraucht werden soll¹⁰.

Eine Qualifikation anhand der deutschen Systemvorstellungen ist indes mittlerweile nicht mehr möglich. Das IPR der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse ist in Form der Verordnungen Rom I¹¹ und Rom II¹² „vergemeinschaftet“¹³. Deren Begrifflichkeiten sind autonom auszulegen, so dass deutsche Systemvorstellungen allenfalls im Rahmen einer rechtsvergleichenden Betrachtung mittelbar eine Rolle spielen können. Mit anderen Worten: Während Qualifikationsschwierigkeiten unter Geltung des nationalen IPR zumeist nur im Zusammenhang mit fremden Rechtsinstituten entstanden, wird unter Geltung autonom auszulegender europäischer Kollisionsnormen regelmäßig auch die Qualifikation inländischer Rechtsinstitute zum Problem. Wo früher das nationale Sachmit dem ebenfalls nationalen Kollisionsrecht in Qualifikationsfragen – weitgehend¹⁴ – Hand in Hand ging, verwendet nun das europäische Kollisionsrecht Systembegriffe, die sich nicht mit nationalen Vorstellungen decken und in die das jeweils in Frage stehende nationale Rechtsinstitut – mitunter mit Gewalt – hineingezwängt werden muss.

Beim Institut der Rechtsscheinvollmacht ist dementsprechend zu analysieren, ob es nach europäischer Lesart vertraglich oder außervertraglich zu qualifizieren ist. Hierbei besteht die Besonderheit, dass eine vertragliche Qualifikation nicht zur Anwendbarkeit der Rom I-VO, sondern zur Anwendung nationalen Kollisionsrechts führen würde: Zwar gilt die Rom I-VO nach deren Art. 1 Abs. 1 grundsätzlich für alle vertraglichen Schuldver-

[↑ IPRax 2011, 117 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 118 ↓](#)

hältnisse in Zivil- und Handelssachen. Jedoch ist „die Frage, ob ein Vertreter die Person, für deren Rechnung er zu handeln vorgibt, Dritten gegenüber verpflichten kann“, gem. Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Sollte die Rechtsscheinvollmacht hingegen außervertraglich zu qualifizieren sein, so

wäre von Beginn an nicht die Rom I-VO, sondern die Rom II-VO anwendbar. Letztere enthält keine dem Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom I-VO entsprechende Bereichsausnahme für das Stellvertretungsrecht. Im Falle einer außervertraglichen Qualifikation wäre daher weiter zu fragen, unter welchen der innerhalb der Rom II-VO verwendeten Systembegriffe die Rechtsscheinvollmacht zu fassen ist.

II. Vertraglich oder außervertraglich – Rom I-VO oder Rom II-VO?

1. Der Vertragsbegriff des EuGH

Entscheidend für die Abgrenzung von Rom I-VO (vertragliche Schuldverhältnisse) und Rom II-VO (außervertragliche Schuldverhältnisse) ist der Vertragsbegriff des EuGH: Nach dessen Definition liegt ein Vertrag bereits dann – aber auch nur dann – vor, wenn zumindest eine der Parteien freiwillig eine Verpflichtung eingegangen ist¹⁵.

Auf Grundlage dieser Definition hat der EuGH in der *Tacconi*-Entscheidung¹⁶ einen c.i.c.-Anspruch wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen nicht vertraglich, sondern deliktisch qualifiziert. Nach Ansicht des EuGH beruht die c.i.c.-Haftung jedenfalls in dieser Fallgestaltung nicht auf einer freiwillig eingegangenen Verpflichtung: Keine der Parteien habe sich gegenüber der anderen zur Fortsetzung der Vertragsverhandlungen verpflichtet. Der konkrete Schadensersatzanspruch erwachse vielmehr aus dem Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift, nämlich gegen „diejenige, wonach die Parteien bei Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben handeln müssen“.

Bereits zuvor hatte der EuGH in seiner *Handte*-Entscheidung¹⁷ dem französischen Anspruch aus Herstellerhaftung – obwohl in Frankreich selbst vertraglich qualifiziert – den vertraglichen Charakter im gemeinschaftsrechtlichen Sinne abgesprochen. Der Hersteller sei gegenüber dem späteren Erwerber keine vertragliche Verpflichtung eingegangen. Die Verpflichtung resultiere vielmehr aus Gesetz.

Demgegenüber hat der EuGH in seinen Entscheidungen zur Gewinnmitteilung¹⁸ einen Vertrag sehr großzügig¹⁹ bejaht. Weil der Verkäufer „auf seine eigene Initiative hin einem Verbraucher, ohne dass dieser darum in irgendeiner Weise gebeten hätte, ein Schreiben an dessen Wohnungsanschrift gesandt hat, in dem der Verbraucher namentlich als Gewinner eines Preises bezeichnet wurde“, sei von einer freiwilligen Verpflichtung des Verkäufers auszugehen.

Leider hat der EuGH den Begriff der freiwillig eingegangenen Verpflichtung bislang nicht abstrakt konkretisiert, sondern lediglich – jeweils ohne nähere Begründung – im Einzelfall entschieden, ob eine solche freiwillige Verpflichtung gegeben sei oder nicht. Eine verlässliche Linie lässt sich kaum nachzeichnen. In den Entscheidungen *Tacconi* und *Handte* wird aber immerhin die Tendenz des EuGH deutlich, jedwede Haftung, die sich nicht unmittelbar aus einer Abrede zwischen den Parteien ergibt, als außervertraglich einzustufen. Mit dieser Tendenz bricht der Gerichtshof in seinen Gewinnmitteilungs-Entscheidungen zwar in gewisser Weise, er kehrt sie aber nicht völlig um: Zwar muss die Gewinnmitteilung streng dogmatisch eher als Wissens- denn als Willenserklärung eingestuft werden. Bei weniger dogmatischer Betrachtungsweise und unter Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrsauffassung lässt sich indes

nachvollziehen, dass der EuGH davon ausgeht, in der Gewinnmitteilung liege eine Selbstverpflichtung²⁰. Immerhin gibt sich in den dortigen Fallgestaltungen der Versender der Gewinnzusage gegenüber dem Empfänger bewusst und aus eigenem Antrieb als Schuldner einer Geldsumme aus.

2. Anwendung auf die Anscheinsvollmacht

Legt man die Definition des EuGH zugrunde, bestehen an der außervertraglichen Qualifikation der Anscheinsvollmacht kaum Zweifel: Der Vertretene will sich gegenüber dem Dritten nicht verpflichten. Ihm ist nicht einmal bewusst, dass jemand als sein Vertreter auftritt. Bewusstsein ist jedoch unabdingbare Grundvoraussetzung für eine freie Willensentscheidung²¹.

Hierin liegt der wesentliche Unterschied zum – vertraglich qualifizierten – Anspruch aus Gewinnmitteilung, bei dem der Schuldner seinem „Vertragspartner“ bewusst, zielgerichtet und auf eigene Initiative eine Gewinnmitteilung zusendet – in dem Wissen um die anspruchsbegründende Natur der Gewinnmitteilung.

Die Einstufung der Anscheinsvollmacht als außervertragliches Schuldverhältnis wird durch einen Vergleich mit den Entscheidungen *Tacconi* und *Handte* bestätigt. Auf einer Skala zwischen Vertrag und Delikt liegt die Anscheinsvollmacht deutlich weiter vom Vertrag entfernt als die Haftung wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen und die Herstellerhaftung. In beiden letzteren Fällen wird man nämlich zumindest von einem Bewusstsein des Schädigers in Bezug auf die jeweilige Verpflichtung ausgehen können: Beim Abbruch von Vertragsverhandlungen hat der Schädiger bewusst Vertragsverhandlungen aufgenommen; bei der Herstellerhaftung hat der Schädiger sein Produkt bewusst in Verkehr gebracht. Wenn der EuGH beide Fallgestaltungen gleichwohl als deliktisch einstuft, so wird man diese Einstufung für die Fallgestaltung der Anscheinsvollmacht erst recht vornehmen müssen.

3. Anwendung auf die Duldungsvollmacht

Schwieriger gestaltet sich die Einordnung der Duldungsvollmacht. Hier weiß der Vertretene, dass der Vertreter in seinem

[↑ IPRax 2011, 118 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 119 ↓](#)

Namen Geschäfte tätigt. An mangelndem Bewusstsein scheitert eine Einordnung der Verpflichtung als „freiwillig eingegangen“ also nicht. Allerdings verlangt das Kriterium der Freiwilligkeit mehr als bloßes Bewusstsein – nämlich über das kognitive Merkmal hinaus ein voluntatives Element. Der Vertretene *will* sich aber sicher nicht verpflichten; die Verpflichtung wird ihm vielmehr von Gesetzes wegen gleichsam als Sanktion für sein gleichgültiges Verhalten auferlegt. Gemessen am Maßstab des EuGH scheint daher eine außervertragliche Qualifikation auch der Duldungsvollmacht naheliegend.

Wiederum bestätigt sich diese Einordnung durch einen Vergleich mit den Entscheidungen *Handte* und *Tacconi*: Auch im Fall der Herstellerhaftung genügt es für eine vertragliche Qualifikation nicht, dass der Hersteller weiß, dass sein Produkt von einem anderen (in diesem Fall ein Zwischenhändler) an einen Endabnehmer verkauft

wird. Im Fall des Abbruchs der Vertragsverhandlungen hat es der EuGH für die Annahme eines Vertrages nicht einmal genügen lassen, dass der Schuldner bewusst und willentlich *selbst* in Vertragsverhandlungen mit dem potentiellen Geschäftspartner getreten ist. Erst recht kann dann keine freiwillig eingegangene Verpflichtung vorliegen, wenn dem Schuldner nur bewusst ist, dass ein *anderer* in Vertragsverhandlungen mit dem potentiellen Geschäftspartner tritt.

Ein Vergleich mit der Gewinnmitteilungsproblematik spricht ebenfalls eher für eine außervertragliche als für eine vertragliche Einordnung. Zwar *will* sich auch der Versender einer Gewinnmitteilung nicht binden – im Gegenteil versucht er regelmäßig durch versteckte Klauseln einem Anspruch des Empfängers zu entgehen. Er tritt aber zumindest zielgerichtet und – darauf scheint der EuGH entscheidend abzustellen – auf eigene Initiative mit dem Empfänger in Kontakt. Das ist beim Duldungsvertretenen nicht der Fall. Hier ist es ein anderer, der den Geschäftspartner kontaktiert. Der Vertretene verhindert es lediglich nicht. Anders als bei der Gewinnmitteilung ist das konkrete Verhalten des Vertretenen auch aus dem Blickwinkel des Geschäftsgegners – jedenfalls streng dogmatisch betrachtet – nicht als Willenserklärung anzusehen: Der Geschäftsgegner interpretiert das Verhalten des Vertretenen nicht als konkludente Erteilung einer (Außen-)Vollmacht, sondern als Beleg dafür, dass eine (Innen-)Vollmacht zu einem früheren Zeitpunkt erteilt worden ist²².

4. Anwendung auf die Fallgruppen der §§ 170 ff. BGB

In den Fallgruppen der §§ 170 ff. BGB sind sowohl das Bewusstseinsmoment als auch das Element der (zielgerichteten) Eigeninitiative beim Vertretenen vorhanden: Er hat dem Vertreter wissentlich und willentlich eine Vollmacht erteilt und dies dem Dritten gegenüber erklärt oder kundgetan. Auch wenn er die Vollmacht später – im Innenverhältnis – widerrufen hat, so bleibt er doch für den Rechtsschein im Außenverhältnis verantwortlich. Mit anderen Worten: Dem Vertretenen wird nicht fremdes, sondern eigenes Verhalten zugerechnet. Die Situation ist insofern mit derjenigen der Gewinnmitteilung vergleichbar. Die „Rechtsscheinvollmacht“ der §§ 170 ff. BGB ist mithin nach europäischer Lesart vertraglich zu qualifizieren²³.

III. Innerhalb der Rom II-VO: c.i.c. oder Delikt?

Bestimmt sich das auf die Anscheins- und die Duldungsvollmacht anwendbare Recht demzufolge nach der Rom II-VO, so ist in einem nächsten Schritt zu fragen, welche konkrete Anknüpfungsregel der Rom II-VO greift. Ernsthaft in Betracht zu ziehen sind diesbezüglich wohl nur die Generalklausel für Delikte (Art. 4 Rom II-VO) oder die Sonderanknüpfung für Fälle der *culpa in contrahendo* (Art. 12 Rom II-VO).

Ein c.i.c.-Fall nach europäischer Lesart liegt dabei ausweislich des Wortlauts von Art. 12 Rom II-VO immer dann vor, wenn das fragliche Schuldverhältnis aus Verhandlungen vor Abschluss des Vertrages entsteht. Diese Voraussetzung ist sowohl bei der Anscheins- als auch bei der Duldungsvollmacht grundsätzlich erfüllt: Die Haftung des Vertretenen gründet auf dem Auftreten des Vertreters in den Vertragsverhandlungen und auf dem Umstand, dass der Vertretene um diese Verhandlungen und das

Auftreten des Vertreters wusste (oder hätte wissen können) und nichts dagegen unternommen hat.

Dennoch erscheint jedenfalls im Fall der Anscheinsvollmacht zweifelhaft, ob dies ausreicht, um das Schuldverhältnis als „aus den Vertragsverhandlungen entstanden“ einstufen zu können. Die Zweifel nähren sich im Wesentlichen aus dem Umstand, dass der Vertretene selbst an den Vertragsverhandlungen gar nicht teilnimmt, sondern gleichsam als unbeteiligter Dritter in Haftung genommen wird, obwohl er von den Vertragsverhandlungen nicht einmal Kenntnis hatte.

Allerdings umfasst der c.i.c.-Begriff des Art. 12 Rom II-VO nach wohl herrschender Auffassung²⁴ auch Ansprüche gegen Dritte: Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich ein Ausschluss von Fällen, in denen ein Dritter haften soll, nicht entnehmen²⁵. Auch die fehlende Kenntnis von den Vertragsverhandlungen hindert eine Einstufung der Anscheinsvollmacht als Fall der c.i.c. nicht zwangsläufig: Anders als für die Qualifikation als vertragliches Schuldverhältnis, bedarf es für die – außervertraglich qualifizierte – c.i.c. gerade keines Bewusstseinselements. Das Bewusstseinselement wird vielmehr durch andere Umstände ersetzt, die eine Inanspruchnahme rechtfertigen – nach deutscher Terminologie die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins. Dies muss auch im Rahmen der Subsumtion eines Anspruchs unter die un-

[↑ IPRax 2011, 119 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 120 ↓](#)

terschiedlichen außervertraglichen Systembegriffe berücksichtigt werden²⁶.

IV. Fazit

1. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass *Flumes* dogmatische Einordnung der Anscheinsvollmacht im Rahmen des europäischen IPR wieder aufleben dürfte. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung von vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnissen lässt vermuten, dass der EuGH – so er die Frage einmal vorgelegt bekommt – die Anscheinsvollmacht mangels freiwillig eingegangener Verpflichtung wohl außervertraglich einordnen wird. Mangels Bewusstseins ist die vom Vertretenen eingegangene Verpflichtung nicht als freiwillig anzusehen. Anders als von *Flume* vorgeschlagen, dürfte aber auch die Duldungsvollmacht nicht als konkludente Bevollmächtigung und damit als freiwillig eingegangene Verpflichtung anzusehen sein. Für den europäischen Vertragsbegriff fehlt es bei der Duldungsvollmacht an einer gezielten Kontaktaufnahme durch den Vertretenen oder zumindest auf dessen Initiative hin. Auch hier dürfte also eine außervertragliche Qualifikation angebracht sein. Demgegenüber sind die Fallgestaltungen der §§ 170 ff. BGB vertraglich zu qualifizieren, weil hier der Vertretene bewusst und eigeninitiativ (und damit: freiwillig) eine Verpflichtung eingeht.

Schwieriger zu beantworten ist die Anschlussfrage, ob Anscheins- und Duldungsvollmacht auf Basis der hier vertretenen außervertraglichen Qualifikation nach Art. 12 oder Art. 4 Rom II-VO anzuknüpfen sind. Letztlich erscheint eine

Einstufung als c.i.c. im Sinne des Art. 12 Rom II-VO dogmatisch ein wenig überzeugender, weil sich die konkrete Verpflichtung des Vertretenen, den Rechtsschein zu beseitigen, gerade daraus ergibt, dass der Vertreter in Vertragsverhandlungen mit dem Dritten getreten ist.

2. Folgenbetrachtung

a) Anwendbares Recht

Die Einordnung der Anscheins- und der Duldungsvollmacht als außervertragliche Schuldverhältnisse und konkret als Fallgruppen der c.i.c. hat zur Folge, dass gem. Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO akzessorisch an das Statut des hypothetisch geschlossenen Vertrags angeknüpft wird²⁷. Dies erscheint auf den ersten Blick unangemessen, weil das Vertragsstatut für den Vertretenen unter Umständen unvorhersehbar ist – beispielsweise dann, wenn der Vertreter und der Geschäftsgegner eine Rechtswahlvereinbarung treffen²⁸ oder sich das anwendbare Recht nach dem gewöhnlichem Aufenthalt des Geschäftsgegners richtet (sei es, weil letzterer Verkäufer oder Dienstleister ist²⁹, sei es, weil er Verbraucher ist³⁰). Genauso wie dem Vertretenen aber materiell das Verhalten des Vertreters zugerechnet wird, kann ihm im Rahmen der Vorhersehbarkeit auch dessen Kenntnis zugerechnet werden³¹. Das Paradoxon der Anscheinsvollmacht liegt in der Natur der Sache: Der Geschädigte kennt den Schädiger, nicht aber umgekehrt. Dennoch ist nicht der Schädiger schutzwürdig, sondern der Geschädigte.

Im Übrigen kommt der Vorhersehbarkeit auch in der deutschen Lösung kein allzu hoher Stellenwert zu: Genauso wenig wie der Vertretene in der Fallgestaltung der Anscheinsvollmacht das hypothetische Geschäftsstatut vorhersehen kann, weiß er, an welchem Ort der Vertreter den Rechtsschein der Bevollmächtigung erzeugt bzw. die hypothetische Vollmacht tatsächlich gebraucht³². Das gleiche gilt für die Anknüpfung an den Schadensort, die als alternative Anknüpfungsmöglichkeit im Rahmen der Rom II-VO nach deren Art. 4 Abs. 1 vorzunehmen wäre. Hier kommt hinzu, dass der Schadensort bei reinen Vermögensschäden regelmäßig schwierig zu lokalisieren und bereits deshalb in Bezug auf Anscheins- und Duldungsvollmacht unpraktikabel ist³³.

Der Vorteil einer Anknüpfung über Art. 4 Rom II-VO wäre allerdings, dass dort in Abs. 3 eine Ausweichklausel vorgesehen ist, die eine Anknüpfung an das Recht des Staates erlaubt, mit dem der Sachverhalt eine engere Verbindung aufweist. Dies würde eine flexible, an den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls ausgerichtete Anknüpfung ermöglichen³⁴. Diese Möglichkeit besteht im Rahmen des Art. 12 Rom II-VO nur dann, wenn das auf den Vertrag anwendbare Recht nicht ermittelt werden kann.

b) Folgen für die Beurteilung der internationalen Zuständigkeit

Die außervertragliche Qualifikation von Anscheins- und Duldungsvollmacht hat im Rahmen der Frage des anwendbaren Rechts zunächst einmal keine Auswirkungen auf die Qualifikation des Erfüllungsanspruchs – die materielle und formelle Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen ist genauso vertraglich zu qualifizieren, wie die Frage, ob sich aus dem Vertrag der konkret geltend gemachte Erfüllungsanspruch ergibt³⁵. Anders ist

dies hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit nach der EuGVVO. Dort kann ein Anspruch nicht in vertragliche und außervertragliche Elemente aufgespalten werden; er ist vielmehr insgesamt als vertraglich (dann greift Art. 5 Nr. 1 EuGVVO) oder außervertraglich (dann Art. 5 Nr. 3 EuGVVO) einzustufen. Nimmt man wiederum die Formel des EuGH zum Maßstab, so wird wohl die außervertragliche Qualifikation der Anscheinsvollmacht auf die Beurteilung des gesamten Anspruchs abfärben: Der Vertretene hat sich nicht freiwillig zu der eingeklagten Leistung verpflichtet. Abstrakt wird man wohl folgende Regelung aufstellen können: Ein Anspruch ist bereits dann außervertraglich zu qualifizieren, wenn eine seiner Voraussetzungen außervertraglicher Natur ist. Sobald nämlich hinsichtlich eines von mehreren kumulativ erforderlichen Elementen keine Freiwilligkeit vorliegt, kann auch das Gesamtergebnis nicht mehr als freiwillig angesehen werden. Freiwilligkeit erfordert eine ununter-

[↑ IPRax 2011, 120 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 121 ↓](#)

brochene Kette aus freiwilligen Elementen; ein unfreiwilliges Element durchbricht diese Kette.

Das gilt entsprechend für mögliche Sekundäransprüche des Dritten. Solche Sekundäransprüche können etwa entstehen, wenn der Vertretene den „Vertrag“ später erfüllt (sei es, weil er erkennt, dass er hierzu verpflichtet ist, sei es, weil ihn ein Gericht hierzu verurteilt), seine Leistung aber mit Mängeln behaftet ist. Entstehen dem Geschäftsgegner hierdurch Schäden, so muss auch der Anspruch auf Ersatz dieser Schäden m.E. außervertraglich qualifiziert werden: Wer eine Primärverpflichtung nicht freiwillig eingeht, der verpflichtet sich auch nicht freiwillig, im Fall ihrer Verletzung Schadensersatz zu zahlen.

Eine außervertragliche Qualifikation des Erfüllungs- bzw. Schadensersatzanspruchs hat zur Konsequenz, dass nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO die Gerichte am Schadensort international zuständig sind. Dies ist deswegen unglücklich, weil der Schadensort bei primären Vermögensschäden – wie erwähnt – häufig schwer zu lokalisieren ist³⁶.

3. Schlussbemerkung

Sollte der EuGH bei der Qualifikation von Anscheins- und Duldungsvollmacht seine bisherige Rechtsprechung konsequent fortsetzen und beide Institute außervertraglich qualifizieren, käme es bereits auf kollisionsrechtlicher Ebene zu einer unterschiedlichen Behandlung von konkludenter Bevollmächtigung und Duldungsvollmacht³⁷. Dies ist deswegen problematisch, weil die Grenze zwischen den beiden Rechtsinstituten häufig schwer zu ziehen ist³⁸.

Um solche Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, wäre es wünschenswert, sämtliche Fragen der Stellvertretung einem einheitlichen Anknüpfungsregime zu unterwerfen. Hierzu müsste die Materie zunächst vom sachlichen Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgeschlossen und sodann in der Rom I-VO oder einem eigenen Regelungswerk zusammenhängend geregelt werden. Die Chancen hierfür stehen

allerdings schlecht: Die Kommission hatte in ihrem Rom I-Entwurf eine Gesamtregelung vorgeschlagen³⁹, die jedoch vom Parlament gestrichen wurde⁴⁰.

¹ BGH, 12.2.1952, I ZR 96/51, BGHZ 5, 111, 116; BGH, 10.3.2004, IV ZR 143/03, NJW-RR 2004, 1275, 1276 f.; *Helmut Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 172 Rn. 8 ff.

² BGH, 10.2.1953, I ZR 76/52, MDR 1953, 345; BGH, 5.3.1998, III ZR 183/96, NJW 1998, 1854; *Helmut Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 172 Rn. 11 ff.

³ *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl. 1975, § 49 2. und 4.

⁴ Ebenso *Dieter Medicus/Jens Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 101; kritisch *Claus-Wilhelm Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 39 ff., der die Duldungsvollmacht wie die Anscheinsvollmacht als Vertrauenshaftung (Scheininnenvollmacht) einstuft.

⁵ Ebenso *Dieter Medicus/Jens Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, Rn. 101; *Claus-Wilhelm Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 48 ff.

⁶ *Ernst Rabel*, Das Problem der Qualifikation, *RabelsZ* 5 (1931), 241 ff.

⁷ Vgl. ausführlich *Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 11 ff.; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 16.

⁸ *Jan Kropholler*, Die Anscheinshaftung im internationalen Recht der Stellvertretung, *NJW* 1965, 1641, 1644 f.; *Stefan Leible*, Vertretung ohne Vertretungsmacht, Genehmigung und Anscheinsvollmacht im IPR, *IPRax* 1998, 257, 260 f.; *Josef Ruthig*, Vollmacht und Rechtsschein im IPR, 1996, S. 44 ff., der allerdings einen eigenen Vorschlag für das allgemeine Vollmachtstatut entwickelt, S. 133 ff.

⁹ BGH, 9.12.1964, VIII ZR 304/62, *NJW* 1965, 487; *Bernd von Hoffmann/Karsten Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 7 Rn. 53; unklar BGH, 17.1.1968, VIII ZR 240/66, *MDR* 1968, 486.

¹⁰ Dafür etwa *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 41 I. 2. a); *Kurt Siehr*, Vertrauensschutz im IPR, in: *FS Canaris*, Band I, S. 815.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), in Kraft getreten am 17.12.2009.

¹² Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), in Kraft getreten am 11.1.2009.

¹³ Zwar war das IPR des Schuldvertragsrechts auch bislang durch das EVÜ vergemeinschaftet. Indes wurde die Frage hier deshalb nicht virulent, weil das Stellvertretungsrecht gem. Art. 1 Abs. 2 lit. f EVÜ (= Art. 37 Nr. 3 EGBGB) von dessen Anwendungsbereich ausgenommen war und das EVÜ keine Regelungen zur Rechtsscheinvollmacht enthielt.

¹⁴ Vgl. zu Beispielen für Diskrepanzen zwischen deutschem Sach- und Kollisionsrecht aber *Christian von Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Aufl., § 7 Rn. 167 ff.

¹⁵ EuGH, 17.6.1992, Rs. C-26/91 (*Jakob Handte & Co ./ Traitement mécano-chimique des surfaces SA*), Slg. 1992, 3967, Rn. 15; EuGH, 27.10.1998, Rs. C-51/97 (*Réunion européenne ./ Spliethoff's Bevrachtungskantoor und Kapitän des Schiffes „Alblasgracht V002“*) Slg. 1998 I 6511 Rn. 17; EuGH, 5.2.2004, Rs. C-265/02 (*Frahuil SA ./ Assitalia SpA*), Slg. 2004, 1543, Rn. 24 – grundlegend *Peter Schlosser*, Europäisch-autonome Interpretation des Begriffs „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ iSv Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ?, *IPRax* 1984, 65, 66 f. Vgl. zum Vertragsbegriff des EuGH auch *Ivo Bach*, Was ist wo Vertrag und was wo nicht?, *IHR* 2010, 17 ff.

¹⁶ EuGH, 17.9.2002, Rs. C-334/00 (*Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA ./. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*) Slg. 2002, 7357; zur Kritik an dieser Entscheidung siehe insbesondere *Peter Mankowski*, Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR, IPRax 2003, 127 ff.

¹⁷ EuGH, 17.6.1992, Rs. C-26/91 (*Jakob Handte & Co ./. Traitements mécano-chimique des surfaces SA*), Slg. 1992, 3967, Rn. 15.

¹⁸ EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (*Petra Engler ./. Janus Versand GmbH*), Slg. 2005, 481, Rn. 50; EuGH, 14.5.2009, Rs. C-180/06 (*Renate Illinger ./. Martin Dreschers als Insolvenzverwalter der Schlank & Schick GmbH*), Rn. 54 – offengelassen in EuGH, 11.7.2002, Rs. C-96/00 (*Rudolf Gabriel ./. Schlank & Schick GmbH*), Slg. 2002, 6367, Rn. 54 ff.

¹⁹ Zur Kritik an den Entscheidungen siehe *Ivo Bach*, Was ist wo Vertrag und was wo nicht?, IHR 2010, 17, 20 ff.

²⁰ In den vom EuGH entschiedenen Fällen hatte die Gewinnmitteilung wohl bei den Empfängern jeweils den Eindruck erweckt, sie hätten ein Preisgeld gewonnen; ausdrücklich EuGH, 20.1.2005, Rs. C-27/02, (*Petra Engler ./. Janus Versand GmbH*), Slg. 2005, 481, Rn. 16.

²¹ Vor diesem Hintergrund wird man wohl auch das Institut des „potentiellen Erklärungsbewusstseins“ als außervertraglich einzustufen haben. Auch hier ist dem Erklärenden nicht bewusst, dass er eine Verpflichtung eingeht.

²² Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 40 ff. Allerdings ist diese streng dogmatische Betrachtung nicht zwingend. Bei einer entsprechend weiten Interpretation des Begriffs der freiwillig eingegangenen Verpflichtung kann man durchaus davon sprechen, dass der Geschäftsgegner aus dem Verhalten des Vertretenen darauf schließen darf, dieser wolle eine Verpflichtung ihm gegenüber eingehen – nämlich wenn man das zeitliche Moment außer Acht und es genügen lässt, dass für den Geschäftsgegner der Eindruck entsteht, als habe sich der Vertretene (früher) freiwillig dazu entschieden, sich (jetzt) von dem Vertreter verpflichten zu lassen.

²³ Dasselbe dürfte für den Fall gelten, dass der Vertreter seine im Innenverhältnis beschränkte Vertretungsmacht im Außenverhältnis überschreitet. Hier hat der Vertretene bewusst eine Situation geschaffen, in der ihn ein Dritter verpflichten *kann* (wenn auch nicht: *darf*). Der Vertretene ist hier also bereits durch die nach außen unbeschränkte Bevollmächtigung gleichsam mittelbar oder potentiell eine Verpflichtung eingegangen. Auch hier geht die (wenn auch beschränkte) Bevollmächtigung und damit das Tätigwerden des Vertreters auf die Initiative des Vertretenen zurück.

²⁴ *Karsten Thorn*, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, Art. 12 Rom II-VO, Rn. 2; *Andreas Spickhoff*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 12 Rom II-VO, Rn. 92; *Jan D. Lüttringhaus*, Das internationale Privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen Rom I und Rom II, RIW 2008, 193, 198.

²⁵ Selbst nach der Mindermeinung in der Literatur, derzufolge die Haftung Dritter nicht umfasst ist, würde man im Fall der Rechtsscheinvollmacht wohl zur Anwendbarkeit des Art. 12 Rom II-VO kommen: Für die Frage, wer Dritter ist und wer nicht, werden nämlich allgemein nicht die vorvertraglichen Verhandlungen für entscheidend gehalten, sondern vielmehr die Frage, wer Partei des avisierten Vertrages wäre – und dies ist bei der Rechtsscheinvollmacht der Vertretene. Nicht er, sondern der Vertreter ohne Vertretungsmacht wäre also bei näherer Betrachtung der „Dritte“.

²⁶ Hierin liegt kein unzulässiger Zirkelschluss, denn die Frage, ob ein Verhalten zurechenbar ist, wird nicht in der Sache beantwortet, sondern nur zur Klärung einem nationalen Recht übertragen.

²⁷ Dies entspricht etwa der Lösung des englischen Rechts; *Dicey, Morris & Collins*, The Conflict of Laws, Rn. 33–432; *Plender & Wilderspin*, The European Private International Law of Obligations, Rn. 5-051; vgl. aber zu den verschiedenen englischen Tendenzen *Josef Ruthig*, Vollmacht und Rechtsschein im IPR, 1996, S. 87 ff. (insb. 91).

²⁸ Art. 3 Rom I-VO sieht keine dem Art. 14 Abs. 1 S. 2 Rom II-VO entsprechende Beschränkung der Rechtswahlfreiheit vor, wonach die Rechtswahl nicht zur Beeinträchtigung der Rechte Dritter führen darf. Allerdings ließe sich an eine Einschränkung der akzessorischen Anknüpfung nach Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO denken: Es könnte schlicht stets an das objektive Vertragsstatut angeknüpft werden; vgl etwa *Plender & Wilderspin*, *The European Private International Law of Obligations*, Rn. 5-051.

²⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a und b Rom I VO.

³⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Rom I VO.

³¹ So wohl auch *Jan Kropholler*, *Die Anscheinshaftung im internationalen Recht der Stellvertretung*, NJW 1965, 1641, 1645.

³² Siehe zur Anknüpfung im nationalen deutschen Kollisionsrecht oben I.

³³ Dieses Argument verliert indes zugegebenermaßen angesichts der auch unter Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO jedenfalls möglichen akzessorischen Anknüpfung an Schlagkraft.

³⁴ Siehe hierzu etwa die Vorschläge von *Josef Ruthig*, *Vollmacht und Rechtsschein im IPR*, 1996, §§ 7 bis 10.

³⁵ Allerdings dürften beide Aspekte nur noch als – m.E. selbstständig anzuknüpfende – Vorfragen eines außervertraglichen Anspruchs aus Rechtsscheinhaftung zu behandeln sein.

³⁶ Aus der (besonderen) Zuständigkeit der Gerichte am Schadensort lässt sich u.U. ein rechtspolitisches Argument für eine Anknüpfung der Anscheins- und Duldungsvollmacht nach Art. 4 Rom II-VO ableiten: Sie hätte gegenüber einer Anknüpfung nach Art. 12 Rom II-VO den Vorteil, einen Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht herzustellen. Allerdings erscheint umgekehrt eine Anknüpfung an das Vertragsstatut vorteilhafter, wenn der Geschäftsgegner am allgemeinen Gerichtsstand des Vertretenen (nach Art. 2 Abs. 1 EuGVVO dessen gewöhnlicher Aufenthalt) klagt. Hier kommt es jedenfalls dann zu einem Gleichlauf, wenn der Vertretene Verkäufer oder Dienstleister ist, weil sich in diesem Fall nach Art. 12 Abs. 1 Rom II-VO i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO auch das anwendbare Recht nach dessen gewöhnlichem Aufenthalt bestimmt.

³⁷ Erschwerend kommt hinzu, dass bei vertraglicher Qualifikation auf nationales Kollisionsrecht zurückgegriffen werden muss, wohingegen eine außervertragliche Qualifikation zur Anwendung der Rom II-VO führte.

³⁸ Allerdings würden Grenzziehungsschwierigkeiten auch durch eine vertragliche Qualifikation der Duldungsvollmacht nicht aufgehoben, sondern lediglich verschoben. Qualifiziert man – woran kaum ein Weg vorbeiführen dürfte – eine Anscheinsvollmacht außervertraglich, so verläuft die Grenzlinie zwischen Anscheins- und Duldungsvollmacht und damit zwischen Kenntnis und Unkenntnis des Vertretenen. Dies würde den Missbrauchsmöglichkeiten Tür und Tor öffnen, weil der Vertretene, je nachdem ob die vertragliche oder die außervertragliche Qualifikation zu einem vorteilhafteren Ergebnis führten, seine Kenntnis der Umstände einräumen (bzw. vorgeben) könnte.

³⁹ Art. 7 Rom I-VO-E; KOM (2005) 650.

⁴⁰ P6_TA(2007)0560; vgl. Standpunkt des Europäischen Parlaments, P6_TC1-COD(2005)0261; Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), A6-0450/2007, Änderung 47.