

Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
Referat I A 4/ I A 5
Herrn Prof. Dr. Wagner
11015 Berlin

vorab per E-Mail: mundt-fe@bmjv.bund.de

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts

Ihr Schreiben vom 29. Juli 2016, Az.: I A 4 9341-13131/2016

Sehr geehrter Herr Professor Wagner,

haben Sie vielen Dank für die Gelegenheit, zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts Stellung zu nehmen. Unsere Ausführungen beziehen sich auf die Regelungen in Artikel 5 des Referentenentwurfs.

I. Schaffung von Rechtssicherheit durch Kodifikation

Die Bundesnotarkammer begrüßt das Bestreben des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, das Kollisionsrecht zur gewillkürten Stellvertretung zu kodifizieren. In einer zunehmend globalisierten Welt erleichtert die gewillkürte Stellvertretung Wirtschaftsteilnehmern und Bürgern die räumliche Erweiterung ihres Tätigkeitsbereichs und ist aus diesem Grund im internationalen Rechts- und Wirtschaftsverkehr von erheblicher praktischer Bedeutung. Insoweit sind klare und rechtssichere Regelungen des internationalen Privatrechts zur Bestimmung des auf die Stellvertretung anwendbaren Rechts unverzichtbar.

Zwar haben Rechtsprechung und Literatur im Laufe der Jahre gewisse Leitlinien ausgearbeitet, in vielen Einzelfragen konnte jedoch noch keine abschließende Klarheit erzielt werden. Die vorgesehene Kodifikation dürfte die Rechtsanwendung erheblich erleichtern und einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Rechtssicherheit auf diesem Gebiet leisten. Zur Herbeiführung eines Entscheidungsgleichklangs innerhalb der Europäischen Union wäre zwar grundsätzlich eine Regelung des Kollisionsrechts auf europäischer Ebene wünschenswert. In absehbarer Zeit ist jedoch eine Kodifikation

durch europäischen Rechtsakt wohl nicht zu erwarten, nachdem die Stellvertretung aus dem Anwendungsbereich der Rom I-Verordnung¹ ausdrücklich ausgenommen wurde (Art. 1 Abs. 2 lit. g)² und die Europäische Kommission die Revisionsfrist gemäß Art. 27 Rom I-Verordnung hat ungenutzt verstreichen lassen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich zur Erhöhung der Rechts- und Gestaltungssicherheit im Bereich der gewillkürten Stellvertretung eine gesetzliche Regelung auf nationaler Ebene, eine Regelung, die im Übrigen im Rahmen eines etwaigen künftigen europäischen Gesetzgebungsfahrens Vorbildfunktion entfalten könnte.

II. Erhöhung der Gestaltungssicherheit durch die Einführung einer Rechtswahlmöglichkeit

Die Bundesnotarkammer befürwortet weiterhin die vorgesehene gesetzliche Normierung der – in Rechtsprechung und Literatur bereits anerkannten³ – Zulässigkeit der Wahl des auf die gewillkürte Stellvertretung anwendbaren Rechts.

Im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse lässt Art. 3 Rom I-Verordnung die Rechtswahl bereits zu. Durch die gesetzliche Erstreckung der Rechtswahlmöglichkeit auf die gewillkürte Stellvertretung wird die Privatautonomie im Bereich des internationalen Vertragsrechts weiter gestärkt. Aufgrund der Rechtsnatur der Vollmachtserteilung als einseitigem Rechtsakt des Vollmachtgebers ist die Zulassung einer *einseitigen* Rechtswahl durch diesen vor Ausübung der Vollmacht folgerichtig. Gleichzeitig schützt das Erfordernis der Kenntnis einer derartigen einseitigen Rechtswahl durch den Vertreter sowie den Vertragspartner deren schutzwürdiges Interesse daran, vor bzw. bei Ausübung der Vollmacht zu wissen, welches Recht auf die Stellvertretung Anwendung findet. Dies ermöglicht es Vertreter und Vertragspartner eine unliebsame Rechtswahl durch Verzicht auf den Abschluss des Hauptgeschäftes zu verhindern.

Zur weiteren Erhöhung der Rechtssicherheit wäre es aus Sicht der Bundesnotarkammer sinnvoll, nach dem Vorbild der Art. 3 Abs. 5, 10 Rom I-Verordnung ausdrücklich zu regeln, dass Zustandekommen und materielle Wirksamkeit der Rechtswahl nach dem gewählten Recht zu beurteilen sind.⁴

¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

² Art. 7 des Kommissionsentwurfs (KOM (2005) 650 endg., der eine einheitliche Regelung des auf die gewillkürte Stellvertretung anwendbaren Rechts vorsah, wurde mangels Mehrheitsfähigkeit gestrichen, vgl. hierzu *Heinz*, Vollmachtsstatut (2011), S. 1 f.

³ Vgl. nur *Müko/Spellenberg*, BGB, 6. Aufl. 2015, vor § 11 EGBGB, Rn. 78; BeckOK BGB/*Mäsch*, EGBGB Art. 10, Rn. 100.

⁴ Siehe bereits BeckOK BGB/*Mäsch*, 40. Edition 2013, EGBGB Art. 10, Rn. 102; *Heinz*, a.a.O., S. 15.

III. Erstreckung des beabsichtigten Art. 8 Abs. 6 EGBGB-E auf korrespondierende Verpflichtungsgeschäfte

Die Bundesnotarkammer begrüßt die vorgesehene Normierung der in der deutschen Literatur bereits jetzt weitgehend anerkannten Sonderanknüpfung für die gewillkürte Stellvertretung bei Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken in Art. 8 Abs. 6 EGBGB-E. Durch die Unterwerfung von Vollmacht und Hauptgeschäft unter ein einheitliches Statut lässt sich die reibungslose Durchführung des dinglichen Rechtsgeschäfts im Belegenheitsstaat sicherstellen.⁵ Der Belegenheitsort eines Grundstückes stellt einen eindeutig und ohne Weiteres ermittelbaren Anknüpfungspunkt dar, der von den Beteiligten nicht manipuliert werden kann und somit die im Immobilienrecht notwendige Rechtssicherheit ermöglicht.⁶ Nur auf diese Weise lassen sich die Richtigkeit von Registereintragungen und somit zugleich die Verlässlichkeit des Grundbuches gewährleisten und der hiermit verbundene Gutglaubensschutz rechtfertigen.⁷ Gleiches sollte im Übrigen für die Bewilligung von Vormerkungen gelten, die nach allgemeiner Auffassung dem für Verfügungen über Grundstücke geltenden Kollisionsrecht unterliegt.⁸

Dabei sollte aus Sicht der Bundesnotarkammer indes erwogen werden, die Sonderanknüpfung gemäß Art. 8 Abs. 6 EGBGB-E auf die gewillkürte Stellvertretung beim Abschluss des korrespondierenden schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts (Verpflichtung zur Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück) zu erstrecken. Nach dem Entwurf soll sich das Vollmachtsstatut insoweit nach den allgemeinen Regeln der Art. 8 Abs. 1 bis 4, Abs. 8 EGBGB-E richten. Typischerweise werden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken allerdings in einer einheitlichen Urkunde zusammengefasst. Die vorgesehene Regelung führt somit möglicherweise zu einer Aufspaltung des Vollmachtsstatutes für ein in einem einheitlichen Vorgang abgeschlossenes Gesamtgeschäft, mit der Folge möglicher Wertungswidersprüche und Durchführungsschwierigkeiten, die durch die Sonderanknüpfung gerade vermieden werden sollten.

So besteht die Gefahr, dass aufgrund unterschiedlicher anwendbarer Vollmachtstatute das dingliche Rechtsgeschäft von der Vollmacht gedeckt ist, das schuldrechtliche

⁵ Siehe bereits Muko/Spellenberg, a.a.O., Rn. 67 m.w.N.; Heinz, a.a.O., S. 181.

⁶ Heinz, a.a.O., S. 180.

⁷ Entsprechende Regelungen enthalten bereits Art. 100 des rumänischen Gesetzes 105/92, Art. 39 Abs. 4 des portugiesischen IPRG, Art. 9 Abs. 3 des estnischen IPRG, vgl. Heinz, a.a.O., S. 180.

⁸ Siehe bereits Muko/Spellenberg, a.a.O., Rn. 67; Leible, IPRax 1998, 258, 262.

Rechtsgeschäft jedoch nicht, so dass der abgeschlossene Gesamtvertrag bei unterbleibender nachträglicher Genehmigung des Verpflichtungsgeschäftes durch den Vollmachtgeber rückabzuwickeln wäre. Bei einer zwischenzeitlichen Weiterveräußerung durch den Erwerber bestünde die Gefahr eines gutgläubigen Dritterwerbes, der einer Rückübertragung des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechtes entgegenstünde. Die durch die beabsichtigte Sonderregelung verursachte Aufspaltung des Vollmachtsstatutes kann somit die Beständigkeit von Verfügungen über Grundstücke und Rechte an Grundstücken und infolgedessen die Rechtssicherheit des Grundstücksverkehrs nachhaltig gefährden.⁹

Zwar ließe sich das Auseinanderfallen des auf die Vollmacht anwendbaren Rechts durch eine im Einzelfall zu treffende, dem Dritten und dem Vertreter bekannte Rechtswahl zugunsten der *lex rei sitae* vermeiden.¹⁰ Das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer einheitlichen Anknüpfung erfordert jedoch die Gewährleistung des Gleichlaufs der Statute bereits auf der Ebene der objektiven Anknüpfung.

Daher regt die Bundesnotarkammer an, die Sonderanknüpfung in Art. 8 Abs. 6 EGBGB-E auf Verpflichtungsgeschäfte zu erstrecken, die sich auf Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an Grundstücken beziehen.

IV. Objektive Anknüpfungen

Soweit die Ausgestaltung der objektiven Anknüpfungen betroffen ist, begrüßt die Bundesnotarkammer den Ansatz des Regierungsentwurfs, die Grundsatzanknüpfung an den Gebrauchsort der Vollmacht durch Sonderanknüpfungen zu modifizieren (Art. 8 Abs. 2 – 4 EGBGB-E).

Zwar wird die Anknüpfung an den Gebrauchsort der Vollmacht im Regelfall den schutzwürdigen Interessen der Beteiligten am Ehestand gerecht. Allerdings drohen in Zeiten zunehmender Mobilität und Digitalisierung immer häufiger zufällige Ergebnisse. Die vorgesehenen Sonderanknüpfungen tragen entscheidend dazu bei, die Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts zu erhöhen und Manipulationen durch eine geschickte Wahl des Gebrauchsortes der Vollmacht zu unterbinden.

Folgendes könnte im Einzelnen jedoch noch zu bedenken sein:

⁹ Auch Heinz hält die Aufspaltung des Vollmachtsstatutes für Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft für „misslich“, vgl. *Heinz*, a.a.O., S. 180 f.

¹⁰ Dies schlägt zum Beispiel Heinz vor, vgl. *Heinz*, a.a.O., S. 181.

1. Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen unternehmerisch tätigem Vertreter und Arbeitnehmer

Die Unterscheidung in Art. 8 Abs. 2 und 3 EGBGB-E zwischen einem Vertreter, der die Vollmacht in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit ausübt, und einem Vertreter, der in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer des Vollmachtgebers handelt, kann im Einzelfall komplexe juristische Wertungen erfordern, die dem Vertragspartner kaum zugemutet werden können. Man denke nur an Fälle, in denen Scheinselbstständigkeit in Betracht kommt. Regelmäßig verfügen weder der Vertragspartner, noch der Bevollmächtigte selbst über die zur Beurteilung einer etwaigen Scheinselbstständigkeit notwendigen tatsächlichen oder rechtlichen Kenntnisse. Darüber hinaus werden die für die Beurteilung des Status des Vertreters relevanten Tatsachen dem Vertragspartner anlässlich des Vertragsschlusses häufig nicht offengelegt werden. Insoweit erscheint es als problematisch, dass sich Art. 8 Abs. 2 und 3 EGBGB-E darauf beschränken, die Erkennbarkeit des gewöhnlichen Aufenthaltes des Bevollmächtigten bzw. des Vollmachtgebers für den Dritten zu verlangen, nicht jedoch die Erkennbarkeit der Eigenschaft des Bevollmächtigten als Arbeitnehmer oder Selbständiger.

Im Übrigen stellt sich die Frage, welches Recht Anwendung findet, wenn der Vertreter zwar Arbeitnehmer ist, nicht jedoch Arbeitnehmer des Vollmachtgebers, z.B. bei unmittelbarer Erteilung einer Vollmacht durch den Mandanten an einen angestellten Rechtsanwalt der mandatierten Sozietät. Versteht man „in Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit“ entsprechend der Begründung des Regierungsentwurfs im Sinne des Unternehmerbegriffs des § 14 BGB, so wäre der Bevollmächtigte nach wohl überwiegender Auffassung in der Literatur nicht als Unternehmer anzusehen.¹¹ Dennoch spricht die Vergleichbarkeit der Interessenlage gegen eine Anwendung der allgemeinen Anknüpfung an den Gebrauchsort in Art. 8 Abs. 5 EGBGB-E.

Ein denkbarer Ansatz zur Vermeidung der vorbeschriebenen Abgrenzungsschwierigkeiten und Wertungswidersprüche wäre aus Sicht der Bundesnotarkammer, Vollmachten, die in Ausübung der – selbständigen oder unselbständigen – beruflichen Tätigkeit des Vertreters eingesetzt werden, generell an den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertreters im Sinne des Art. 8 Abs. 8 EGBGB-E anzuknüpfen, sofern dieser bei Vertragsschluss durch den Vertragspartner erkennbar ist.

¹¹ Müko/Micklitz/Purnhagen, BGB, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 32 m.w.N. zum Meinungsstand.

2. Rechtsunsicherheit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Gebrauchsort (Art. 8 Abs.4 EGBGB-E)

Darüber hinaus dürfte die für Dauervollmachten im privaten Bereich gewählte Anknüpfung an den gewöhnlichen Gebrauchsort (Art. 8 Abs.5 EGBGB-E) mit Rechtsunsicherheit verbunden sein.

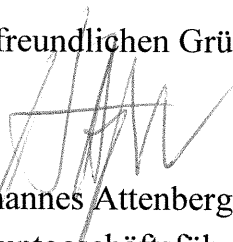
Die Anknüpfung bringt die Gefahr eines Statutenwechsels mit sich, dessen genauer Zeitpunkt oftmals nicht genau bestimmt werden kann. Hierzu ist die Frage zu beantworten, ab wann die Schwelle zum gewöhnlichen Gebrauch bzw. zum Wechsel des gewöhnlichen Gebrauchsortes überschritten ist. Diese Frage dürfte sich häufig nicht rechtssicher beantworten lassen.

Diese Rechtsunsicherheit ließe sich durch eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Vollmachtgebers bei Vollmachterteilung, sofern dieser für den Dritten erkennbar ist, beseitigen. Im Übrigen würde eine derartige Anknüpfung zumindest in Bezug auf Erteilung, Bestand und Wirksamkeit der Vollmacht einen Gleichlauf mit Art. 15 des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000 herstellen. Hierdurch könnte eine Spaltung des Vollmachtsstatuts für die in Deutschland üblichen General- und Vorsorgevollmachten vermieden werden und zugleich die Gestaltungssicherheit für Dauervollmachten erhöht werden.

Die Bundesnotarkammer ist sich der Schwierigkeit bewusst, im Kollisionsrecht zur gewillkürten Stellvertretung rechtssichere Lösungen zu finden, die die Interessen sämtlicher Beteiligten angemessen berücksichtigen. Wir würden uns gleichwohl freuen, wenn unsere Anmerkungen im Gesetzgebungsverfahren Berücksichtigung finden könnten.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen – gerne auch im Rahmen eines persönlichen Gesprächs – selbstverständlich jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



(Johannes Attenberger)
Hauptgeschäftsführer