

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 2013

Jahresheft
der Internationalen Juristenvereinigung
Osnabrück

ISSN: 1866-3931

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
c/o European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Süsterstraße 28 D-49069 Osnabrück
Telefon: 0541/969-4673 – Telefax: 0541/969-6059
E-Mail: ijvos@web.de
Internet: <http://www.elsi.uni-osnabrueck.de>  IJVO e.V.

Präsidium und Herausgeberschaft:

Dr. José Carlos de Medeiros Nóbrega (Präsident)
Dr. Geo Magri (Vizepräsident)
Dipl.-Jur. Christian Dankerl (Quaestor)

Zitierweise: IJVO 18 (2013) S. ...

Erscheinungsart: Jährlich *Bandpreis:* € 10,-- zuzüglich Versandkosten.

Vertrieb: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 2014 IJVO e.V. Das Jahresheft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: www.viaprinto.de

Vorwort

Das inzwischen 18. Jahreshft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) berichtet über die Aktivitäten der IJVO im Jahre 2013. Wir haben uns im Laufe des Jahres auf die wissenschaftliche Vortragsreihe konzentriert. Wir freuen uns ganz besonders, dass alle stattgefundenen Vorträge hiermit in schriftlicher Form vorliegen.

Den ersten Beitrag liefert uns Frau wiss. Mit. *Madga Schusterová* LL.M. (Kiel) zum Thema „Das neue tschechische (A)BGB – die Besonderheiten“. Die Referentin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im European Legal Studies Institute und Mitglied des Forschungsseminars „Gemeineuropäisches Sachenrecht“ im LS *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar*. Mit ihrem Vortrag stellen wir ein sehr gelungenes Beispiel über das große Potenzial des ELSI fest, Kenntnisse über neuere Entwicklungen des Privatrechts in Europa aus erster Hand zu gewinnen.

Darauf folgte der Vortrag von *Prof. Dr. Tatiana-Eleni Synodinou*, Universität Zypern. Wir wurden durch den freundlichen Hinweis von unserer Kollegin *Tina Kalouta* auf die Referentin aufmerksam, weil sie eine der wenigen Autorinnen, wenn nicht die erste Autorin eines umfassenden Lehrbuchs über das geltende zyprische Sachenrecht ist. Ihr Vortrag mit dem Titel „Real property in Cyprus in search of an identity“ war der Anfang einer engeren Kooperation mit der Universität Osnabrück, aus der eine Erasmus-Partnerschaft entstand.

Den nächsten Vortrag hielt der polnische Nachwuchswissenschaftler Mag. Jur. *Krzysztof Kubień*, Universität Kattowitz, mit dem Titel „Von Wertpapieren in einer virtuellen Welt im polnischen und deutschen Recht“. Wir freuen uns ganz besonders, den Referenten als IJVO-Mitglied gewonnen zu haben. Er bleibt uns außerdem durch Forschungsaufenthalte in Osnabrück verbunden.

Im Oktober 2013 empfingen wir im gut gefüllten Raum *Prof. Dr. Dr. h.c. Rodolfo Sacco*, Universität Turin, der über Grundbegriffe des Sachenrechts vorgetragen hat, nämlich „Besitz und Eigentum“. Vortragssprache war Deutsch, an dieser Stelle vielen herzlichen Dank für die Übersetzungsleistungen an *Xavier Borremans* und *Hinrich Doege*. Die Vermittlung zu dem Referenten haben wir unserem Vize-Präsidenten *Dr. Geo Magri* zu danken. Aus dem engen Kontakt mit Turin folgte eine Zusammenarbeit zwischen der SIRD (Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato) und der IJVO.

Der studentische Beitrag in diesem Heft stellt die mit zwei Preisen ausgezeichnete Studienarbeit vom Nachwuchswissenschaftler Dipl.-Jur. *Denis Schlimpert* mit dem Titel „Das Internationale Privatrecht der rechtsgeschäftlichen Forderungsübertragung“ dar. Es ist für uns eine besondere Freude und auch ein großer Gewinn, diese Studie der großen Öffentlichkeit anbieten zu können.

Unsere Vereinigung zeigt sich umso mehr generationsübergreifend, weil es im Laufe des Wintersemesters 2013/14 eine „Tochtervereinigung“ gegründet wurde, nämlich die IJVOfS (Internationale Jurist_innenvereinigung Osnabrück für Studierende). Das beruht auf der erfolgreichen Initiative von unserem studentischen Kollegen *Arne Schmiede*. An dieser Stelle ein großes Dankwort an Herrn Schmiede und weitere Beteiligten, sowie an den Allgemeinen Studierenden Ausschuss (AStA) der Universität Osnabrück. Wir freuen uns auf die Zusammenarbeit!

Einen weiteren Autorenbeitrag liefert uns der griechische Doktorand Herr *Anastasios Moraitis* mit seinem Bericht über ein erlebnisreiches Forschungsjahr als LL.M.-Student in Harvard Law School. Als Mitglied der früheren Study Group on a European Civil Code ist er gleichzeitig ein prominenter Vertreter einer neuen Juristengeneration in Europa.

Die IJVO bestätigt sich als eine universitätsnahe Einrichtung und ist allen Angehörigen der hiesigen Rechtsfakultät und insbendore *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar* für die erfolgreiche Zusammenarbeit sehr dankbar. Schließlich präsentieren wir u.a. eine Auswahl der Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute.

Allen Referenten sei an dieser Stelle noch mals ganz herzlich gedankt! Unser besonderer Dank gilt zudem unseren Sponsoren, des Sellier-Verlags, der Schindhelm Rechtsanwalts-gesellschaft, der viaprinto-Druckerei, sowie des AStA der Universität Osnabrück. Ohne diese Unterstützungen wäre dieses Jahresheft in dieser Form nicht möglich gewesen.

Herzlich gedankt für die hervorragende Arbeit in der IJVO während der vergangenen Jahre sei an dieser Stelle unseren Vorgängern im Vorstand Dipl.-Jur. *Raphael Beermann*, Dipl.-Jur. *Thorsten Tepasse* und Dipl.-Jur. *Christoph Fischer* LL.M. (Paris I) MJur (Oxon). Zu danken ist darüber hinaus den weiteren Mitgliedern des Präsidiums *Dr. Geo Magri* und Dipl.-Jur. *Christian Dankerl* sowie allen Mitgliedern, die durch ihre Unterstützung und ihr Engagement dazu beigetragen haben, unsere Vereinigung zu stärken.

Osnabrück, im August 2014

für das Präsidium 2013
Dr. José Carlos Nóbrega

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	I
<i>Magda Schusterová</i>	
Das neue tschechische (A)BGB – die Besonderheiten.....	1
<i>Tatiana-Eleni Synodinou</i>	
Real property in Cyprus in search of an identity	23
<i>Krzysztof Kubieñ</i>	
Von Wertpapieren in einer virtuellen Welt im polnischen und deutschen Recht	43
<i>Rodolfo Sacco</i>	
Besitz und Eigentum	69
<i>Denis Schlimpert</i>	
Das Internationale Privatrecht der rechtsgeschäftlichen Forderungsübertragung.....	79
<i>Anastasios Moraitis</i>	
A year at Harvard Law School	105
Veröffentlichungen aus dem European Legal Studies Institute 2012/2013	
Laufende Forschungsprojekte und Auszeichnungen.....	111

Das neue tschechische (A)BGB – die Besonderheiten

von

wiss. Mit. Magda Schusterová, LL.M. (Kiel), Osnabrück*

„Une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore“.¹

1. Einleitung: Neues Zivilrecht in Mittel- und Osteuropa, 2. Vom ABGB zum Volksdemokratischen Verbraucherkodex, 3. Aufbau und Mängel des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1964, 4. Das neue tschechische Bürgerliche Gesetzbuch, 4.1. Entstehungsweg des neuen BGB, 4.2. Quellen des neuen BGB, 4.3. Aufbau des neuen BGB, 4.4. Bedeutendste Neuerungen im Sachenrecht, 4.4.1. Erweiterung des Sachenrechtskatalogs, 4.4.2. Einführung des Konsensualprinzips und des gutgläubigen Eigentumserwerbs, 4.4.3. Besitz des Eigentumsrechts, 4.4.4. Sachbegriff, superficies solo cedit und Tiere. Fazit.

1. Einleitung: Neues Zivilrecht in Mittel- und Osteuropa

Obschon der Fall des Eisernen Vorhangs bereits ein Vierteljahrhundert zurückliegt, dauern die notwendigen Reformen des Zivilrechts in den Staaten des ehemaligen politischen Ostblocks bis heute an. Gerade das Zivilrecht wurde in vielen dieser Staaten durch die Doktrin der kommunistischen Lehre in unterschiedlicher Intensität beeinflusst.² Die Anpassung an die neuen sozio-ökonomischen Umstände stellte eine große Herausforderung dar, die jedes dieser Länder auf seine eigene Art und Weise bewältigen musste.

Beispielweise gingen die Staaten des Baltikums – einst von dem Werk „Landesrecht Est-, Liv- und Kurlands“³ des deutsch-baltischen Rechtsgelehrten *Friedrich Georg von Bunge* vereint – nach der Wende getrennte Wege. Der Ausgangspunkt der estländischen Ausar-

* Die Autorin bedankt sich herzlich bei Herrn Dr. Christoph Sliwka und Herrn Jonas Wiesenhöfer für das Korrekturlesen dieses Beitrags.

¹ *Marcel Planiol*, Livre du centenaire, T. 2, S. 958.

² So wie z. B. das polnische Zivilgesetzbuch, Gesetz vom 23. April 1964, (*Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964. Kodeks cywilny*, Dz.U.2014.121) gegenüber seinem tschechischen Gegenstück eine geringere ideologische Einfärbung auf und konnte nach der Wende ohne allzu großen legislativen Aufwand weiter genutzt werden. Näheres bei: *Zbigniew Radwański*, Prawo cywilne-część ogólna, 7. Aufl., Warszawa 2004, S. 60 ff. und *Adam Lityński*, Historia prawa Polski Ludowej, Warszawa 2005, S. 229 ff.

³ Diese Kodifikation des Privatrechts, bei der es sich um rezipiertes römisches Recht unter starkem deutschem Einfluss handelte, galt in den baltischen Staaten seit 1864. *Martin Käerdi*, Die Neukodifikation des Privatrechts der baltischen Staaten in vergleichender Sicht, in: *Helmut Heiss* (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Tübingen 2006, S. 19-25, hier S. 19-20. Aus dieser Kodifikation schöpften später, in den 1930er Jahren, das estnische ZGB (1939) und das lettische ZGB (1937). *Paul Varul*, The New Estonian Civil Code, in: *Helmut Heiss* (Hrsg.), Zivilrechtsreform im Baltikum, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Tübingen 2006, S. 51-57, hier S. 51. *Philipp Schwartz*, Das Lettländische Zivilgesetzbuch vom 28. 1. 1937 und seine Entstehungsgeschichte, Aachen 2008, S. 249.

beitungen eines neuen Sachenrechtsgesetzes (*Asjaõigusseadus*, in Kraft getreten am 1.12.1993) ist inhaltlich und strukturell in dem alten Regierungsvorschlag für ein ZGB des Jahres 1939 zu sehen; Berücksichtigung fanden aber auch das deutsche BGB, das niederländischen BW und der *Civil Code* von Louisiana⁴. Ein neues Schuldrechtsgesetz (*Võlaõigusseadus*) trat am 1.7. 2002 in Kraft. Auch hier ließ man sich neben dem deutschen und niederländischen Schuldrecht sowie den Vorschriften der Europäischen Union und den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts (PECL) vor allem von dem Regierungsvorschlag von 1939 inspirieren.⁵ Lettland hingegen belebte sein ZGB aus dem Jahre 1937 (in zwei Phasen) in den Jahren 1992 und 1993 wieder.⁶ Litauen entschied sich dafür, sein neues Zivilgesetzbuch von Grund auf neu aufzubauen. Es wurde keine bestimmte nationale Zivilrechtskodifikation als Muster herangezogen, sondern man orientierte sich an diversen Privatrechtskodifikationen wie etwa dem niederländischen BW oder dem *Code civil du Québec*. Abgesehen von den europäischen Vorschriften, die in das neue litauische ZGB inkorporiert wurden, bediente man sich auch der Produkte internationaler Harmonisierung so zum Beispiel solcher der UNIDROIT.⁷

In Rumänien trat, nach einem ersten gescheiterten Versuch, ein neues ZGB am 1. 10. 2011 (Gesetz Nr. 287/2009) in Kraft. Dieses ersetzte das *Codul civil român* von 1864, den Sprössling des *Code Napoléon*.⁸ Das im Jahre 2009 verabschiedete neue ungarische ZGB trat am 15.3.2014 in Kraft. Slowenien entschied sich gegen einen einheitlichen Zivilkodex und regelte das Zivilrecht in zwei getrennten Gesetzen – im Obligationengesetzbuch (*Obligacijski zakonik*)⁹, das am 1.1.2002 in Kraft trat, und im neuen Sachenrechtlichen Gesetzbuch (*Stvarnopravni zakonik*), welches seit dem 1.1.2003 in Kraft ist.¹⁰

In der Slowakei wird an einem neuen ZGB gearbeitet. Im Januar 2007 wurde eine 19-köpfige Kommission unter der Leitung von Professor *Ján Lazar* ernannt, die eine systematische Gliederung des neuen ZGB vorbereitet. Am 14.1.2009 wurde das legislative Vorhaben der Privatrechtskodifikation von der Regierung bewilligt. Es wird mit dem Erscheinen der vollständigen Paragraphenversion im Sommer 2014 gerechnet.¹¹

Polen verspürt aufgrund der Tatsache, dass seine Privatrechtskodifikation wesentlich weniger von der kommunistischen Doktrin beeinflusst worden ist und ein Werk von erheblicher dogmatischer Qualität darstellt, keinen Zeitdruck, ein neues Zivilgesetzbuch zu

⁴ Der Civil Code von Louisiana ist eine Mischung aus spanischem und französischem Recht. Mehr bei: *Athanassios N. Yiannopoulos*, *The Civil Codes of Louisiana*, *Civil Law Commentaries*, Bd. 1, 2008, S. 1-23.

⁵ Zu weiteren Quellen des estnischen Schuldrechts bei: *Dimitri Steinke*, *Die Zivilrechtsordnungen des Baltikums unter dem Einfluss ausländischer, insbesondere deutscher Rechtsquellen*, Göttingen 2009, S. 211-212.

⁶ Dem schuldrechtlichen und familienrechtlichen Teil ging die Inkraftsetzung der Einleitung, des Sachenrechts und Erbrechts voraus. *Dimitri Steinke*, a.a.O., S. 214-215.

⁷ *Valentinas Mikelenas*, *The Influence of Instruments of Harmonisation of Private Law upon the Reform of Civil Law in Lithuania*, in: *Juridica International*, Bd. XIV, 2008, S. 143-150, hier S. 145.

⁸ Details bei *Christian Alunaru*, *Das rumänische Sachenrecht zwischen zwei Gesetzbüchern*, in: *IJVO* 17 (2011/2012) S. 29-59, hier S. 31.

⁹ *Verica Trstenjak*, *Das neue slowenische Obligationenrecht*, in: *WGO-MfOR*, 44 (2002), S. 90-110.

¹⁰ Mehr bei *Matjaž Tratnik*, *Das neue slowenische Sachenrecht*, in: *WGO-MfOR* 45 (2003), S. 94-108.

¹¹ *Ján Cirák*, *Európsky a národný rozmer kodifikácie súkromného práva v Slovenskej republike*, in: *Časopis pro právní vědu a praxi*, Bd. 1, 2012, S. 10-20, hier S. 10-11. Weiteres zum Entstehungsprozess des neuen slowakischen ZGB bei: *Ján Lazar*, *Über die Entwicklung des slowakischen Privatrechts*, in: *ZEuP*, 4 (2013), S. 789-811, hier S. 804ff.

erlassen. Das Projekt befindet sich im Stadium eines „Grünbuchs“ (*Zielona księga*, 2006).¹² Die Kodifikationskommission wird von Professor *Tadeusz Ereciński*¹³ geleitet, der den zwischenzeitlich verstorbenen Professor *Radwański*¹⁴ in dieser Funktion ersetzte. Auch die Tschechische Republik beendete im Zuge dieser mitteleuropäischen „Kodifikationswelle“ ihre neue Privatrechtskodifikation, die das bisher geltende Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1964¹⁵ ersetzt.

2. Vom ABGB zum volksdemokratischen Verbraucherkodex

Vom rechtshistorischen Standpunkt aus betrachtet gehören die Tschechische Republik und ihr Vorläufer, das Böhmisches Königreich zur Gruppe der Staaten mit einer Tradition großer Zivilrechtskodifikationen. Als eines der Erbländer der Monarchie Österreich-Ungarn galt auf ihrem Gebiet seit dem Jahre 1812 das römisch-rechtlich geprägte Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Mit dem ersten Weltkrieg und dem Untergang der Monarchie wurde für die damalige Tschechoslowakische Republik das ABGB als „Tschechoslowakisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch“¹⁶ übernommen. Dies geschah durch das Rezeptionsgesetz Nr. 11/1918 Gbl. Somit fanden sich auf dem Hoheitsgebiet der jungen Ersten Republik drei Privatrechtssysteme. In Böhmen, Mähren und Schlesien galt das rezipierte ABGB, in der Slowakei und Karpatenrußland (heute Karpatenukraine) waren die ungarischen Gesetze in Kraft, und schließlich galt im sogenannten Hultschiner Ländchen¹⁷ (*Hlučinsko*) das deutsche BGB.

Dieser Rechtspluralismus wurde als unerwünscht angesehen und man begann im Jahre 1920 mit den Arbeiten an einem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch. Es wurde eine Kommission gebildet, an welcher neben den Professoren der tschechischen (*Jan Krčmář*, *Emil Swoboda*, *Miroslav Stieber*) und der deutschen (*Bruno Alexander Kavka*, *Egon Weiß*) Prager Universität Vertreter des Justizministeriums, der Rechtsanwender und der Bürger teilnahmen. Die Arbeiten der fünf Unterausschüsse wurden in den Jahren 1926-1931 von der Superrevisionskommission zusammengeführt.¹⁸ Im Jahre 1937 war der Regierungsvorschlag eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuches fertiggestellt. Konzeptionell handelte es sich um ein modernisiertes ABGB, mit Elementen des deutschen BGB, des schweizeri-

¹² Der Text des Grünbuchs ist zugänglich unter: http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/zielona_ksiega.pdf.

¹³ Die Zusammenstellung der Kommission und ihre Arbeitsberichte können eingesehen werden unter: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-cywilnego/>

¹⁴ Professor *Zbigniew Radwański* verstarb am 20.12.2012.

¹⁵ *Občanský zákoník*; Gesetz Nr. 40/1964 Gbl. (Gesetzblatt – *Sbírka zákonů*). Die tschechische Privatrechtskodifikation wird im Text als „Bürgerliches Gesetzbuch“ bezeichnet, was zwar zur Verwechslung mit dem deutschen BGB führen kann, doch handelt es sich um die wortwörtliche Übersetzung des tschechischen Begriffs „*občanský zákoník*“. Sollte im Text Bezug auf die deutsche Privatrechtskodifikation genommen werden, wird auf diesen Umstand deutlich hingewiesen.

¹⁶ Der zu diesem Bürgerlichen Gesetzbuch verfasste Kommentar (*František Rouček, Jaromír Sedláček et alii.*: *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*, Bd.1-6, Praha 1935) stellt eine hervorragende Quelle der Privatrechtsgeschichte und der Rechtsprechung dar.

¹⁷ Das Hultschiner Ländchen ist ein Gebiet im Norden Tschechiens zwischen den Städten Opava und Ostrava, das nach dem Ersten Weltkrieg durch den Versailler Vertrag (Art. 83) an die Tschechoslowakei angegliedert wurde, was faktisch am 4.2.1920 vollzogen wurde. Das deutsche BGB galt hier bis zum Jahre 1920.

¹⁸ *Karel Malý*, *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*, Prag 1997, S. 357.

schen ZGB und des französischen *Code civil*. Nicht vom Entwurf umfasst waren das Familienrecht und die handelsrechtlichen Bestimmungen. Für das ABGB als Basis für die Schaffung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches sprach nicht nur seine langjährige Tradition, sondern auch seine Qualität.¹⁹ Kritik erfuhr der Regierungsvorschlag vonseiten der Slowakischen Volkspartei, die eine unzureichende Berücksichtigung der Besonderheiten des slowakischen Rechts beklagte, und vonseiten der Kommunisten, die ihn als veraltet ansahen und sich für ein sowjetisches Modell einsetzten.²⁰ Der Verabschiedung der neuen Privatrechtskodifikation stand am Ende die politische Entwicklung der nächsten Jahre im Wege – angefangen mit dem Münchner Abkommen (29.9.1938) über die nachfolgende Besetzung des Sudetenlandes bis zur Schaffung des Protektorats Böhmen und Mähren.

Der politische Pluralismus der Ersten Republik ging nach dem Zweiten Weltkrieg aufgrund einer Einschränkung der Anzahl der politischen Parteien unter.²¹ Sieger der Wahlen des Jahres 1946 waren die Kommunisten. Nach den Ereignissen des Jahres 1948 entsprach das primär auf dem ABGB basierende Gesetzbuch in den Augen der damaligen Regierung nicht den Anforderungen einer Republik, die eine volksdemokratische Richtung einschlagen sollte. Schon die Verfassung des Jahres 1948²² hob all jene seiner Bestimmungen auf, die mit dieser Verfassung und dem volksdemokratischen System nicht in Einklang standen. Bereits im Jahre 1948 wurde der zweijährige Juristische Plan (*právnícká dvouletka*) ausgerufen, in dessen Rahmen ein neues Bürgerliches Gesetzbuch ausgearbeitet werden sollte. Das nach zwei Jahren geschaffene Gesetz Nr. 141/1950 Gbl. orientierte sich noch an dem Regierungsvorschlag des Jahres 1937, doch wurden auch zahlreiche Rechtsinstitute und Bestimmungen des sowjetischen Rechts übernommen.²³ Die Verabschiedung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches bedeutete aber nicht den völligen Untergang des rezipierten ABGB, denn noch bis zur Verabschiedung des neuen Arbeitsgesetzes im Jahre 1965 richteten sich die arbeitsrechtlichen Verhältnisse nach dessen Bestimmungen über den Dienstvertrag.²⁴

Die Verfassung des Jahres 1960 brachte der Tschechoslowakischen Republik den Zusatz „sozialistisch“. Die Übergangsperiode vom Kapitalismus zum Sozialismus wurde in den Augen der damaligen Regierung abgeschlossen und man bereitete sich auf den Sieg des

¹⁹ Mit Blick auf die Geschichte kann man beobachten, dass diese Privatrechtskodifikation alle Verfassungsänderungen überdauerte: Pillersdorfsche Verfassung (1848), Oktroyierte Märzverfassung (1849), Silvesterpatent (1851), Oktoberdiplom (1860), Februarpatent (1861), Dezembervfassung (1867).

²⁰ *Ladislav Vojáček, Karel Schelle, Jaromír Tauchen* (Hrsg.), *Die Entwicklung des tschechischen Privatrechts*, Brno 2011, S. 114.

²¹ In der Nationalfront (*národní fronta*), der späteren Nationalversammlung (*národní shromáždění*), durften lediglich die Nationalsozialistische Partei, die Volkspartei, die Sozialdemokratische Partei und die Kommunistische Partei vertreten sein. *Jan Kuklík, Vývoj Československého práva 1945-1989*, Praha 2009, S. 14.

²² § 173 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 150/1948 Gbl. (zugänglich in der digitalen Bibliothek des Parlaments der Tschechischen Republik unter: <http://www.psp.cz/sqw/sbirka.sqw?cz=150&r=1948>, zuletzt abgerufen am 4.7. 2014).

²³ Dieses Bürgerliche Gesetzbuch wird hinsichtlich seines Inhalts und seines Aufbaus noch zu den kontinentalen Zivilgesetzbüchern gerechnet. Eine gewisse Qualität sicherte mit seiner Mitarbeit Professor *Krčmář*, der aber im Jahr der Veröffentlichung des Gesetzbuches verstarb und mit ihm verstarben auch die Nachklänge der „goldenen Zeit“ der Rechtswissenschaft der Ersten Republik.

²⁴ §§ 1151-1164 des Tschechoslowakischen Bürgerlichen Gesetzbuches. *Michal Bobek, Pavel Molek, Vojtěch Šimíček*, (Hrsg.), *Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví*, Brno 2009, S. 429.

Kommunismus vor.²⁵ Das Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1950 wurde mit seinen teilweise kapitalistischen Bestimmungen als eine „Bremse“ der weiteren Entwicklung der sozialistischen Gesellschaft angesehen. Die Kodifikationsarbeiten nahmen ihren Anfang mit dem Beschluss des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei vom 8.12. 1960.²⁶ Das neue Bürgerliche Gesetzbuch trat als Gesetz Nr. 40/1964 Gbl. am 1.4.1964 in Kraft. Es war in acht Bücher aufgeteilt; den allgemeinen Bestimmungen folgten die Vorschriften über das sozialistische gesellschaftliche Eigentum²⁷ (*socialistické společenské vlastnictví*) und über das persönliche Eigentum²⁸ (*osobní vlastnictví*), über den persönlichen Gebrauch²⁹ (*právo osobního užívání*) von Wohnungen sowie anderen Räumlichkeiten und Grundstücken, über die die Schuldverhältnisse ersetzenden Dienstleistungen³⁰, über Rechte und Pflichten aus anderen Rechtsgeschäften und die Haftung für einen unberechtigten Vermögensgewinn, über die Vererbung des Vermögens in Form des persönlichen Eigentums sowie schließlich die abschließenden Bestimmungen.

Manche traditionellen Rechtsinstitute wie Besitz, die damit zusammenhängende Ersitzung³¹, das vertragliche Pfandrecht, die Dienstbarkeiten oder der Mietvertrag wurden ganz ausgespart.³² Man ging von der Annahme aus, dass die vertraglichen Verhältnisse unter den Bürgern in einer nahen Zukunft keine große Rolle mehr spielen würden. Für sämtliche

²⁵ Artikel I. der Präambel der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik, Verfassungsgesetz Nr. 100/1960 Gbl.

²⁶ Jan Kuklík et alii, *Vývoj Československého práva 1945-1989*, Praha 2009, S. 522.

²⁷ Damit wurde ein hierarchischer Begriff des Eigentums begründet, an dessen Spitze das (sozialistische gesellschaftliche) Staatseigentum, mit dem genossenschaftlichen Eigentum in seinem Gefolge, stand. Erst hinter diesen kollektiven Formen des Eigentums folgte das sogenannte persönliche Eigentum. Das private Eigentum der kleinen Produzenten und Landwirte sollte als eine bloße Übergangsform des Eigentums allmählich aussterben.

²⁸ Das persönliche Eigentum, das zur Befriedigung der kulturellen und materiellen Bedürfnisse der Bürger diente (§ 126 tschech. BGB, Gesetz Nr. 40/1964 Gbl. im Folgenden nur mit Jahresangabe) umfasste das Vermögen, welches die Bürger aus ihren redlichen Einkünften erwerben konnten und welches einen gewissen Verbrauchscharakter aufwies; so etwa Wohnhäuser, Autos, Datschen und Ersparnisse (vgl. § 127 tschech. BGB 1964). Ein Bürger durfte höchstens ein Haus in seinem persönlichen Eigentum haben (§ 129 tschech. BGB 1964) und dieses durfte grundsätzlich höchstens fünf bewohnbare Zimmer aufweisen, mehr nur, wenn die Oberfläche des Hauses nicht 120m² überstieg (§ 128 tschech. BGB 1964). Die Produktionsmittel waren aus dem persönlichen Eigentum ausgeschlossen und befanden sich im „privaten“ Eigentum.

²⁹ Dabei handelt es sich um ein zeitlich unbegrenztes, erbliches und übertragbares Recht, das vom Obersten Gericht in seiner Entscheidung vom 12.01.2006, Aktennummer 22 Cdo 44/2005 als ein dingliches Recht betrachtet wurde. Vergeben konnten dieses Recht ausschließlich sozialistische Organisationen, die dem Bürger einen Gegenstand zu seiner persönlichen Nutzung überließen, typischerweise eine Wohnung, eine andere Räumlichkeit oder ein Grundstück. Der Begründung des Rechtsverhältnisses ging ein administratives Verfahren voraus, in dem das kompetente Organ – meistens das Bezirksnationalkomitee – eine Entscheidung traf. Erst danach folgte eine Vereinbarung der Beteiligten über die Übernahme des Gegenstandes in den persönlichen Gebrauch. Die Bürger erbrachten für die Gewährung des Rechts des persönlichen Gebrauchs eine Gegenleistung, doch das Eigentumsrecht blieb weiterhin dem Staat vorbehalten. Sollten die Bürger auf den Grundstücken ein Haus erbaut haben, ging das Recht des persönlichen Gebrauchs an dem Grundstück bei dem Verkauf des Hauses automatisch auf den Käufer über. Nach der Wende wandelte der Gesetzgeber den persönlichen Gebrauch einer Wohnung in die Miete (§ 871 tschech. BGB von 1964) und den an einem Grundstück in das Eigentumsrecht an dem Grundstück (§ 872 tschech. BGB von 1964) um.

³⁰ Bei den Dienstleistungen muss man beachten, dass hier auf einer Seite der Bürger, auf der anderen eine sozialistische Organisation – also ein staatlicher Betrieb – stand.

³¹ Die Ersitzung wurde als Verstoß gegen die Regeln des sozialistischen Zusammenlebens betrachtet. Ladislav Vojáček, Karel Schelle, Jaromír Tauchen (Hrsg.), *Die Entwicklung des Tschechischen Privatrechts*, Brno, 2011, S. 51 mit weiteren Nachweisen.

³² Michal Bobek, Pavel Molek, Vojtěch Šimíček, (Hrsg.), *Komunistické právo v Československu, Kapitoly z dějin bezpráví*, Brno 2009 S. 437

Bedürfnisse der Bürger sollten künftig die staatlichen Organisationen bzw. Betriebe aufkommen. Es wurden neue Begriffe eingeführt, die einerseits für die breite Bevölkerung verständlicher sein und andererseits die neue Realität besser widerspiegeln sollten. Anstelle vom Mietvertrag sprach man von einer „Überlassung zur Nutzung“, die juristische Person wurde zur „Organisation“ und bis heute überlebt der Begriff des persönlichen Eigentums in der Alltagssprache. Die Rechtspraxis zeigte aber bald, dass es nicht möglich war, ohne bestimmte Rechtsinstitute auszukommen und so mussten im Jahre 1982 zumindest der Besitz, die Ersitzung und die vertragliche Begründung dinglicher Lasten wiedereingeführt werden.³³

Mit der Schaffung einer neuen Privatrechtskodifikation ging Mitte der 60er Jahre eine Zersplitterung des Privatrechts einher; verabschiedet wurden ein neues Familiengesetz (Nr. 94/1963 Gbl.), ein neues Wirtschaftsgesetzbuch³⁴ (Nr. 109/1964 Gbl.) und ein Gesetzbuch über den Internationalen Handel (Nr. 101/1963 Gbl.). Eben diese Zersplitterung des Privatrechts in verschiedene Bereiche stellt eines der Merkmale des sozialistischen Zivilrechts dar. Weiterhin ist es charakterisiert durch überwiegend zwingende Vorschriften, wenig Spielraum für autonome Gestaltungen der Bürger, die Einführung neuer und vereinfachender Begriffe und die Aufgabe traditioneller Rechtsinstitute. Mit anderen Worten: Es sollte ein komplett neues, an die geänderten politischen Interessen des Volkes angepasstes bürgerliches Recht entstehen.

3. Aufbau und Mängel des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1964

Der tschechische Gesetzgeber richtete seine Aufmerksamkeit nach der Wende vorerst auf die Bereitstellung eines funktionsfähigen, auf die Marktwirtschaft zugeschnittenen Handelsrechts.³⁵ Das Bürgerliche Gesetzbuch wurde lediglich durch eine große Novelle – das Gesetz Nr. 509/1991 Gbl. – der neuen politischen Situation angepasst.³⁶ Es trat als *lex generalis* neben das neue Handelsgesetzbuch. Bis zum Inkrafttreten des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches wurden zirka 60 Novellierungen des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1964 durchgeführt, sodass seine Struktur folgende Form annahm: 1. Allgemeine Bestim-

³³ Novelle Nr. 131/1982 Gbl. (zugänglich unter: <http://www.psp.cz/sqw/sbirka.sqw?cz=131&r=1982>, zuletzt abgerufen am 4.7.2014).

³⁴ Dieses gestaltete die im Rahmen der Planwirtschaft und insb. bei der Tätigkeit der sozialistischen Organisationen entstehenden Rechtsverhältnisse. Näheres bei: *Ladislav Vojáček, Karel Schelle, Jaromír Tauchen, Vývoj soukromého práva na území českých zemí*, Bd. 2, Brno 2012, S. 737ff.

³⁵ Das tschechische Handelsgesetzbuch trat als Gesetz Nr. 513/1991 Gbl. am 1.1. 1992 in Kraft. Bei seiner Schöpfung orientierte man sich an den tschechischen Vorschriften der ersten Tschechoslowakischen Republik, dem Gesetzbuch über den Internationalen Handel (Gesetz Nr. 101/1963 Gbl., *zákoník mezinárodního obchodu*) sowie am deutschen HGB.

³⁶ Zu den Gründen siehe den Motivenbericht zur Novelle Nr. 509/1991 Gbl: Es wurde die sogenannte extensive Lösung gewählt, d.h. die Teile 2-5 des Gesetzbuches wurden durch eine neue Fassung ersetzt und an anderen Teilen Änderungen vorgenommen. Zwei Rechtsgebiete waren stark änderungsbedürftig: das Sachenrecht und das Schuldrecht. Hier musste vor allem der hierarchische Aufbau der Eigentumsformen aufgegeben werden und anstelle der Dienstleistungen mussten wieder die Schuldverhältnisse treten. Zwar war diese Lösung arbeitstechnisch aufwändiger und komplizierter, entsprach aber doch eher den Erfordernissen der Rechtssicherheit und vereinfachte die Arbeit der Gerichte. Die restriktive, nicht weiter erfolgte Lösung hätte ausschließlich die Aufhebung oder Änderung solcher Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches umfasst, die im Widerspruch zur Verfassung oder anderen Gesetzen standen oder aus anderen Gründen nicht mehr praxistauglich waren. Andere Bestimmungen (vor allem des 3. und 4. Teils) wären hingegen in Kraft geblieben und hätten neu interpretiert werden müssen. http://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t0685_08.htm, letzter Besuch 4.7. 2014.

mungen (§§ 1-122), 2. Sachenrecht³⁷ (§§ 123-180), Bücher 3-5 aufgehoben, 6. Schadenersatz und ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 415-459), 7. Erbfolge (§ 488-852k), 8. Schuldverhältnisse (§§ 488-852k), 9. Schlussbestimmungen, Übergangsbestimmungen und Aufhebungsbestimmungen (§§ 853-880).

Die folgenden Aspekte machten dieses Bürgerliche Gesetzbuch zu einem „Auslaufmodell“. Die Novellierungen wurden nach der Wende ad hoc in diversen Bereichen durchgeführt und folgten keiner einheitlichen Linie. Dies betrifft auch die Einarbeitung der Vorschriften, die auf Rechtsakten der Europäischen Union beruhen. Die „Technik der endlosen Änderungen“ war für die Zukunft nicht mehr haltbar. Als ein zu berichtigender Systemfehler im Bereich des Privatrechts wurde die unzureichende Verflechtung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit weiteren zivilrechtlichen Vorschriften (Arbeitsgesetzbuch, Familiengesetz, Handelsgesetzbuch) angesehen. Viele Rechtsinstitute waren zu cursorisch und nicht ausreichend geregelt. Zum Beispiel erstreckte sich der Besitz lediglich über drei Paragraphen (§§ 129-131) und war unsystematisch zwischen den Bestimmungen über das Eigentumsrecht und den Eigentumserwerb platziert. Das Prinzip *superficies solo cedit* war 1950 aufgehoben worden³⁸ und seither nicht wieder in das Zivilrecht aufgenommen worden, sodass Grundstücks- und Gebäudeeigentümer personenverschieden sein konnten.³⁹ Eine weitere Rechtsunsicherheit resultierte aus dem „kränkelnden“ Prinzip der materiellen Publizität.⁴⁰ Der Katastrauszug bzw. in der tschechischen Terminologie die sogenannte „Eigentumsurkunde“ (*výpis z listu vlastnictví*) musste nicht den tatsächlich existierenden Rechtsverhältnissen entsprechen. Diese Tatsache wurde – wenn auch mit tiefem Bedauern – von dem tschechischen Verfassungsgericht in seiner Rechtsprechung anerkannt.⁴¹ Im praktischen Leben bedeutete das, dass wenn es zum Erwerb einer Liegenschaft von einem Nichtberechtigten kam und diese Tatsache später festgestellt wurde, der Erwerber im guten Glauben gewesen sein musste. Nur so konnte er die Liegenschaft nach

³⁷ Im Sachenrecht herrschte bis zum 31.12.2013 ein *numerus clausus*, der folgende dingliche Rechte zuließ: Eigentum, Miteigentum, dingliche Lasten, Pfandrecht, Unterpfandrecht, Retentionsrecht.

³⁸ Das Bürgerliche Gesetzbuch, Gesetz Nr. 141/1950, § 25, besagte: „Bestandteil des Grundstücks ist alles, was auf diesem wächst. Bauten bilden keinen Bestandteil des Grundstücks“. Bis zur Einführung des BGB von 1950 hatte dagegen die Regelung des ABGB gegolten. Dieses ging von dem römischen Grundsatz *superficies solo cedit* aus, der Bau war also Bestandteil des Grundstücks. Das Gesetzbuch arbeitete aber nicht mit dem Begriff „Bestandteil“ sondern mit dem Terminus „Zubehör“. Zubehör des Grundstücks waren solche Sachen, die auf dem Grundstück errichtet worden waren, um dauerhaft dort zu verbleiben, also Häuser, andere Bauten und alles, was in den Boden eingelassen oder auf andere Weise mit diesem fest verbunden war. Die Aufhebung dieser Rechtsregel ist auf die Interessen der Kollektivierung der Landwirtschaft zurückzuführen. Die Landwirte vereinigten (wenn auch nicht immer freiwillig) ihren Boden in den Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (LPG), die an diesem ein sehr breit angelegtes Nutzungsrecht erhielten; den Landwirten blieb de facto ein „leeres“ Eigentumsrecht. Damit die von den LPG errichteten Gebäude nicht in das Eigentumsrecht der einzelnen Bodeneigentümer übergingen – was unter dem Bestehen der Regel *superficies solo cedit* unweigerlich geschehen wäre – trennte man rechtlich die Gebäude vom Boden. Dazu: Karel Eliáš, *Občanský zákoník. Velký akademický komentář*, Bd. 1, §1- 487, Praha 2008, S. 485.

³⁹ § 120 Abs. 2 tschech. BGB von 1964 Gbl.: „Ein Gebäude ist kein Bestandteil eines Grundstücks“.

⁴⁰ § 11 des Gesetzes Nr. 265/1992 Gbl. über die Eintragung des Eigentumsrechts und anderer dinglicher Rechte an den Liegenschaften gültig bis zum 31.12. 2013, aufgehoben durch § 67 des Liegenschaftskatastergesetzes Nr. 256/2016 Gbl.): „Derjenige, der sich auf eine Eintragung in das Kataster, die nach dem 1.1. 1993 vorgenommen wurde, verlässt, ist im guten Glauben, dass der Stand des Katasters dem faktischen Stand entspricht, es sei denn, er hätte wissen müssen, dass der Stand der Eintragungen im Kataster nicht der Wirklichkeit entspricht“.

⁴¹ Entscheidung des Verfassungsgerichts vom 01.08.2006 Aktennummer II. ÚS 349/03, veröffentlicht in *Sbírka nálezů a usnesení* unter N 148, Bd. 42, S. 199.

Ablauf von zehn Jahren nach dem Erwerb ersitzen.⁴² War diese Frist aber noch nicht vergangen, musste der Erwerber die Liegenschaft ihrem rechtmäßigen Eigentümer übergeben, nur die Früchte und Nutzungen⁴³ konnte er behalten. Auch der Erwerb einer beweglichen Sache von einem Nichtberechtigten war bisher problematisch, gar unmöglich.⁴⁴ Eine gesetzliche Regelung des Eigentumserwerbs an einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten war noch in den Zivilgesetzbüchern der Jahre 1950 und 1964 enthalten, nach der Wende durch die große Novellierung Nr. 509/1991 Gbl. aber abgeschafft worden. Die einzige Vorschrift, die eine Bestimmung diesbezüglich enthielt, war das nach der Wende neu erarbeitete Handelsgesetzbuch Nr. 513/1991 Gbl.⁴⁵ Das Handelsgesetzbuch bezog sich aber lediglich auf die Rechtsverhältnisse zwischen Unternehmern sowie zwischen diesen und dem Staat bzw. einer Selbstverwaltungs-Gebietskörperschaft (§ 261 Absatz 1⁴⁶ und 2⁴⁷ des Handelsgesetzbuches). Die Parteien konnten lediglich bestimmen,

⁴² Petr Baudyš, Katastr nemovitostí, 2. Aufl., Prag 2010, S. 26.

⁴³ Die Ausdrücke „Früchte“ und „Nutzungen“ (*fructus civiles, fructus naturales*) wurden vom tschechischen BGB von 1964 nicht näher spezifiziert und synonym verwendet. Diese Tradition kommt aus der Zeit der Geltung des ABGB. Jiří Spáčil, Ochrana vlastnictví a držby v občanském zákoníku, 2. Aufl., Prag 2002, S.79.

⁴⁴ Das heißt, dass im tschechischen bürgerlichen Recht bis zum 31.12. 2013 das Prinzip „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“ strikt befolgt wurde. Man konnte also bei dem Erwerb einer Sache vom Unberechtigten höchstens zum berechtigten Besitzer werden – angenommen man war bei dem Erwerb im guten Glauben – was mit der Möglichkeit verbunden war, die Sache nach dem Ablauf der gesetzlichen Fristen zu ersitzen. Jiří Švestka und Jan Dvořák, Občanské právo hmotné, Praha 2009, S. 313. Es gab jedoch Ausnahmefälle, in denen der Eigentumserwerb *a non domino* zugelassen wurde: Einmal im Rahmen des Erbrechts – § 486 tschech. BGB von 1964: „Wer guten Glaubens etwas von einem unrichtigen Erben erwarb, ist, wenn die Erbschaft bestätigt wurde, so geschützt, als ob er es von einem berechtigten Erben erworben hätte“. Eine weitere Ausnahme bildete der Verkauf einer Sache durch einen Unternehmer, der sie herstellte, wenn die Sache nicht vom Besteller abgeholt wurde (§ 656 tschech. BGB, Gesetz Nr. 40/1964 Gbl.). Das gleiche galt für die nicht abgeholt Sendungen im Rahmen der Beförderungsverträge (§ 773 tschech. BGB, Gesetz Nr. 40/1964 Gbl). Zwei weitere Ausnahmen vom *nemo plus iuris* Prinzip betrafen schließlich den Eigentumserwerb an einer (un)beweglichen Sache im Rahmen einer Zwangsversteigerung und im Konkursverfahren. Mehr bei: Jiří Švestka, Jiří Spáčil, Marta Škárová, Milan Humák et al., Občanský zákoník, Komentář § 1-459, 2. Auflage, Prag 2009, S. 770-771. Auch für Pfandrecht gab es eine Ausnahme, nämlich §161/1 tschech. BGB von 1964: „Verpfändet jemand eine fremde Sache ohne Zustimmung des Eigentümers oder der Person, die an der Sache ein anderes Sachenrecht hat, das mit dem Pfandrecht unvereinbar ist, so entsteht das Pfandrecht nur dann, wenn die Sache dem Pfandgläubiger übergeben wird und dieser jene in dem guten Glauben annimmt, dass der Verpfänder die Sache zu verpfänden berechtigt sei“. Weitere Ausnahmen fanden sich außerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1964: Man konnte zum Beispiel ein Wertpapier von einem Nichteigentümer erwerben – § 20 des Gesetzes über Wertpapiere Nr. 591/1992 Gbl. (*zákon o cenných papírech*, aufgehoben durch § 3080, Nr. 27 des Gesetzes Nr. 89/2012 Gbl. – Bürgerliches Gesetzbuch) auch ein Investitionsmittel konnte und kann weiterhin von einem Unberechtigten erworben werden: § 96 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 256/2004 Gbl. über die Geschäfte auf dem Kapitalmarkt (*zákon o podnikání na kapitálovém trhu*).

⁴⁵ § 446 des Handelsgesetzbuches, Gesetz Nr. 513/1991 Gbl. (gültig bis 31.12. 2014, aufgehoben durch § 3080, Nr. 12 des Gesetzes Nr. 89/2012 Gbl. (Bürgerliches Gesetzbuch): „Der Käufer erwirbt auch dann das Eigentum, wenn der Verkäufer nicht der Eigentümer der Ware ist, es sei denn, der Käufer wusste zu dem Zeitpunkt, zu dem er das Eigentum erwerben sollte, oder hätte wissen müssen und können, dass der Verkäufer nicht der Eigentümer ist und dass er auch nicht berechtigt ist, über die Ware in dieser Form zu verfügen“. Tschechische Wirtschaftsgesetze, Bd. II, 4. Aufl. C.H. Beck, Praha 2006, S. 285.

⁴⁶ § 261 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches: „Dieses Buch des Gesetzes regelt die Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmern, soweit es sich bei ihrer Entstehung unter Berücksichtigung aller Umstände offensichtlich um deren unternehmerische Tätigkeit handelt“. Tschechische Wirtschaftsgesetze, Bd. II, 4. Aufl. C.H.Beck, Praha 2006, S. 238.

⁴⁷ § 261 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches: „Nach diesem Buch des Gesetzes regeln sich auch die Vertragsbeziehungen zwischen dem Staat oder einer selbstverwaltenden Gebietskörperschaft und den Unternehmern bei ihrer unternehmerischen Tätigkeit, soweit sie die Sicherstellung von öffentlichen Bedürfnissen betreffen. Als staatlich im Sinne dieses Gesetzes werden auch staatliche Organisationen angesehen, die keine Unternehmen

dass sich ihre Vertragsbeziehung, welche nicht von Gesetzes wegen unter § 261 fiel, doch nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs richten sollte.⁴⁸ Diese Vereinbarung musste schriftlich abgeschlossen werden. Mit der Unterwerfung ihres Vertragsverhältnisses unter die Regelung des Handelsgesetzbuches war dann ein Erwerb vom Nichtberechtigten möglich.⁴⁹ Wollte man sich aber nur für den Fall, dass man z. B. eine gestohlene Sache kauft, durch die Unterwerfung unter die Regelung des Handelsgesetzbuches absichern, war dies natürlich mangels guten Glaubens unwirksam.⁵⁰

Zusammenfassend kann man sich den Worten von Professor *Zoulik* anschließen, der die gesamte Regelung des bis zum 31.12. 2013 geltenden bürgerlichen Rechts für ein „legislatives Provisorium“ hielt.⁵¹ Mit der neuen Kodifikation wurde beabsichtigt, ein einheitliches System des bürgerlichen Rechts zu schaffen, das nicht mehr Gefahr lief, von ausländischen Juristen als Paradebeispiel dafür vorgezeigt zu werden, wie ein Zivilgesetzbuch nicht aussehen sollte.⁵²

4. Das neue tschechische Bürgerliche Gesetzbuch – Gesetz Nr. 89/2012 Gbl.

4.1. Entstehung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches

Der Prozess der Verabschiedung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches zog sich über zehn Jahre hin und es gingen ihm einige Kodifikationsversuche voraus. Bereits nach der Wende fing man in Kooperation mit dem föderalen Zwillingsbruder – der Slowakei – an, einen Vorschlag für ein neues BGB zu erarbeiten. Bedauerlicherweise hörten mit dem Untergang des gemeinsamen Staates auch diese Arbeiten auf. Im Jahre 1996 präsentierte der im Jahre 2013 verstorbene Professor *Zoulik* dann eine neue Konzeption und zwar auf den Seiten der Fachzeitschrift *Právní praxe* (Hefte 8-9, Nr. 44/1996), die jedoch ebenfalls nicht weiterentwickelt wurde. Erst die dritte Bemühung um ein neues Bürgerliches Gesetzbuch war von Erfolg gekrönt. Im Januar 2000 rief der damalige Justizminister Otakar Motejl Fachleute aus der Praxis und der Forschung zusammen, um die Wiederaufnahme der Arbeiten an einem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch zu erörtern. Aus den vorgeschlagenen Projekten wurde das des Professors für Handelsrecht *Karel Eliáš* gewählt.⁵³ Durch den Regierungsbeschluss Nr. 345 vom 18.4. 2001 wurde das Sachprojekt für das neue tsche-

sind, sofern aus dem Inhalt des Vertrages hervorgeht, dass es sich um die Sicherstellung von öffentlichen Bedürfnissen handelt“. Tschechische Wirtschaftsgesetze, Bd. II, 4. Aufl. C.H. Beck, Praha 2006, S. 238.

⁴⁸ § 262 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches, Gesetz Nr. 513/1991 Gbl.: „Die Parteien dürfen vereinbaren, dass ihre Vertragsbeziehung, welche nicht unter die Regelungsinhalte des § 261 fällt, nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zu beurteilen ist. Führt jedoch eine solche Vereinbarung zur Verschlechterung der Rechtsstellung einer Vertragspartei, welche kein Unternehmer ist, so ist sie unwirksam“. Tschechische Wirtschaftsgesetze, Bd. II, 4. Aufl. C.H. Beck, Praha 2006 S. 239.

⁴⁹ Der gutgläubige Erwerb würde sich dann auf alle beweglichen Sachen beziehen, nicht nur auf solche, die von einem Unternehmer erworben wurden. Entscheidung des Obersten Gerichts vom 30.7.2003, Aktennummer 32 Odo 964/2002.

⁵⁰ Entscheidung des tschechischen Verfassungsgerichts vom 20.8.2001 Aktennummer IV. ÚS 112/01, veröffentlicht in *Sbírka nálezů a usnesení* unter U 30, Bd. 23, S. 365.

⁵¹ *František Zoulik*, Příčiny a principy kodifikace soukromého práva v České republice, in: *Kodifikace a dekodifikace soukromého práva v dnešním právním vývoji*, Praha 1998, S. 21-29, hier S. 24.

⁵² *Ondřej Finta, Petr Trégl*, O návrhu nového občanského zákoníku a jeho kritice (a taky o kontinuitě diskontinuitě), in: *Právní rozhledy*, Bd. 14, 2009, S. 495-501, hier S. 496 Fußnote 3.

⁵³ *Karel Eliáš, Michaela Zuklínová*, Principy a východiska nového kodexu soukromého práva, Linde 2001, S. 37-38.

chische Bürgerliche Gesetzbuch von der Regierung bewilligt. Vier Jahre später, im Juni 2005, war die erste Paragraphenversion vollendet. Die zweite Arbeitsversion des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches erschien weitere zwei Jahre später (Mai 2007), während in der Zwischenzeit zahlreiche Diskussionen und Tagungen vor allem im akademischen Bereich stattfanden.⁵⁴ Die zweite Arbeitsversion wurde in zehn Sachgebiete⁵⁵ aufgeteilt, die entsprechend von zehn Arbeitsgruppen⁵⁶ bearbeitet werden sollten. Die Arbeitsgruppen präsentierten ihre Ergebnisse im März 2008. Diese wurden im Anschluss von der Rekodifikationskommission⁵⁷ und einem weiteren Komitee⁵⁸ ausgewertet. Das offizielle Anmerkungsverfahren (2.6.-31.8.2008) endete mit über 3.500 Anmerkungen von den Staatsorganen. Auch die breite Öffentlichkeit konnte sich zu dem Gesetzgebungsvorschlag äußern, da eine eigene Internetseite für das Projekt erstellt worden war.⁵⁹

Interessant ist, dass die meisten Anmerkungen aus der breiten Öffentlichkeit Fragen der Miete und des Familienrechts betrafen. Obwohl die tschechische Regierung den Vorschlag des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches als Gesetzentwurf einbrachte (Regierungsbeschluss Nr. 510 vom 27.4.2009), schaffte es die Abgeordnetenkammer angesichts der politischen Entwicklung nicht mehr, diesen in ihrer Wahlperiode zu verabschieden.⁶⁰ Man nutzte diese Verzögerung zu weiteren Arbeiten an dem Gesetzgebungsvorschlag. So wurden zum Beispiel die bislang als selbständiges Gesetz bestehenden Bestimmungen über das

⁵⁴ Aus der Prager juristischen Fakultät sind folgende Tagungsbände zu nennen: *Jiří Švestka, Jan Dvořák, Luboš Tichý*, (Hrsg.) *Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva konaných 27.1.2006 a 12.5.2006 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy*, Praha: ASPI, 2006. *Jiří Švestka, Jan Dvořák, Luboš Tichý*, (Hrsg.), *Sborník statí z diskusních fór o rekodifikaci občanského práva konaných 20.10.2006, 24.11.2006, 9.2.2007 a 30.3.2007 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy*, Praha: ASPI, 2007. Olmütz ist mit dem Tagungsband: *Michal Malacka*, *Sborník příspěvků z konference k připravované rekodifikaci občanského zákoníku z 30.11.-1.12.2005*, 1. Aufl., Olomouc: Palacký Universität 2006, vertreten.

⁵⁵ 1. Person, Mensch, Vertretung, Unternehmer und Rechtstatsachen; 2. Juristische Personen, Korporationen, Stiftungen, Anstalten und Verwaltung des fremden Eigentums; 3. Sachen, iura in re propria, iura in re aliena; 4. Familienrecht; 5. Erbrecht; 6. Allgemeiner Teil des Schuldrechts; 7. Delikt und Quasidelikt; 8. Kauf, Werkvertrag, Tausch und Schenkung; 9. Konkrete Vertragstypen wie Miete oder Lizenz; 10. Restliche Vertragstypen.

⁵⁶ Die Mitglieder der Arbeitsgruppen waren Rechtswissenschaftler aus allen juristischen Fakultäten des Landes, Mitarbeiter des Instituts für Staat und Recht der Tschechischen Akademie der Wissenschaften, Richter des Obersten Gerichts und viele Vertreter aus der Praxis – Rechtsanwälte, Notare und Verwaltungsbeamte. Die tschechische Rechtsanwaltskammer und die Notarkammer entsandten jeweils einen Vertreter in jede Arbeitsgruppe. Weiter beteiligten sich an den Arbeiten die Vertreter der Tschechischen Vereinigung der Versicherungsanstalten, der Amerikanischen Handelskammer, des Ministeriums des Inneren sowie der ständigen Vertretung der Tschechischen Republik in Brüssel.

⁵⁷ http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/obecne_o_zakoniku/seznam_clenu_rekodifikacni_komise.pdf, zuletzt abgerufen am 4.7.2014.

⁵⁸ Dieses Komitee bestand aus den Inhabern der Lehrstühle für bürgerliches Recht und Handelsrecht aller juristischen Fakultäten des Landes (Prof. JUDr. *Jan Dvořák*, CSc. (Praha), Prof. JUDr. *Josef Fiala*, CSc. (Brno), Prof. JUDr. *Ivo Telec*, CSc. (Olomouc), Prof. Dr. JUDr. *Karel Eliáš* (Plzeň), aus dem Vorsitzenden des Kollegiums für bürgerliches Recht und Handelsrecht des Obersten Gerichts (JUDr. *František Ištváněk*), dem Vizevorsitzenden des Obergerichts Prag (JUDr. *Jaroslav Bureš*) und dem Stellvertreter des Justizministers, der zugleich Vizevorsitzender des Legislativrates der Regierung war (Mgr. *František Korbel*, Ph.D.).

⁵⁹ <http://obcanskyzakonik.justice.cz/>

⁶⁰ Im Jahre 2009 kam es aufgrund einer Pattsituation im tschechischen Parlament zur Verabschiedung des Verfassungsgesetzes Nr. 195/2009 Sb. vom 29.6.2009 über die Verkürzung der fünften Wahlperiode, das am 10.09.2009 aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit der tschechischen Verfassung vom tschechischen Verfassungsgericht aufgehoben wurde.

Wohnungseigentum in den Gesetzestext aufgenommen.⁶¹ Schließlich kam es zu einer erneuerten Einbringung des Gesetzesvorschlags durch die tschechische Regierung und zwar am 18.5.2011. Jetzt stand der Annahme des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches nichts mehr im Wege – am 9.11. 2011 wurde dieses in der dritten Lesung von der Abgeordnetenkammer angenommen. Der tschechische Senat gab zum neuen Bürgerlichen Gesetzbuch Anfang Januar 2012 keine Stellungnahme ab, womit dieses als verabschiedet galt. Der damalige Präsident der Tschechischen Republik Václav Klaus unterzeichnete das neue tschechische Bürgerliche Gesetzbuch am 20.2. 2012. Die Unterschrift des Ministerpräsidenten folgte am 2.3. 2012 und 20 Tage später konnte die neue genau 3081 Paragraphen umfassende Version als Gesetz Nr. 89/2012 Gbl. im Gesetzesblatt veröffentlicht werden.⁶²

Die umfassende Reform des Privatrechts erschöpfte sich nicht in der Neukonzeption des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Daneben wurde noch ein neues Gesetz für Internationales Privatrecht⁶³ und ein neues Gesetz über Handelsgesellschaften und Genossenschaften⁶⁴ geschaffen. Natürlich mussten überdies eine Reihe weiterer Rechtsvorschriften aufgrund dieser großen Rekodifikation des Privatrechts geändert oder neu erlassen werden.⁶⁵

⁶¹ Gesetz Nr. 72/1994 Gbl. – Gesetz über das Wohnungseigentum (*zákon o vlastnictví bytů*), gültig bis zum 31.12.2013, aufgehoben durch § 3080 Nr. 60 des Gesetzes Nr. 89/2012 Gbl. – Bürgerliches Gesetzbuch.

⁶² „Die Wiederaufstellung der Statue von Feldmarschall Radetzky auf dem Kleinstädter Platz wäre ein besseres Projekt zur Verherrlichung der Vergangenheit“. Aus dem Artikel „Warum man das neue Bürgerliche Gesetzbuch nicht verabschieden sollte“ von Rechtsanwalt *David Uhlíř*, veröffentlicht in der Zeitung *Lidové noviny* vom 14.2.2011 als Reaktion auf den Artikel von Professor *Eliáš* vom 24.1.2011 „Svobodně žít, svobodně se domlouvat“ veröffentlicht in der gleichen Zeitung. Eine so große Umgestaltung des Privatrechts musste notwendigerweise auch Gegenstimmen provozieren. Zu den am häufigsten kritisierten Aspekten gehörten die folgenden: Diskontinuität, Länge des Textes, Ausdrucksweise und Kasuistik. Es besteht die Befürchtung, dass die gesamte in den letzten 20 Jahren aufgebaute Rechtsprechungspraxis verworfen werden muss und die sichere Handhabung der neuen Vorschrift weitere zwei Dekaden in Anspruch nehmen wird, was natürlich gegen das Ziel der Rechtssicherheit arbeitet. *Jaroslav Štraus*, *Nový občanský zákoník ještě jednou*, in: *Právní rozhledy*, Nr. 24, 2008, S. 908-910, hier S. 908. Ähnliche Bedenken bzgl. der Diskontinuität bei: *Petr Lavický*, *Kritické poznámky ke koncepci návrhu občanského zákoníku*, in: *Právní rozhledy*, Bd. 23, 2007, S. 848-859, hier S. 855. Bereits der Umfang des Vorschlages des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches wurde als Hindernis seines praktischen Gebrauchs angesehen. *Jan Huleš*, *Bude nový občanský zákoník opravdu „sexy“?*, in: *Právní rozhledy*, Nr. 17, 2008, S. 640-642, hier S. 641. Die Wiederverwendung älterer Begrifflichkeiten wurde ebenso kritisch beurteilt wie die Verwendung bereits etablierter *termini technici* in veränderter Bedeutung. Vgl. dazu den Artikel von *Stanislav Stuna, Jirí Švestka*, *K pojmu věc v právním smyslu v návrhu nového občanského zákoníku*, in: *Právní rozhledy*, Nr. 10, Jahrgang 2011, S. 366-373. Die Autoren beurteilen das Verlassen des bisher geltenden und gewohnten Begriffs der Sache im Rechtssinne (körperlicher Gegenstand) und die Erweiterung des Begriffs der Sache auf die unkörperlichen Gegenstände kritisch. Siehe auch die Antwort darauf vom Leiter der Kodifikationsarbeiten *Karel Eliáš*, *Objekt vlastnického práva a návrh občanského zákoníku (Také o abstrakci v juristickém myšlení)*, in: *Právní rozhledy*, Nr. 11, Jahrgang 2011, S. 410-412. Manche Stimmen sahen den Entwurf des BGB und somit auch das neue BGB schließlich als zu kasuistisch an. *František Cvrček*, *Návrh nového občanského zákoníku (z hlediska jazykového a legislativně technického)*, in: *Soudce*, Nr. 4, 2011, S. 7-13, hier S. 9.

⁶³ Gesetz Nr. 91/2012 Gbl. (*zákon o mezinárodním právu soukromém*)

⁶⁴ Gesetz Nr. 90/2012 Gbl. (*zákon o obchodních společnostech a družstvech – zákon o obchodních korporacích*) Im Einzelnen besprochen von *Petr Bohata* in: *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, Besprechung der Allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes in: 8/2012 (S. 242-247) und 9/2012 (S. 274-281), der Personengesellschaften in: 10/2012 (S. 303-308) sowie der GmbH in: 11/2012 (S. 334-340) und 12/2012 (S. 370-376), gefolgt von einer Serie über die Aktiengesellschaft in: 1/2013 (S. 17-23), die Wertpapiere in: 2/2013 (S. 46-51), die Aktionärsrechte in 3/2013 (S. 78-85), die Innere Struktur der Aktiengesellschaft in: 6/2013 (S. 175-183), die Kapitalerhöhung in Aktiengesellschaften in: 10/2013 (S. 299-307) und die Kapitalherabsetzung und Liquidation in: 5/2014 (S. 148-154).

⁶⁵ So etwa die Vorschriften aus dem Bereich des Liegenschaftskatasters, konkret das neue Gesetz über das Liegenschaftskataster (das in Tschechien beide Funktionen, das heißt die eines Grundbuchs und eines

4.2. Quellen des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches

Die Schöpfer des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches entschieden sich dafür, als Basis der Kodifikationsarbeiten den tschechischen Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1937 zu verwenden. Die Rückkehr zu diesem – *cum grano salis* ausgedrückt – modernisierten ABGB konnte man damit rechtfertigen, dass dieses bis zum Jahre 1950 in der Tschechoslowakei in Kraft geblieben war und dass das tschechische Oberste Gericht immer wieder zum ABGB griff, wenn es eine Gesetzeslücke schließen musste. Neben dieser Grundlage berücksichtigten die Schöpfer des neuen BGB auch die Gesetzbücher der Jahre 1950 und 1964 sowie die Vorschläge von 1991 und 1996. Man orientierte sich an den mitteleuropäischen Privatrechtskodifikationen wie dem ABGB, dem polnischen ZGB, aber auch an den Bürgerlichen Gesetzbüchern Deutschlands, Frankreichs, Italiens, der Niederlande, Quebecs und Russlands.⁶⁶

Aus den internationalen Projekten wären DCFR, Contract Code-Preliminary Draft, Principles of European Family Law, Restatement of European Insurance Contract Law, The Common Core of European Private Law oder die Regeln des UNIDROIT zu nennen.⁶⁷ Beachtung fanden ferner die Europäische Menschenrechtskonvention (1950) sowie die Konventionen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (1989) und die Rechte der Menschen mit Behinderungen (2006). Die Liste der eingearbeiteten europäischen Vorschriften ist dem § 3015⁶⁸ des neuen tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuches zu entnehmen.

Katasters in sich vereint) Nr. 256/2013 Gbl. (*zákon o katastru nemovitostí*). Weitere Beispiele sind das Gesetz über die öffentlichen Register Nr. 304/2013 Gbl. (*zákon o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob*) oder etwa das Einführungsgesetz zum neuen tschechischen BGB – Gesetz Nr. 303/2013 Gbl. (*zákon kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekonstrukce soukromého práva*) – besprochen von Petr Bohata, Neugestaltung des tschechischen Zivilrechts – Teil 6, in: *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 01/2014, S. 1-8.

⁶⁶ Karel Eliáš, *Nový občanský zákoník ve Sbírce zákonů*, in: *Právní rozhledy*, Bd. 7, 2012, S. 229-234, hier S. 230.

⁶⁷ Karel Eliáš, *Návrh občanského zákoníku: Obrat paradigmat*, in: *Právní rádce*, Nr. 1, 2010, S.4-13, S. 8.

⁶⁸ Es sind dies die Richtlinie 85/374/EWG vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte; die Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen; die Richtlinie 86/653/EWG vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter; die Richtlinie 87/344/EWG vom 22. Juni 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung; die Richtlinie 90/314/EWG vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen; die Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; die Richtlinie 97/55/EG vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung; die Richtlinie 98/6/EG vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse; die Richtlinie 1999/44/EG vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter; die Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr; die Richtlinie 2006/114/EG vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung; die Richtlinie 2008/122/EG vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher in Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen; die Richtlinie 2009/101/EG vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten für Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Abs. 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

4.3. Aufbau des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches

Das neue tschechische Bürgerliche Gesetzbuch ist in fünf Bücher aufgeteilt. Während sich die ersten zwei dem Personenrecht⁶⁹ widmen, behandeln die Bücher drei und vier die absoluten und relativen Vermögensrechte, das Buch fünf hat mit seinen Übergangsbestimmungen und abschließenden Bestimmungen einen legislativ-technischen Charakter. Diese Aufteilung folgt einer anthropozentrischen Vorstellung, mit anderen Worten: Im Fokus stehen der Mensch und seine Interessen – angefangen mit der rechtlichen Stellung des Individuums und gefolgt von den familienrechtlichen Fragen. Den Abschluss bilden die Vorschriften über die sein Vermögen betreffenden Rechtsbeziehungen sowie deren Schicksal nach seinem Tode.⁷⁰ „Technisch“ gesehen hielten sich die Autoren an die Prämisse, dass ein Paragraph höchstens zwei Absätze beinhalten darf und ein Absatz höchstens zwei Sätze. Thematisch ist der Stoff vom Allgemeinen zum Besonderen und vom Einfachen zum Komplexen geordnet.⁷¹

Desweiteren versucht man zu der klassischen (traditionellen) tschechischen Rechtsterminologie zurückzukehren. Die Bürgerlichen Gesetzbücher der Jahre 1950 und 1964 brachten viele künstlich geschaffene Begrifflichkeiten mit sich, von denen einige bis zum heutigen Tage überdauern – beispielsweise kehrte man zur „Geschäftsfähigkeit“ zurück (*svéprávnost*) und strich den von der kommunistischen Doktrin eingeführten Ausdruck der „Fähigkeit zu Rechtsgeschäften“ (*způsobilost k právním úkonům*).⁷²

⁶⁹ Im zweiten Buch kehrt das Familienrecht in das Bürgerliche Gesetzbuch zurück, das von 1949 bis zum Inkrafttreten des neuen BGB als selbständiges Gesetz geregelt war. Das Gesetz Nr. 265/1949 Gbl. über das Familienrecht (*zákon o právu rodinném*) entstand in enger Zusammenarbeit mit der damaligen Volksrepublik Polen und war weitgehend mit seinem polnischen Gegenstück (Familiengesetzbuch, Gesetz vom 27. Juni 1950 – *Kodeks rodzinny*, Dz.U.1950.34.308) identisch. Mehr dazu bei *Andrzej Dziadzio*, Polnisch-tschechoslowakische Zusammenarbeit bzgl. der Kodifikation des Familienrechts in den Jahren 1948-1950. Im Jahre 1964 trat ein neues Familiengesetz (*zákon o rodině*) in Kraft – Gesetz Nr. 94/1963 Gbl. – wobei aus seiner Regelung die Gütergemeinschaft ausgeklammert und in das Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1964 aufgenommen wurde.

⁷⁰ *Karel Eliáš et al.*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012, S. 51.

⁷¹ *Karel Eliáš et al.*, a.a.O., S. 52.

⁷² Weitere Beispiele und eine Vertiefung des Diskurses bezüglich der Rechtssprache bei *Karel Eliáš et al.*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012, S. 52-53. Der Text des entstehenden Bürgerlichen Gesetzbuches wurde von zwei Instituten bewertet. Ein Gutachten wurde durch das Institut für die Tschechische Sprache der Akademie der Wissenschaften der Tschechischen Republik erstellt (19.11.2008). Es charakterisierte den Text als: „allgemein gut verständlich, auch für einen normalen Bürger ohne juristische Ausbildung“. Das Institut äußerte sich auch nicht negativ bzgl. der (Wieder)Einführung älterer Begrifflichkeiten, die während der kommunistischen Zeit künstlich aus dem juristischen Verkehr beseitigt wurden, doch sollten diese dem Bürger näher erläutert und definiert werden. Der Bericht des Instituts für Tschechische Sprache der Akademie der Wissenschaften Tschechischen Republik ist unter: http://obcanskyzakonik.justice.cz/fileadmin/Jazykovy_posudek__Ustavu__pro_jazyk_cesky__Akademie_ve_d__ceske_republiky.pdf abrufbar, zuletzt abgerufen am 1.7.2014. Hingegen bezeichnete das Institut für Staat und Recht der Akademie der Wissenschaften der Tschechischen Republik die Einführung einer neuen Terminologie als radikal und hielt den Text für hoch fachlich, weshalb „dessen Eingliederung in die heutige Rechtsordnung extrem anspruchsvoll sein wird, sei es aus der Sicht der menschlichen wie der finanziellen Kosten“. *František Cvrček*, *Návrh nového občanského zákoníku (z hlediska jazykového a legislativně technického)*, in: *Soudce*, Nr.4, 2011, S. 7-13, hier S. 9.

4.4. Bedeutendste Neuigkeiten im Sachenrecht

Eine detaillierte Beschreibung aller Neuigkeiten und Veränderungen gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das bis zum 31.12.2013 in Kraft war, würde den Rahmen dieses Artikels sprengen. Der Akzent wird daher auf einige Beispiele aus dem Bereich des Sachenrechts gelegt, das zu den Bereichen des Bürgerlichen Rechts gehört, die während der kommunistischen Zeit die intensivsten Umgestaltungen erfuhren und dementsprechend neu gestaltet werden mussten.

4.4.1. Erweiterung des Katalogs der Sachenrechte

Die dinglichen Rechte folgen als drittes Buch (Absolute Vermögensrechte – *absolutní majetková práva*) den Allgemeinen Bestimmungen und der Regelung des Familienrechts (1. und 2. Buch). Dieses dritte Buch ist in sich wiederum in drei Abschnitte unterteilt; der erste Teil stellt gewissermaßen einen Allgemeinen Teil dar⁷³, der zweite widmet sich den dinglichen Rechten und der abschließende dritte Teil regelt das Erbrecht. So wie die meisten europäischen Zivilgesetzbücher wird auch das neue tschechische Bürgerliche Gesetzbuch vom Prinzip des *numerus clausus* beherrscht. Der Regelung des Besitzes folgen Vorschriften über folgende dingliche Rechte: das Eigentum inkl. des Miteigentums nach Bruchteilen, das Wohnungsmiteigentum, das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, Reallasten, Pfand- und Unterpfandrecht, Retentionsrecht, und die Treuhand. Diese Aufzählung bedeutet eine wesentliche Erweiterung des Sachenrechtskatalogs im neuen BGB.

In die erste Reihe der tschechischen Rechtsordnung kehrt das Erbbaurecht (§§ 1240-1256 tschech. BGB) als ein selbständiges⁷⁴ dingliches Recht zurück.⁷⁵ Dieses übertragbare, belastbare (§ 1252 Abs.1 tschech. BGB) und erbliche (§1253 tschech. BGB) Recht ermöglicht dem Bauherrn, ein Gebäude auf einem fremden Grundstück für höchstens 99 Jahre zu errichten (§ 1244 Abs.1 tschech. BGB). Das Erbbaurecht wird selbst als eine unbewegliche Sache behandelt, deren Bestandteil das Bauwerk ist (§ 1242 tschech. BGB). Der Grundstücks- und der Baueigentümer genießen das Vorkaufsrecht an der Immobilie

⁷³ Bereits im ersten Paragraphen des ersten Abschnitts des Buches „Absolute Vermögensrechte“ wird die *erga omnes* Wirkung der dinglichen Rechte zum Ausdruck gebracht: § 976 tschech. BGB: „Sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten die absoluten Vermögensrechte gegenüber jedermann“. Wobei lediglich das Gesetz feststellen kann, welche Rechte als absolut anzusehen sind (§ 977 tschech. BGB). Zu guter Letzt wird in diesem Teil noch ein weiteres wichtiges Prinzip normiert, nämlich dass eine von den Bestimmungen des dritten Buches abweichende vertragliche Vereinbarung nur dann Drittwirkung entfaltet, wenn dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht (§ 978 tschech. BGB).

⁷⁴ Manche Rechtsordnungen betrachten dieses Recht als eine Dienstbarkeit, doch entschieden sich die Schöpfer des neuen tschechischen BGB für eine Konzeption als selbständiges dingliches Recht, denn eine Dienstbarkeit setzt in der Regel ein Verhältnis zwischen zwei Grundstücken oder eine Bindung an eine Person voraus. Das Erbbaurecht kann dagegen hinsichtlich seiner Übertragbarkeit und Vererbbarkeit nicht auf diese Art und Weise eingeschränkt werden. *Eliáš et al.*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, S. 536.

⁷⁵ Seit dem Jahre 1964 bis zum Inkrafttreten des neuen tschechischen BGB gab es keine Möglichkeit, ein Erbbaurecht (*právo stavby*) zu begründen. Die speziellen Gesetze Nr. 86/1912 RGBl. und Nr. 88/1947 Gbl. wurden durch vereinfachte Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch des Jahres 1950 ersetzt und fanden sich im BGB des Jahres 1964 überhaupt nicht mehr. *Eliáš et al.*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, S. 535.

des jeweils anderen; eine abweichende Vereinbarung muss in das Liegenschaftskataster eingetragen werden (§ 1254 tschech. BGB).

Doch nicht nur bekannte und bewährte Rechtsinstitute fanden Eingang in die neue Privatrechtskodifikation, sondern auch neuartige Rechtsfiguren. Mit der Überschrift „Verwaltung des fremden Eigentums“ (*správa cizího majetku*; §§ 1400-1474 tschech. BGB) wird der sechste Unterabschnitt des zweiten Abschnitts des dritten Buches eingeleitet, der eine allgemeine Regelung für alle Typen der Verwaltung fremden Eigentums darstellt. Den Regelungen über die Treuhand⁷⁶ (*svěřenský fond*) wird die einfache und volle Verwaltung des fremden Eigentums als *lex generalis* vorangestellt. Diese Bestimmungen wurden dem *Code civil du Québec* (Artikel 1260 - 1370 CCQ) entnommen und zwar mit der Begründung, dass dieses charakterlich dem kontinentalen Recht nahestehe.⁷⁷ In seinem Charakter nähert sich die Treuhand⁷⁸ einer Stiftung, unterscheidet sich von ihr aber vor allem dadurch, dass sie keine juristische Person ist, nur zeitlich beschränkt existiert, ihr Zweck variabler sein kann und es an einer öffentlich-rechtlichen Aufsicht über sie fehlt.⁷⁹ Der gemeinnützig oder privat ausgerichtete treuhänderische Fond (§ 1449 Abs. 1 tschech. BGB) kann auf zweierlei Art und Weise begründet werden; zum einen durch Vertrag, zum anderen von Todes wegen (§ 1448 Absatz 1 tschech. BGB). Der Eigentümer sondert einen Teil seines Vermögens aus, so dass abgetrenntes und unabhängiges Eigentum entsteht⁸⁰, welches von einem treuhänderischen Verwalter bewirtschaftet wird (§ 1448 Absatz 2 tschech. BGB). Sein Begründer kann einen Begünstigten benennen, dem die Früchte und Nutzungen bzw. das Recht auf das Vermögen aus der Treuhand zukommen (§ 1457 Abs. 1 und 3 tschech. BGB).

In das neue Bürgerliche Gesetzbuch kehrt die traditionelle Aufteilung der dinglichen Lasten in Dienstbarkeiten und Reallasten zurück, die mit dem sog. mittleren BGB des Jahres 1950 aufgegeben worden war, welches diese zwei Kategorien unter dem Begriff der dinglichen Last vereinigte.⁸¹ § 1257 Abs. 1 tschech. BGB definiert traditionsgemäß

⁷⁶ Ein übersichtlicher, die tschechische Treuhand mit seinem quebecschen Muster vergleichender Artikel findet sich bei *Vlastimil Pihera*, *Nejpodivnější zvíře v lese – poznámky ke svěřenskému fondu*, in: *Obchodně-právní revue*, 10/2012, S. 278-282.

⁷⁷ *Karel Eliáš*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012, S. 580. Auch Rumänien orientierte sich bei der Regelung der Verwaltung des fremden Eigentums an der Fiducie im *Code civil du Québec*. *Christian Alunaru*, *Zum neuen Rumänischen Zivilgesetzbuch – Vertragsrechtlicher Teil*, in: *European Review on Contract Law*, 2010, Bd. 6, Heft 2, S. 197-216, hier S. 208.

⁷⁸ § 1448 Abs. 1 tschech. BGB: „Die Treuhand entsteht dadurch, dass Vermögen aus dem Eigentum des Treugebers ausgesondert wird, indem dieser das Vermögen zu einem bestimmten Zwecke durch Vertrag oder durch Verfügung von Todes wegen anvertraut und der Treuhänder sich verpflichtet, dieses Vermögen zu verwalten. Abs. 2. Durch die Begründung einer Treuhand entsteht ein eigenständiges und unabhängiges Eigentum an dem abgesonderten Vermögen und der Treuhänder ist verpflichtet, dieses Vermögen zu übernehmen und es zu verwalten. Abs. 3. Der Treuhänder übt die Eigentumsrechte an dem Vermögen im eigenen Namen auf Rechnung des treuhänderischen Fonds aus; die Treuhand ist aber kein Eigentum des Treuhänders, des Treugebers oder des Begünstigten, dem aus der Treuhand geleistet werden soll“.

⁷⁹ *Karel Eliáš*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012, S. 593. Ein ausführlicher Artikel, der Stiftung und Trust vergleicht, findet sich bei: *Kateřina Ronovská*, *Nadace a trust v kontinentální Evropě – pohled funkcionální*, in: *Obchodně-právní revue*, 7-8/2012, S. 202-206.

⁸⁰ Dieses Eigentum gehört weder dem Begründer des Trusts noch dem Begünstigten oder dem Verwalter. (§ 1448 Abs. 3 tschech. BGB).

⁸¹ Das nachfolgende Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1964 widmete diesen sogar lediglich zwei Paragraphen. Von 1964 bis zur Novelle des Jahres 1982 (Gesetz Nr. 131/1982 Gbl.) war des Weiteren die Entstehung dinglicher Lasten ausschließlich ex lege möglich. Andere Entstehungsgründe – vor allem eine

eine Dienstbarkeit als ein dingliches Recht, dass eine Sache so einschränkt, dass ihr Eigentümer zu Gunsten einer anderen etwas dulden oder unterlassen muss. Dank der breiten Definition der Sache⁸² können mit Dienstbarkeiten nicht nur unbewegliche Sachen belastet werden, sondern auch bewegliche Sachen, ein Teil einer Sache oder ein Bruchteil.⁸³ Es besteht kein *numerus clausus* der Dienstbarkeiten, die in Grunddienstbarkeiten⁸⁴ und persönliche Dienstbarkeiten⁸⁵ aufgeteilt sind; die Aufzählung einzelner Gestaltungen im Gesetzestext ist lediglich beispielhaft.⁸⁶ Das neue Bürgerliche Gesetzbuch löst sich von der römisch-rechtlichen Regel *nemini res sua servit*, wenn es in seinem § 1257 Abs. 2 tschech. BGB die Bestellung einer Dienstbarkeit zu Gunsten eines anderen Grundstücks des gleichen Eigentümers ermöglicht.⁸⁷ Bei den in ein öffentliches Register eingetragenen Sachen entsteht die Dienstbarkeit durch die Eintragung in dieses (§ 1262 Abs.1 tschech. BGB). Bei nicht eingetragenen Sachen entsteht die Dienstbarkeit bereits mit der Wirksamkeit des Vertrags (§ 1262 Abs. 2 tschech. BGB).

4.4.2. Einführung des Konsensualprinzips und des gutgläubigen Eigentumserwerbs

Wenn die Parteien nichts anderes vereinbart hatten, wurde bislang das Eigentumsrecht an einer beweglichen Sache durch die Übergabe der Sache übertragen (§ 133 Abs. 1 tschech. BGB 1964).⁸⁸ Durch § 1099 tschech. BGB kommt es zur Übertragung des Eigentumsrechts bereits mit der Wirksamkeit des Vertrages. Die Autoren des neuen BGB sehen im Konsensualprinzip einen Ausdruck der Freiheit des Einzelnen, welche sich zivilrechtlich in der Privatautonomie konkretisiert; es solle aber auch eine gewisse Praktikabilität im wirtschaftlichen Verkehr gewährleistet werden. Zu guter Letzt entspreche dieses Prinzip auch eher dem breiten, nicht auf körperliche Gegenstände beschränkten Begriff der

vertragliche Vereinbarung – waren ausgeschlossen. Die Parteien versuchten diese Situation vielfach dadurch zu umgehen, dass sie auf gesetzlich nicht typisierte Verträge (§ 51 des tschech. BGB 1964) zurückgriffen, was natürlich den Nachteil mit sich brachte, dass diese lediglich schuldrechtliche, aber keine dinglichen Wirkungen begründeten. Diese Situation war misslich, sodass man eine vertragliche Begründung dinglicher Lasten wieder zulassen musste. Näheres bei *Albert Bradáč*, *Věcná břemena od A do Z*, 4. Aufl., Prag 2009, S. 31-38.

⁸² Vgl. Abschnitt 4.4.4. Sachbegriff, *superficies solo cedit* und Tiere.

⁸³ *Jiří Spáčil et alii*, *Občanský zákoník III. Věcná práva* (§ 976-1474). Komentář, 1. Aufl., Praha 2013, S. 908.

⁸⁴ Dienstbarkeit der Ingenieurnetze (*služebnost inženýrské sítě* – § 1267ff tschech. BGB), Stütze fremden Baus (*opora cizí stavby* – § 1269 tschech. BGB), Dienstbarkeit der Dachtraufe (*služebnost okapu* – § 1270 tschech. BGB), Recht auf die Ableitung des Regenwassers (*právo na svod dešťové vody* – § 1271 tschech. BGB), das Recht, Wasser zu schöpfen (*právo na vodu* – § 1272 tschech. BGB), Dienstbarkeit des Vergießens/ der Überflutung (*služebnost rozlivu* – § 1273 tschech. BGB), Fußsteig, Viehtrieb und Fahrweg (*služebnost stezky, průhonu a cesty* – § 1274 tschech. BGB), Weiderecht (*právo pastvy* – § 1278 tschech. BGB).

⁸⁵ Gebrauchsrecht (*užívací právo* – § 1283 ff tschech. BGB), Nießbrauch (*požívací právo* -§ 1285 ff tschech. BGB), Wohnrecht (*služebnost bytu* – § 1297 ff tschech. BGB).

⁸⁶ *Eliáš et al.*, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, S. 541.

⁸⁷ Da das Gesetz keine Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer solchen Bestellung formuliert, wird davon ausgegangen, dass eine einseitige Erklärung des Grundstückseigentümers unter Einhaltung der gleichen Anforderungen welche an einen Vertrag (§ 1260 Abs. 1 tschech. BGB) gestellt werden, ausreichend sein sollte. *Jiří Spáčil et alii*, *Občanský zákoník III. Věcná práva* (§ 976-1474). Komentář, 1. Aufl., Praha 2013, S. 916. Zu anderen Erwerbsgründen gehören neben dem Vertrag die Verfügung von Todes wegen, die Ersitzung, der gesetzliche Erwerb oder die Entscheidung eines staatlichen Organs (§ 1260 Abs. 1 tschech. BGB).

⁸⁸ Dies gilt jedenfalls, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder das Gesetz etwas anderes vorschreibt.

Sache.⁸⁹ Für die unbeweglichen Sachen gilt nach wie vor, dass das Eigentumsrecht erst mit der Eintragung in das Liegenschaftskataster auf den Erwerber übergeht (§ 1105 tschech. BGB).

Mit den Modalitäten der Übertragung des Eigentumsrechts verknüpft ist der gutgläubige Erwerb. Das bis Ende des Jahres 2013 geltende tschechische BGB basierte durchweg auf dem Grundsatz „*nemo ad alienum plus iuris transferre potest, quam ipse habet*“. Nach dem bis zum 21.12.2013 geltenden tschechischen BGB war es also unmöglich, Eigentum von einem Nichteigentümer zu erwerben. Es wurde das Interesse des Eigentümers geschützt und es existierten nur wenige Ausnahmen⁹⁰. Das neue Bürgerliche Gesetzbuch ermöglicht dagegen den Erwerb einer Sache von einem Unberechtigten. In den im § 1109 lit. a-f tschech. BGB aufgezählten Situationen⁹¹ wird der gute Glaube des Käufers an die Berechtigung des Verkäufers, das Eigentumsrecht zu übertragen, vermutet. Neben dem guten Glauben wird noch ein wirksamer Titel verlangt. Bei gebrauchten beweglichen Sachen, die von einem Unternehmer gekauft wurden, dessen Geschäft im Handel mit solchen Sachen besteht, wird dem ursprünglichen Eigentümer die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb von drei Jahren die Sache zu vindizieren, wenn er beweisen kann, dass ihm die Sache willkürlich entwendet wurde oder dass er sie verloren hat (§1110 tschech. BGB). In anderen Fällen, etwa wenn jemand eine Sache von einem Unternehmer außerhalb von dessen gewöhnlicher unternehmerischer Tätigkeit erwirbt⁹², muss der Erwerber seinen guten Glauben bezüglich der Berechtigung des Verkäufers, das Eigentumsrecht zu übertragen, beweisen⁹³ (§ 1111 tschech. BGB).

4.4.3. Besitz des Eigentumsrechts

Einen eigenen Weg schlägt das neue tschechische Bürgerliche Gesetzbuch im Hinblick auf die Regelung des Besitzes ein. Die Schöpfer des neuen BGB griffen zu einer Konzeption des Besitzes, die in der Periode zwischen den zwei Weltkriegen geschaffen und in den Regierungsvorschlag des Jahres 1937 eingefügt wurde, die aber nie ins Leben trat. Dieser folgend arbeitet man mit dem Begriff des Rechtsbesitzes, wobei der Sachbesitz als Besitz des Eigentumsrechts verstanden wird.⁹⁴ Damit wird eine übergeordnete Kategorie des

⁸⁹ Karel Eliáš, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012, S. 471.

⁹⁰ Vgl. Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

⁹¹ Öffentliche Versteigerung, Erwerb der Sache von einem Unternehmer im Rahmen von dessen unternehmerischer Tätigkeit und im Rahmen des üblichen Handelsverkehrs, Erwerb der Sache gegen Entgelt von jemandem, dem der Eigentümer die Sache anvertraut hat, Erwerb der Sache von einem unberechtigten Erben, dessen Erbenstellung öffentlich bestätigt wurde, Erwerb der Sache im Rahmen eines Geschäftes mit Investitionsmitteln oder mit Inhaberpapieren, Erwerb der Sache an einer Warenbörse.

⁹² Karel Eliáš, *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*, Ostrava 2012, S. 481.

⁹³ Hier findet man also eine Ausnahme von der Vermutung des guten Glaubens, die in § 7 tschech. BGB niedergelegt ist („Es wird angenommen, dass derjenige, der auf eine bestimmte Art und Weise handelte, dies redlich und im guten Glauben tat“). Bohuslav Petr, *Zásada „nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet“ a problematika nabývání od nevládníka*, in: *Právní rozhledy*, 20/2012, S. 695-703, hier S. 702.

⁹⁴ Für manche Rechtswissenschaftler hatte die Vereinigung der Formen des Besitzes im Oberbegriff des Rechtsbesitzes schon zur Zeit des Regierungsvorschlages (1937) „keine größere als eine terminologische Bedeutung“. Egon Weiss, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für die Tschechoslowakische Republik*, in: *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 7/1933, S. 526-545, hier S. 539.

Besitzes geschaffen, die sich in zwei Bereiche aufspaltet – in den Besitz des Eigentumsrechts und den Besitz anderer Rechte. Die Generalklausel des Besitzes beschreibt den Besitzer als denjenigen, der ein Recht für sich ausübt (§ 987 tschech. BGB). Das Eigentumsrecht besitzt dann derjenige, der eine Sache in den Besitz genommen hat, um sie wie ein Eigentümer zu besitzen (§ 989 Abs. 1 tschech. BGB). Besitzer eines anderen Rechts ist derjenige, der dieses Recht zuerst ausübte oder derjenige, welcher dieses Recht von Gesetzes wegen innehat oder an den andere Personen im Einklang mit dem Gesetz leisten (§ 989 Abs. 2 tschech. BGB). Die beim Sachbesitz übliche *corporalis possessio* wird durch die wiederholte Ausübung des Rechts ersetzt. Zur Begründung des Besitzes reichen eine einmalige Ausübung und die Möglichkeit der nächsten Ausübung dieses Rechts aus.⁹⁵ Für den *animus possidendi* ist entscheidend, dass der Besitzer davon überzeugt ist, dass er das Recht für sich selbst ausübt und nicht etwa aus Not oder aufgrund einer allgemeinen rechtlichen Gestattung. § 988 Abs. 1 tschech. BGB beantwortet die Frage, welche Rechte man besitzen kann. Es sind solche, die eine dauernde und wiederholte Ausübung erlauben und die übertragbar⁹⁶ sind. Darunter fallen also das Eigentumsrecht, das Miteigentumsrecht, das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, die Reallasten, das Pfandrecht, das Retentionsrecht und das Mietrecht. Bislang sprach man von einem berechtigten⁹⁷ und einem unberechtigten Besitz; entscheidend war der gute Glaube des Besitzers. Der berechtigte Besitz wandelte sich mit der Neuregelung zum sogenannten „redlichen“⁹⁸ Besitz (*poctivá držba*). Es wurden darüber hinaus zwei weitere Besitzkategorien eingeführt und zwar der rechtmäßige⁹⁹ (*řádná držba*) und der echte¹⁰⁰ Besitz (*pravá držba*). Dem Besitzer stehen, so wie es in den meisten Rechtsordnungen der Fall ist, Selbsthilfe (§ 1006 tschech. BGB), eine possessorische Klage (§ 1007 tschech. BGB) und die *actio Publiciana* (§ 1007 tschech. BGB) zur Verteidigung seines Status zur Verfügung. Der Detentor wird nach der Bestimmung des § 1044¹⁰¹ tschech. BGB wie ein echter, rechtmäßiger und redlicher Besitzer geschützt. In der Literatur wurde allerdings die Frage aufgeworfen, ob

⁹⁴ Desweiteren wurde damals die erschwerte Verständlichkeit dieses neuen Konzeptes des Besitzes selbst für akademisch gebildete Nichtjuristen unterstrichen. *Ernst Swoboda*, Der Besitz im neuen bürgerlichen Recht, in: *Jan Krčmář* (Hrsg.), *Randův jubilejní památník*, Prag 1934, S. 237-250, hier S. 244.

⁹⁵ *Petr Bělovský*, *Držba práva a držba vlastnického práva*, in: *Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám*, Praha 2009, S. 49-59, hier S. 56.

⁹⁶ Es gibt von dieser Regel einige Ausnahmen. So können etwa persönliche Dienstbarkeiten und Grunddienstbarkeiten nicht übertragen werden (§ 1265 Abs. 2 tschech. BGB), sind aber Gegenstand des Besitzes.

⁹⁷ § 130 Abs. 1 tschech. BGB 1964: „Ist der Besitzer unter Berücksichtigung aller Umstände in gutem Glauben darüber, dass ihm die Sache oder das Recht gehört, so ist er berechtigter Besitzer. In Zweifelsfällen wird angenommen, dass der Besitz berechtigt ist“.

⁹⁸ § 992 Abs. 1 tschech. BGB: „Wer aus einem überzeugenden Grunde denkt, dass ihm das von ihm ausgeübte Recht gehöre, ist ein redlicher Besitzer. Unredlich besitzt derjenige, der weiß oder der aus den Umständen hätte erkennen müssen, dass ihm das ausgeübte Recht nicht gehört“.

⁹⁹ § 991 tschech. BGB: „Der Besitz ist rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Rechtstitel beruht. Wer den Besitz unmittelbar ergreift, ohne damit einen fremden Besitz zu stören oder wer den Besitz mit Zustimmung des vorherigen Besitzers oder aufgrund des Urteils eines Organs der öffentlichen Gewalt ergreift, ist ein rechtmäßiger Besitzer“.

¹⁰⁰ Der echte Besitz wurde nicht *vi vel clam vel precario* ergriffen – § 993 tschech. BGB: „Wird nicht bewiesen, dass sich jemand willkürlich den Besitz verschaffte oder ihn heimlich oder durch List erlangte oder dass jemand versucht, das Prekarium in ein dauerhaftes Recht umzuwandeln, dann handelt es sich um einen echten Besitz“.

¹⁰¹ § 1044 tschech. BGB: „Hat jemand die Sache bei sich, ohne dass er die Bedingungen der Vermutung des § 1043 erfüllt, kann er das dem Eigentümer gehörende Recht auf Schutz im eigenen Namen geltend machen“.

diese letzte Bestimmung überhaupt notwendig sei, denn warum sollte sich der Detentor nicht als Eigentümer eines Rechts gegen Dritte wehren können?¹⁰²

4.4.4. Sachbegriff, *superficies solo cedit* und Tiere

Der Begriff der Sache erfuhr eine grundlegende Änderung. Es sei angemerkt, dass bis zum 1.1.2014 keine Legaldefinition der Sache im tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuch existierte; die allgemein anerkannte Definition war allein von der Lehre geschaffen worden. Sie verstand unter einer Sache im Rechtssinne einen beherrschbaren und nützlichen körperlichen Gegenstand (*res corporales*). Unter diese Definition wurden auch die beherrschbaren und nützlichen Naturkräfte subsumiert.¹⁰³ Als eigentumsfähige Objekte galten lediglich die *res corporales* sowie Wohnungen und nicht zu Wohnzwecken genutzte Räumlichkeiten. Hinsichtlich der Vermögensrechte (wie bspw. einer Forderung) oder anderer Vermögenswerte (wie bspw. immateriellen Gütern) sprach man lediglich unspezifisch von „Rechten“ an diesen.¹⁰⁴ Mit dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch kehrt eine Legaldefinition der Sache in die tschechische Rechtsordnung zurück. Dabei wurde die „breite“ Auffassung des ABGB übernommen, d.h., dass man demnächst alles eine Sache im rechtlichen Sinne nennt, was keine Person ist und dem Gebrauch der Menschen dient (§ 489 tschech. BGB). Damit wurde die bis zum Inkrafttreten des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches bestehende und oben erwähnte „Troika“ der Objekte zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse – Sachen, Rechte und andere Vermögenswerte – aufgehoben.¹⁰⁵ Zugleich wurde auch die Auffassung aufgegeben wonach dingliche Rechte nur an einer existierenden, individuell bestimmten und ungeteilten Sache begründet werden können.¹⁰⁶ Rechte selbst werden nunmehr als unkörperliche Sachen angesehen (§ 496 Abs. 1 tschech. BGB), auch wenn sich die Bestimmungen des sachenrechtlichen Teils des BGB lediglich auf solche Rechte beziehen, die eine dauernde oder wiederholte Ausübung erlauben (§ 979 tschech. BGB). Obwohl der Begriff der Sache so umfassend konzipiert wurde, kann man davon ausgehen, dass, so wie im Falle der österreichischen Kodifikation, „viele Regeln des Sachenrechts dennoch nur für solche Sachen gelten [werden], die physische Innehabung und damit tatsächliche Beherrschbarkeit ermöglichen“.¹⁰⁷

Das Bürgerliche Gesetzbuch des Jahres 1964 arbeitete lediglich mit der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen; weitere Kategorien kannte das Gesetz nicht, wenn solche auch von der Lehre erarbeitet wurden. Das neue BGB korrigiert dies

¹⁰² Ondřej Horák, Petr Dostálík, Věc v právním smyslu v novém občanském zákoníku z právněhistorické perspektivy, in: Časopis pro právní vědu a praxi, I/2013, S. 14-21, hier S. 17.

¹⁰³ Jiří Švestka, Jan Dvořák et alii, Občanské právo hmotné, 5. Aufl., Prag 2009, S. 239.

¹⁰⁴ Jiří Švestka, Jan Dvořák et alii., a.a.O., S. 280.

¹⁰⁵ Ein anderer Vermögenswert war alles, was keine Sache war. Diese Gegenstände waren nicht körperlich, sie waren aber auch kein Recht, da sie mehr als ein Recht repräsentierten. Darunter fielen komplexe Bündel von Rechten (oder von Rechten und Pflichten) wie zum Beispiel Bruchteile, Geschäftsanteile, Anteile an Genossenschaften, Geschäftsgeheimnisse, Know-how sowie Rechte des geistigen Eigentums und des Industrieigentums. Vermögenswerte konnten Objekte von Rechtsgeschäften und Verfügungen sein, aber nur soweit es ihr Charakter zuließ – ein Geschäftsanteil etwa konnte übertragen, aber nicht ausgeliehen werden. Dazu und zu weiteren Beispielen: Karel Eliáš, Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Bd. 1, §1-487, Praha 2008, S. 471.

¹⁰⁶ Jiří Švestka, Jan Dvořák, Občanské právo hmotné, 5. Auflage, Praha 2009, S. 274.

¹⁰⁷ Peter Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis, 6. Aufl., Wien 2005, S. 94.

und regelt neben den beweglichen und unbeweglichen Sachen (§ 498 tschech. BGB¹⁰⁸) auch die körperlichen sowie die nicht körperlichen Sachen (§ 496 Abs. 1 und 2 tschech. BGB¹⁰⁹), die vertretbaren Sachen (§ 499 tschech. BGB¹¹⁰), die verbrauchbaren Sachen (§ 500 tschech. BGB¹¹¹) und die Gesamtsache (§ 501 tschech. BGB¹¹²). Aber auch weitere Kategorien werden definiert, wie etwa das öffentliche Gut (§ 490 tschech. BGB¹¹³), Früchte und Nutzen (§ 491 Abs. 1 und 2 tschech. BGB¹¹⁴) oder die Unterscheidung zwischen den „Aktiva“ (*majetek*, im Sinne dessen, was einer Person gehört) und dem Gesamtvermögen (*jmění*, als Summe der Aktiva und der Schulden einer Person – § 495 tschech. BGB).

Hinsichtlich der Regelungen zu den Bestandteilen einer Sache kommt es zu einer großen Umstellung. Die Definition des Bestandteils an sich ändert sich nicht, dafür kehrt der Bestandteil eines Grundstücks in seiner Ausgestaltung zur vorherrschenden europäischen Rechtstradition zurück. Die durch das „mittlere“ BGB aufgehobene *superficies solo cedit*-Regel wird wieder in die Tschechische Rechtsordnung eingeführt. Mit dem Inkrafttreten des neuen BGB wurden – unter der Bedingung, dass der Grundstückseigentümer und der Gebäudeeigentümer die gleiche Person sind – *ex lege* alle Gebäude zum Bestandteil des Grundstücks (§ 3054 tschech. BGB). Im umgekehrten Fall blieben die Gebäude selbständige Sachen (§ 3055 Abs. 1 tschech. BGB) und den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks bzw. des Gebäudes wurde bezüglich des Grundstücks respektive des Gebäudes ein dingliches Vorkaufsrecht zugestanden (§ 3056 Absatz 1 tschech. BGB), das gegenüber jedem anderen Erwerber wirkt. Wird vom Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht, kommt es zur Vereinigung des Grundstücks und des Gebäudes in der Hand eines Eigentümers und das Gebäude wird zum Bestandteil des Grundstücks (§ 3058 Absatz 1 tschech. BGB).

¹⁰⁸ § 498 Abs. 1 tschech. BGB: „Unbewegliche Sachen sind Grundstücke und unterirdische Bauten mit einem eigenständigen Zweck sowie dingliche Rechte an diesen und Rechte, welche das Gesetz für unbeweglich erklärt. Folgt aus einer anderen Rechtsvorschrift, dass eine bestimmte Sache kein Bestandteil des Grundstücks ist und kann eine solche Sache nicht wegbewegt werden, ohne dass sie in ihrem Wesen beschädigt wird, ist auch diese Sache unbeweglich“.

2. Alle anderen Sachen, egal ob ihr Wesen körperlich oder unkörperlich ist, sind beweglich“.

¹⁰⁹ § 496 Abs. 1 tschech. BGB: „Körperliche Sache ist jeder beherrschbare Teil der äußeren Welt, der den Charakter eines selbständigen Gegenstandes hat. Abs. 2. Immaterielle Sachen sind Rechte, deren Natur es zulässt und andere Sachen ohne körperliche Substanz“.

¹¹⁰ § 499 tschech. BGB: „Eine bewegliche Sache, die durch eine andere Sache der gleichen Gattung ersetzt werden kann, ist vertretbar; andere Sachen sind nicht vertretbar. In Zweifel wird dies nach der Verkehrsauffassung beurteilt“.

¹¹¹ § 500 tschech. BGB: „Eine bewegliche Sache, deren übliche Benutzung in ihrem Verbrauch, ihrer Verarbeitung oder Veräußerung besteht, ist verbrauchbar; verbrauchbar sind auch solche Sachen, die einem Lager oder einer anderen Mehrheit von Gegenständen zugehören, wenn ihre übliche Benutzung darin besteht, dass sie einzeln verkauft werden. Andere Sachen sind nicht verbrauchbar“.

¹¹² § 501 tschech. BGB: „Eine Gruppe von mehreren Sachen, die derselben Person gehören und die als ein Gegenstand angesehen werden und eine gemeinsame Bezeichnung tragen, werden für eine Gesamtheit gehalten und stellen eine Gesamtsache dar“.

¹¹³ § 490 tschech. BGB: „Eine zur allgemeinen Nutzung bestimmte Sache ist ein öffentliches Gut“.

¹¹⁴ § 491 Abs. 1 tschech. BGB: „Eine Frucht ist das, was eine Sache ihrer Natur nach regelmäßig hervorbringt, wie sie sich aus ihrem gewöhnlichen Bestimmungszweck ergibt und diesem angemessen ist, sei es mit Zutun des Menschen oder ohne dieses“.

Abs. 2. Nutzungen sind regelmäßige Erträge, die aus dem Rechtscharakter der Sache fließen“.

Das mit dem Immobilienrecht verbundene Prinzip der materiellen Publizität entfaltet sich im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch in seiner vollen Wirkung, sodass eine Person, die im guten Glauben an die Eintragungen im Liegenschaftskataster ein dingliches Recht entgeltlich erwirbt – mit anderen Worten, von jemandem, der im Liegenschaftskataster als Eigentümer eingetragen ist – tatsächlich Eigentum an diesem erlangt (§ 984 Abs. 1 tschech. BGB).¹¹⁵

Als Schlusspunkt sei auf folgende Neuerung hingewiesen: Die bisher unter die beweglichen Sachen gefassten Tiere werden von ihrer „Sacheigenschaft“ im neuen BGB zwar befreit, doch sollen auf sie weiterhin die Bestimmungen über Sachen Anwendung finden, sofern diese dem Charakter als Tier nicht widersprechen (§ 494 tschech. BGB).

Fazit

Lassen wir zum Schluss die Zahlen sprechen. 138 Jahre galt das österreichische ABGB auf dem historischen Gebiet der heutigen Tschechischen Republik. Für 64 Jahre schlug das tschechische Recht seinen eigenen Weg ein – das mittlere BGB blieb 14 Jahre in Kraft, das BGB des Jahres 1964 galt in seiner durch die große „marktwirtschaftliche“ Novelle (1991) und durch über 60 weitere Novellierungen abgeänderten Form insgesamt 50 Jahre. Die Geschichte des neuen tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuches beginnt im Jahre 2014.

¹¹⁵ Die Wirkung der materiellen Publizität tritt erst ein Jahr nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, also zum 1.1.2015, ein (§ 3064 tschech. BGB).

Real property in Cyprus in search of an identity

von

Ass.-Prof. Tatiana-Eleni Synodinou, Zypern

Introduction; I. Main characteristics of the Cypriot law of real property; A. The concept of real property and its acquisition: the marginalization of common law; 1- The general principle of section 4 of Cap 224: the autonomy of Cypriot real property law; 2- Analysis of the regime of real rights in Cyprus; 3- Acquisition of property rights: between formalism and equity; B. Protection of real property: the predominance of common law; II. The Cypriot problem and its consequences for real property law; A. The legal framework of State tutelage; B. The international and EU dimension of the regime of property rights; Conclusion

Introduction

The topic of this paper is the identity of Cypriot real property law. The theme itself hides two main paradoxes.

Firstly, when the identity of a branch of the law is at stake, this is normally the case for relatively new legal disciplines, as was once the case with intellectual property law and perhaps with computer law nowadays. In this vein, seeking the identity of land law, one of the oldest legal disciplines, seems *prima facie* strange.

Secondly, looking for the identity of Cypriot real property law might also be the source of another controversy. Indeed, the concept of identity itself is deemed to describe a bundle of common elements that could serve as a basis for identification and classification. Nonetheless, in reality the situation may be more complex. As a result, it would have been better to discuss it not in terms of a sole identity but of a plurality of identities.

Essentially, when determining the nature of a legal system, the most significant factor is the historical one. It is generally accepted that the historical element was crucial for the development of the classic division between common law and the continental law¹. It is also a widely held that the history of a country determines its legal system, at least to some extent. So naturally, in a country such as Cyprus, that has known many different conquerors, the legal system has necessarily been formed by various influences. As we shall show, the diversity of influences plays a major role in the specific case study of the law of real property. Indeed, modern Cypriot land law appears to be a peculiar amalgam that has incorporated elements of Roman law, Ottoman law, English law and Greek law. This mixed legal identity is going to be discussed in (I) the first part of this paper through an analysis of the concept of real property and the mechanisms of (A) acquisition and (B) protection of real property in Cyprus.

¹ See: Th. Lundmark, *Charting the divide between common law and civil law*, OUP, 2012.

Nonetheless, in addition to being a crossroads of influences, Cypriot property law presents two other dimensions which externalize the debate about its identity beyond the strict boundaries of private law. The tragic fact of the occupation of part of the island severely impacts on the status of real property rights and acts as a driving force towards a “constitutionalization” and “internationalization” of Cypriot land law. The compulsory synergy between private law, public law and international law in the field of Cypriot property law is examined in the second part of this paper (II).

I. MAIN CHARACTERISTICS OF THE CYPRIOT LAW OF REAL PROPERTY

Cypriot real property law is an interesting mixture of principles and components derived from diverse legal traditions. Nevertheless, this diversity is characterized by a clear dichotomy. The creation and acquisition of real property rights have, with the major exception of trusts, been mainly inspired by the principles of the continental law tradition (A), while the protection of real property is formulated on the prototype of English tort law (B).

A. The concept of real property and its acquisition: the marginalization of common law

1 - The general principle of section 4 of Cap 224: the autonomy of Cypriot real property law

The regulation of “land” in the Cypriot legal system is built on a fundamental contradiction. While the meaning of the concept of land itself, as established in the statutory definition of land, bears significant conceptual similarities to the relevant definition in the UK, the significance of this finding is undermined by a statutory aphorism. Indeed, on the basis of section 4 of Cap. 224², the application of common law and of the law of equity is prohibited as regards the creation and acquisition of property rights in respect of land³.

Cypriot law, contrary to the civil law tradition, does not regulate private law in a codified text, such as in a Civil Code, but it recognizes and regulates property rights via various specific statutes. Moreover, it does not contain the notion of “thing” (“chose”), but is concentrated on the concept of “land”⁴. Consequently, there is a clear distinction between the regulation of the possession and acquisition of movables and immovables, the first being regulated by contract law, such as the legislation covering sales of goods, while the second constitutes the subject matter of the law of real property (land law).

The concept of immovable property is found in the basic law about real property, the Cap 224. Article 2 of Cap 224 establishes a comprehensive and complex definition of “immovable property” that includes land, buildings and fixtures, trees, springs, wells, water and water rights whether held together with, or independently of, any land, privileges, liberties, easements and any other rights and advantages whatsoever appertaining or reported to appertain to any land, an undivided share in any property herein before set out, land

² Immovable Property (Tenure, Registration and Valuation) Law, Cap. 224.

³ For an analysis of Cypriot land law, see: T. Synodinou, *Cypriot real property law*, Land, Sakkoulas editions, Athens-Thessaloniki, 2011 (in Greek).

⁴ See article 2 of. Cap. 224. The definition of “land” in article 2 presents certain similarities to the definition of “land” in section 205 (1) (ix) of the UK Law of Property Act of 1925.

created after backfilling sea etc. So, as in the case of the definition of “land” in English land law⁵, “immovable property” includes both corporeal and incorporeal components, such as easements, water rights and “profits a prendre”.

Nonetheless, as has already been mentioned, in an intellectual exercise of determining the identity of the Cypriot law of real property, these methodological and conceptual connections could not be considered decisive. These similarities are seriously challenged by section 4 of Cap. 224, which provides for the exclusion of common law and the law of equity, at least to some degree, from Cypriot land law. Section 4 provides that no estate, interest or right in any immovable property shall be created, acquired or transferred except under the provisions of Cap. 224. As a consequence, it is not possible to create, acquire or transfer property rights over immovable property on the grounds of common law and the law of equity. Therefore, section 4 introduces an important departure from section 29 (1) (c) of the Cypriot Courts of Justice Law that provides for the general application of English common law and equity law in Cyprus.

Section 4 of Cap. 224 has a long history, since it was promulgated as a reaction to the decision of Judge Halinnan in the case of *Agni Kontou v. Maria Parouti*, which attempted to expand the application of English law to the Cypriot law of real property⁶. While section 4 introduces also certain exceptions, the most important of them being the case of trusts⁷, the exclusion of English common law and the law of equity was affirmed constantly by Cypriot case law⁸, such as in the case of proprietary estoppel⁹. In this context, the Cypriot Supreme Court has affirmed that the influence of English law shall be accepted only in respect of principles that derive from Roman law and are, as a result, common in Ottoman law and English law, such as in the case of easements. Consequently, courts must be very careful when the parties invoke English case law, even as persuasive precedent, due to the particular features of the Cypriot law of real property that differentiate it from English land law¹⁰.

In this context, the creation and acquisition of property rights in respect of land are probably one of the most representative illustrations of the development of an autonomous legal regulation that could be considered as a parenthesis in the dominance of English law in the field of Cypriot private law.

⁵ K. Gray and S. F. Gray, *Elements of Land Law*, OUP, 5th edition, 2009, p. 13.

⁶ *Agni Kontou v. Maria Parouti*, February 6, 1953, 19 C.L.R. 172: “*The combined effect of the Immovable Property Law and the Courts of Justice Law might well be that, since the law of the Ottoman Land Code has ceased to apply, and as no other provision has been made, the path is clear for the application of common law*”.

⁷ For the exception established by article 4 in respect of trusts, see: *Nitsa Militiadous v. Kriton Militiadous* (1982) 1 C.L.R. 797; *Odysseos v. Pierris Estates and others* (1982) 1 C.L.R. 557.

⁸ See: *Aspasia Millington–Ward v. Chloi Roubina* (1970) 1 C.L.R. 88; *Cyprus Cinema & Theatre Co. Ltd v. Christodoulos Karmiotis* (1967) 1 C.L.R. 42; *Hadjikyriakou v. Fina (Cyprus) Ltd* (1978) 2 J.S.C. 322.

⁹ Accordingly, the decision of the Cypriot Supreme Court in the case *Vereggaria Papakokkinou v. Dimou Paphou* (1998), 1 Δ A.A.Δ. 2398 reversed controversial earlier case law that affirmed the contrary (*Navsika Stylianou and others v. Kyriacos Papacleovoulou and another* 1 C.L.R. 542.).

¹⁰ *Andreas Gheorgiou v. Kyriakou Gheorgiou Andrea*, (1998) 1 Δ A.A.Δ 2311.

2 - Analysis of the regime of real rights in Cyprus

a) *The concept of “real rights”*

First of all, in order to analyze the recognition and the nature of real property rights in Cyprus, it is necessary to refer to the main conceptual features of the category of real rights. Real rights are generally described as absolute and exclusive rights which offer a direct power in respect of things (movable and immovable), in the sense that they entitle the right holder to assert the content of the right *erga omnes* and to exclude others from interfering with their right¹¹. These rights are also generally transferable.

Cypriot real property law does not contain an official enumeration and classification of real rights. The concept of real rights is not established in law¹², but it is only indirectly and partially recognized via sporadic references to the relevant concept of “rights *in rem*” in Cypriot case law¹³. Accordingly, Cap. 224 does not contain any definition or list of real rights.

Despite the lack of express recognition and enumeration of real rights in Cypriot real property legislation, Cap. 224 contains in disparate sections legal regulation governing specific types of “property rights” (both estates and interests in respect of land). Taking as a starting point the main conceptual elements of real rights (mainly the absolute effect, the excludability *erga omnes* and the transferability) it could be advanced that Cap. 224 recognizes a series of rights which could be defined as real rights even if they are not expressly named as such in law, the most powerful and significant of them being the right of “private ownership”. Except for “private ownership”, the right of possession¹⁴, easements, usufruct and habitation rights¹⁵, “*profits à prendre*” and the rights created by long-term leasehold¹⁶ and restrictive covenants¹⁷ that have been registered in the Land Registry could also be classified as real rights.

It is interesting to analyze a little further the specific cases of long-term leasehold and of restrictive covenants as a source of real rights, since in both cases the acquisition of the

¹¹ See T. Synodinou, *Land law in Cyprus*, Sakkoulas Editions, Athens-Thessaloniki, 2011, p. 5-6 (in Greek).

¹² See on the other hand art. 973 of the Greek Civil Code that defines a real right (or right *in rem*) as a right securing over a thing a direct power that can be invoked against all persons. For the Greek law of property see: Y. Karibali-Tsipsiou, *Property and Trust law-Greece*, International Encyclopaedia of Laws, Wolters Kluwer, Law & Business, 2012.

¹³ *Harry Leonard Flower, etc. v. Foteinis Hadjiioannou, etc.* (2008) 1B A.A.Δ 770; *Markidou v. Killiaris and Another* (1983) 1 C.L.R. 392 (“*The rights acquired under a contract for the sale of land are personal and as such, prima facie assignable. A contract for the sale of land does not create an estate in land, that is, rights in rem*”).

¹⁴ The right of possession is not defined in Cap. 224. Indeed, Cap. 224 does not establish or even refer to the concept and the term “possession” except for the case of “adverse possession”. However, possession of immovable property is what is protected by the two main torts in respect of immovable property by the Cypriot Civil Wrongs Law, ie the torts of trespass and private nuisance. This is also confirmed by case law. See for example: *Christos Ltd Agathocleous v. Foteinis Sofocleous* (2000) 1Γ A.A.Δ. 1953.

¹⁵ It is noteworthy that the usufruct and the habitation rights are not considered as personal easements but as a specific category of rights which are created on the basis of section 11 of Cap. 224. This was expressly confirmed in the case *Siaty v. Siaty* (1996) 1B A.A.Δ 1349, where it was held that the habitation right in Cyprus is not an easement, since the creation of an easement in Cypriot law prerequisites two tenements, a dominant and a servient.

¹⁶ Articles 65A-65IE of Cap. 224.

¹⁷ Article 65IH of Cap. 224.

real right derives from a contract. In respect of long-term leaseholds, the classification as a real right is more straightforward since it is established by case law. The Cypriot Supreme Court has directly defined the right of the tenant in long-term leasehold as a real right. In the case of *General Attorney v. Thanos Hotels Suppliers Ltd.*¹⁸ it was clarified that the Immovable Property (Tenure, Registration and Valuation) (Amendment) Law of 1978 (N.2/78) – hereinafter the "Law" – introduced the institution of a real right, previously unknown to Cypriot law, enabling the acquisition of a limited-in-time property right by the lessee of a piece of land. The Act provides that long-term leasehold, i.e. rent extending to fifteen years or more, may be registered at the Land Registry under the terms and conditions laid down by law. In fact the decision expressly states that once the leasehold is registered, the tenant is granted a real right. This right concurs with the land and is a form of property subject to transfer.

As regards the restrictive covenant, this is an agreement between two owners limiting the use of land belonging to one of them for the benefit of the other. In this case too, for the covenant to be enforceable against non-contracting parties, it must be registered in the Land Registry under the terms of section 65IZ of Cap. 224. The limitation of the use of the land must, as in the case of easements, always relate to another identified dominant tenement. Moreover, the agreement, once registered, can be enforced against the successors in title of the defined servient tenement. Therefore, it could be argued that the restrictive covenant ends up creating a real right for the benefit of the dominant tenement, in clear analogy with the easements with which historically, restrictive covenants share similar functions¹⁹.

The classification of mortgages also deserves a special examination. Cypriot case law appears to have excluded mortgages from the category of real rights. More specifically, in the decisions *Nicola v. Sofocleous*²⁰ and *Spyros Michaelides v. Chrysis Demetriades*²¹, it was held that a mortgage in Cyprus is not an interest or estate in land but only a charge thereon. Nonetheless, this exclusion is open to serious doubt, taking into consideration the main features of real rights as described above. Although mortgages in Cypriot law are contractual rights, in the sense that they are created by contract on the basis of the Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 1965 (Law 9/1965), they grant the mortgagee the specific and limited power to alienate land under certain conditions, in order to gain satisfaction from its value, they bind third parties from the moment that they have been registered (in fact they can be exercised *erga omnes*) and they are transferable. On the basis of these rights, it would be too simplistic to deny mortgages inclusion in the category of real rights. This finding is also reinforced if one examines more closely the first case where it was held that a mortgage in Cyprus is not an interest or estate in land but only a charge thereon, the case *Nicola v. Sofokleous*. Indeed, what the Court clarified in this case was primarily the extent of the powers of the mortgagee and secondarily the legal nature of the mortgage. More specifically, the Court held that a mortgage does not transfer any estate or interest in the land to the mortgagee and that the mortgagor remains the registered owner of the land.

¹⁸ *General Attorney of the Republic v. Thanos Hotels Suppliers Ltd* (2003) 1A A.A.Δ 558.

¹⁹ For the condition that the covenant must relate to an identifiable dominant tenement, see: Gray/Gray, *op.cit.*, p. 265.

²⁰ *Nicola v. Sofocleous* (1955) 20 C.L.R. Part II, 49, p. 50.

²¹ *Spyros Michaelides v. Chrysis Demetriades* (1968) 1 C.L.R. 211.

b) *The categories of immovable property*

The categories immovable property are one of the few domains of Cypriot real property law with a weak but still active link to the Ottoman law that applied before 1946, the year Cap. 224 entered into force. It is notable that the Ottoman law's categories of immovable property are still being analyzed by Cypriot courts in cases of acquisitive prescription, where the Court has to dig back into the history of possession of a piece of land.

Prior to the promulgation of Cap. 224, in addition to the category of the "Vakf", which was immovable property dedicated for religious and charitable purposes²², there were four categories of immovable property under Ottoman law: the "mulk" or "arazi memlouke", the "arazi mirie", the "arazi metrouke" and the "arazi mevat"²³. These categories correspond to different property interests in respect of land. For example, the category of "mulk" corresponds to the regime of full ownership as established in Roman law. On the other hand, the rightholder of "arazi mirie" (the "mutessarif") was considered as a tenant under lease and did not have the dominium, which belonged to the State. The "mutessarif" had only the *jus possidendi* and the *jus fruendi*, i.e. the right of possession and the right of taking the fruits²⁴. The two last categories, "arazi mevat" and "arazi metrouke", referred to immovable property which belonged either to the State or to a defined community (town, village, neighbourhood). Nonetheless, they had primarily different vocation. The "arazi mevat" category defined isolated and seemingly barren land unsuitable for cultivation, which normally lay at a distance from inhabited areas and belonged to the State ("the Khali land"). "Arazi metrouke", which comprised public streets, forests, grazing land, seashores, etc., was *res communis*, i.e. immovable property destined either for the common use of everyone or solely for the use of residents of the beneficiary community.

Cap. 224 abolished the Ottoman categories of immovable property and established a new regime of property interests, the most important of them being "private ownership"²⁵. Section 5 provides that private ownership comprises the surface of the land, the subsurface

²² A vakf, as defined in the Evcaf and Vakfs Law, Cap. 337, section 2, means the permanent dedication, by a person professing the Moslem faith, of any property in order that the use of, or the income accruing from, such property may be devoted to any charitable purpose. A charitable purpose, or charity, is defined in the same section as meaning any purpose for the relief of poverty, the advancement of education, the advancement of religion or any other purpose beneficial to the Moslem Turkish community.

²³ As regards legal terminology, the way the terms "immovable property" and "land" are employed is not coherent. Cap. 224 refers to "categories of immovable property", but in case law the Courts constantly but not exclusively refer to "Mulk land" or "Arazi mirie land" instead of "Mulk immovable property" or "Arazi mirie immovable property". See for example: *Haji Salih Mihtat v. Diamantou Loiza*, 1902; *Aspasia Millington-Ward v. Chloi Rubina*, (1970) 1 C.L.R. 88 (the term "land" is used) and *Christinou Stavrinou Yanni v. The Queens Advocate* (1888); *Heirs of Yanco Michail Pamboulo v. Maria Anastassiades* (1923); *Anna Soteriou v. The Heirs of Despina HihiPaschali* i.e. *Georghios Kyriacou and eight others* (1962) C.L.R. 280 (the term "property" is used).

²⁴ See: *Michali Tsinki and others v. The King's Advocate*, 9 February 1914, where it is cited that: "Now the right of tessaruf does not include the right of alienating, unless the mutessarif gets permission, it does not include the right of destruction because he cannot even use earth to make bricks without permission. (Land Code, Art. 12). Neither has the mutessarif the *jus habendi*, i.e. of claiming the property as his own, because the raqabé, i.e., the thing itself and the (milkiyyet) mulk interest in the land belong to the State."

²⁵ It is notable that both the Greek and the English version of the Immovable Property (Tenure, Registration and Valuation) Law use the term "private ownership" («ιδιωτική κυριότητα»), while in Cypriot case law before 1989 (until 1989 the language used in judicial proceedings in Cyprus was English) the term "private property" is used (translated in Greek as «ιδιωτική ιδιοκτησία»).

zone – other than mineral rights – and an overlying space, provided that they are reasonably necessary for the enjoyment of the right.

Therefore, the regime of “private ownership” is not defined in terms of powers (*jus*) granted to the owner, such as in terms of *usus, fructus and abusus*. Nevertheless, the concept refers to the holistic concept of full ownership found in the continental law tradition²⁶. This is also indirectly confirmed by section 3 (2) of Cap. 224, which introduces the transitional rule that all immovable property hitherto known as ‘mulk’ or ‘arazi memlouke’ and as such privately owned at the date on which Cap 224 entered into force, shall continue to be owned, held and enjoyed in private ownership. Since “mulk” land (“arazi memlouke”) was the subject of complete ownership as private property, it can be assumed that the term “private ownership” in Cap. 224 refers to the continental law concept of property²⁷.

Cap. 224 also recognizes two other categories of property: communal property and the property of the State. Communal property is immovable property that is held or enjoyed communally by any town, village or neighbourhood. In this case, the residents of the town, village or neighbourhood do not have any exclusive and absolute right over the land, merely a right to use the communal property²⁸.

As regards the property of the State, except for the former “arazi mevat” and “arazi metrouke” that due to the transitional provisions of Cap. 224 was officially recognized as state property, article 23 of the Cypriot Constitution defines as state land the minerals, underground water and antiquities found in Cyprus.

Cap. 224 also recognizes the regime of horizontal ownership of buildings. Horizontal ownership is a specific type of ownership over an immovable property which is composed of two elements: the exclusive ownership of a storey of a building or an apartment therein and the compulsory co-ownership of the common parts of the immovable²⁹. Therefore, a storey of a building or an apartment on a storey may come under separate ownership, while the owner of the storey or an apartment is an indivisible co-owner of a proportionate share in the parts of the whole immovable that are also destined for the common use of the other co-owners. This regime was unknown under Ottoman law and was first introduced into Cypriot property law by section 6 of law 26/1946. A detailed analysis of horizontal ownership exceeds the ambit of this paper and does not present any particular interest for a civil law jurist since it includes the main rules that can be found in the majority of European countries. However, what is important in terms of research into the identity of Cypriot

²⁶ For the different approaches to ownership as dominium and property rights as estates and interests in respect of land in the continental and the common law traditions, see Gray/Gray, *op.cit.*, p. 61.

²⁷ The finding that “mulk property” is complete ownership, in contrast to another category of Ottoman law, i.e. the “arazi mirie” property, is also mentioned in the case of *Aspasia Millington-Ward v. Chloi Rubina*, (1970) 1 C.L.R. 88. More specifically, the Court held that “The emphasis is on the word “continue” because “mulk” land (“arazi memlouke”) was the subject of complete ownership as private property. While the category of property known as “arazi mirié” (State land), was subject to certain restrictions and limitations because the legal ownership was vested in the Treasury (the Beit-ul Mal), the enjoyment of which was granted by the Government. It was treated as a personal right of possession”.

²⁸ Article 19 of Cap. 224.

²⁹ Karibali-Tsipsiou, *Property and Trust law-Greece*, *op. cit.*, p. 132.

property law is that the regime of horizontal ownership of buildings was based on a corresponding Greek statute³⁰.

3 - Acquisition of property rights: between formalism and equity

a) *The various ways of acquisition of real property*

i) **Original and derivative acquisition of ownership**

The formal acquisition of property rights in Cyprus follows the classic division between original and derivative acquisition, the first one corresponding to the legal mechanism of *usucaption* (“acquisitive prescription” or “adverse possession”), while the second one is expressed mainly via acquisition by transfer.

Acquisition of ownership by transfer is exclusively provided for in the Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 9/1965. The law regulates only the procedural aspects of transfer and does not establish any substantive law regulation. In respect of the contract of sale of land, the general law of contracts (Cap. 149) applies³¹. Thus, the contract of sale does not need to be in writing³² and such contracts are valid and binding even when they are made orally³³.

As regards the original acquisition of ownership, it is expressly provided for in section 10 of Cap. 224. It is noteworthy that acquisition by *usucaption* is one of the areas of real property law that has been scrutinized considerably by Cypriot courts, and it therefore deserves a more detailed analysis.

According to section 10, uninterrupted and undisputed adverse possession of land for a full period of thirty years grants the possessor the right to be registered as the owner of the land³⁴. Cap. 224 has no retroactive force. This is also expressly stated in section 10. 2 which reads as follows: "*Provided that nothing in this section contained shall affect the period of prescription with regard to any immovable property which began to be adversely possessed before the commencement of this Law, and all matters relating to prescription during such period shall continue to be governed by the provisions of the enactments repealed by this Law relating to prescription, as if this Law had not been passed.*"

Section 9 provides that there can be no adverse possession against the State or a “registered owner”. This rule was introduced in 1946 by Cap. 224, while in the past *usucaption* against a registered owner was possible too. The prohibition significantly diminished the scope of application of adverse possession in Cyprus, at least as regards the period after 1946, since the law has no retroactive force, as previously mentioned.

³⁰ S. Symeonides, *The mixed legal system of the Republic of Cyprus*, 78 Tul. L. Rev. 449 2003-2004.

³¹ Cypriot contract law is based on English contract law.

³² *Alkis Meneaou Stavrou v. Pericles Stylianou and another*, (Civil Appeal No. 4249)

³³ *Chakalli v. Kallourena* 3 C.L.R. 246.

³⁴ "*Subject to the provisions of section 9 of this law, proof of undisputed and uninterrupted adverse possession by a person, or by those under whom he claims, of immovable property for the full period of thirty years, shall entitle such person to be deemed to be the owner of such property and to have the same registered in his name*".

However, the interpretation of the term “registered owner” raised a number of controversies. In point of fact, the rule was interpreted by the Land Registry as protecting only the person of the *living* registered owner of the land and not the registered land itself. As a consequence, if the registered owner died and his heirs did not re-register the land in their own names, the land could be acquired by a possessor if the conditions of adverse possession were fulfilled. This interpretation was reversed in 2007 by the Supreme Court’s decision in the case of *Theodosiou v Kramvia*³⁵. Here, the Court clarified that if a parcel of land was registered, it shall be protected even after the death of the registered owner and is transferred by the law to his heirs. Therefore, in the case of inheritance, the protection of section 10 also extends to the heirs of the deceased registered owner. This decision dramatically diminished the scope of application of adverse possession.

In addition to the need to prove uninterrupted and undisputed possession *animus domini* for 30 years³⁶ it is also a prerequisite that possession is being exercised without the landowner’s consent, either express or implicit³⁷.

Cypriot case law has established very specific rules on this point. In cases of co-ownership by inheritance it is presumed that possession of the immovable property by one of the co-owners is deemed to be exercised with the consent of the other co-owners. Consequently, such possession will not be deemed adverse against the co-owners who are not in possession³⁸. If the co-owners of land have not derived their title from the former owner by inheritance but are each purchasers and strangers, the consent of the co-owner out of possession cannot be presumed, and therefore the co-owner’s possession is adverse to the other co-owner³⁹. Nonetheless, even in the case of co-owners by inheritance, the presumption of possession with the co-owners’ consent is rebuttable. Therefore, if the possessor proves that the legal basis for possession is not inheritance but another cause, for example a transfer by dowry contract that has not been registered, the presumption is reversed⁴⁰.

Another delicate issue that has been clarified by case law is when the periods of possession by a successor and a predecessor-in-title can be added together in order to complete the 30 years period of adverse possession. It has been established in case law that the periods of possession of an area of land by successor and predecessor-in-title can be added together only in cases of devolution by inheritance and not in cases of devolution by transfer⁴¹.

If the conditions of section 10 are fulfilled, the possessor has the right to be deemed the owner of the immovable property and to be registered as such. Nevertheless, the protection of the possessor cannot be exercised against a *bona fide* purchaser for value without notice. More specifically, Cypriot case law, following the principles of equity, has established that a person who has acquired a prescriptive claim to be registered in respect of immovable property but who delays in obtaining registration is estopped from asserting his claim, as against a *bona fide* purchaser for value, who without notice of his claim, has acquired the

³⁵ Supreme Court, *Margarita Charalambous Theodosiou v. Andrea Kramvia and others*, 27 November 2007.

³⁶ *Diplaros, Appellant-Defendant, v. Photou Nicola, Respondent-Plaintiff*, (1974) 1 C.L.R. 198.

³⁷ See article 2 of Cap. 224.

³⁸ *Eleni Angeli v. Savvas Lambi and others* (1963) 2 C.L.R. 274.

³⁹ *Diplaros, Appellant-Defendant, v. Photou Nicola, Respondent-Plaintiff*, (1974) 1 C.L.R. 198.

⁴⁰ *Navsika Ioannou and others v. Aresti Georghiou* (1983) 1 C.L.R. 92 · *Ioannis Eystathiou v. Panayi* (1992)1B AAD 1297.

⁴¹ *Konstantis Hadjiantonis v. Kyriakos Hadjiantonis* (1897) · *Rodothea Papa Georghiou v. Antonis Savva Charalambous Komodromou* (1963) 2 C.L.R. 221.

property from the registered owner⁴². The purchaser is not considered as *bona fide* if the adverse possession was within his own knowledge or would have come to his knowledge if he had made reasonable enquiries and inspections⁴³.

ii) The role of equity: trusts and specific performance

Even if *a priori* the application of the law of equity is expressly excluded by section 4 of Cap. 224 in respect of acquisition of real property, equity has a still a significant role to play, mainly via two specific forms of expression thereof, i.e. trusts and specific performance. As we shall show, although in the case of trusts the courts have broader powers of discretion under the principles of equity, in the case of specific performance the award of the equitable remedy is more strictly circumscribed, since it cannot be provided unless specific formalities are complied with.

Trusts that form the principal device of equity for the acquisition of property rights outside a system of registration, are expressly excluded from the ambit of section 4 of Cap. 224. Nevertheless, the legal recognition of trusts has raised controversy since another provision of Cap. 224, section 65IE, appears to limit the exemption of trusts only in the case of express trusts. Section 65 IE states that “(1) *Any trust which relates to immovable property is not considered valid unless it is established to document (trust deed) signed by the person entitled thereto or by will. (2) The founding document of the trust (trust deed) or the covenant as appropriate, must be registered to the relevant Register of the Department of Land*”. So, the literal interpretation of this provision could permit a reading that in order to be valid, all trusts have to be established by document and have to be registered.

The exact meaning of section 65IE was discussed thoroughly in the case of *Christophorou v. Christophorou*⁴⁴, where the Court examined the relationship between sections 4 and 65IE, and especially whether the second has tacitly abolished the first. The Court held that the exclusion of trusts in section 4 is not limited to express trusts, but trusts generally, including constructive, as well as resulting trusts. This interpretation was found to be consistent with previous case law that recognized acquisition of property via constructive or resulting trusts without examining the relationship between sections 4 and 65IE⁴⁵. This finding was also indirectly confirmed in the *Pirillos v. Konari* case, where it was held on the one hand that only express trusts created in compliance with the provisions of section 65IE can be registered, while on the other hand the creation of a constructive trust was recognized⁴⁶.

Another breach of the general prohibition of the application law of equity in Cypriot property law is the case of specific performance. A special piece of legislation, the Sale of Land (Specific Performance) Law 81 (I) 2011, permits the acquisition of ownership of land in the case of a contract of sale of land that has not been properly executed by the vendor. This law was one of the first institutions of English law that was transplanted into Cy-

⁴² *Haji Haralamno Michael and others v. Haji Stilli Nikoli and others* (1909) VIII C.L.R., 113 · *Akil Hussein Arnaout of Platanisso v. Emine Hussein Zinouri of Platanisso* (Civil Appeal No. 4012), 1953.

⁴³ *Akil Hussein Arnaout of Platanisso v. Emine Hussein Zinouri of Platanisso* (Civil Appeal No. 4012), 1953.

⁴⁴ *Christophorou v. Christophorou* (1998) 1 A.A.D. 1551.

⁴⁵ *Miltiadous v. Miltiadous* (1982) 1 C.L.R. 797, *Pentavkas v. Pentavka* (1991) 1 A.A.Δ. 547· *Constantinou v. Demosthenous* (1992) 1 A.A.Δ. 621· *Orphanides v. Orphanides*, (1998) 1 A.A.Δ. 179· *Clerides v. Stavrides*, (1998) 1 A.A.Δ. 521.

⁴⁶ *Pirillos v. Konari* (2000) 1B A.A.Δ 1153.

prus⁴⁷. In order to obtain specific performance, a series of formalities and deadlines is prescribed by the law. First, the contract of sale must be registered with the Land Registry within a period of six months after its conclusion. Registration of the contract of sale of immovable property under the provisions of the Sale of Land (Specific Performance) Law operates as an encumbrance with respect to such immovable property from the date of its registration at the District Lands Office. Therefore, it will create a right *in rem* and consequently it will impede the transfer of the land to another person by the vendor. Accordingly, the declaration of transfer will not be accepted by the Land Registry⁴⁸.

A question that has led to contradictory findings in case law is that of whether registration of the contract of sale also creates a constructive trust to the benefit of the purchaser. In *Odysseos v. Pierris Estates Ltd*, the Court held that although the contract of sale creates a constructive trust, the contract cannot be enforced, either by the purchaser or by an assignee in the absence of strict compliance with the provisions of the Sale of Land (Specific Performance) Law, since the existence of a constructive trust cannot, in Cyprus, create an estate in land, unless there is compliance with the provisions of the Sale of Land (Specific Performance) Law.⁴⁹ On the other hand, in *Wheeler and others v. Messios and Sons Limited and others*,⁵⁰ it was held that the encumbrance that arises out of registration of the contract of sale does create a constructive trust, whose beneficiary is the purchaser.

Another question that has been posed before the Cypriot courts is that of whether the general provisions of Cap. 149 in respect of the specific performance of contracts can apply simultaneously to the Sale of Land (Specific Performance) Law. In the *Iordanou v. Anyftos* case, which has been confirmed constantly in later case law, the Court ruled that specific performance in respect of immovable property can be ordered only under the Sale of Land (Specific Performance) Law and that the relevant section 76 of the Contract Law is not applicable to the sale of land⁵¹.

b) The procedure of transfer of immovable property

i) The basic principles

The procedure of acquisition of real property promotes legal certainty and confidence in immovable property transactions. By establishing the registration of transfer as the cornerstone of the acquisition of ownership and of the creation of charges, Cypriot real property law establishes the Land Registry as the necessary safeguard of the interests of future purchasers of land and of creditors.

Formalism is a fundamental element of Cypriot real property law. Various forms of registration of acquisition of ownership have existed in Cyprus since the foundation of the Land Registry in 1858. In 1860 it became obligatory to register property rights over land.

⁴⁷ The first legislation governing specific performance in respect of contracts of sale of land was the Sale of Land (Specific Performance) Law of 1885.

⁴⁸ *Ayios Andronikos Development Co. Ltd v. The Republic of Cyprus and others*, (1985) 3D C.L.R. 2362.

⁴⁹ *Odysseos v. Pierris Estates Ltd and others* (1982) 1 C.L.R. 557.

⁵⁰ *John Richard Wheeler and others v. A Messios and Sons Limited and others* (2006) 1B A.A.Δ 1239.

⁵¹ *Iordanou v. Anyftos*, (Civil Appeal No. 4285) C.L.R. 97, 103.

Two other important legal reforms which took place during the period when Cyprus was an English colony, in 1893 and in 1907, modernized the system of registration⁵².

Section 40 of Cap. 224 establishes the registration of property rights and interests as a central element of the system of acquisition of rights. Section 40 provides that “1) *No transfer of, or charge on, any immovable property shall be valid unless registered or recorded in the District Lands Office*”. The principle of the necessity of registration as a condition for the validity of transfer has also been constantly confirmed in Cypriot case law. In the case *Rodothea Papageorghiou v. Antonis Savva Charalambous Komodromou*, the Court stated that “*it is clear from the old and new law relating to the transfer of immovable property that registration in one way or the other was necessary for the validity of the transfer*”⁵³. Registration is also a prerequisite for the acquisition of ownership on the basis of adverse possession. In *Philippou v. Stylianou*, the Court confirmed that the acquisition of ownership on the basis of adverse possession cannot be “perfected” and considered as complete, unless registration in the name of the possessor is conducted⁵⁴.

A corollary of the principle of registration is that the transfer of land can be made only by the registered owner. This rule is established in the second paragraph of section 40 of Cap. 224⁵⁵ and in section 4 of the Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 9/1965⁵⁶. The Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 9/1965 regulates in detail the procedure of transfer of real property in the Land Registry. The procedure is divided into three phases: declaration of the transfer to the Land Registry, acceptance of the declaration, and registration.

A third fundamental principle that is established in section 12 of the Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 9/1965 is that immovable property cannot be transferred unless it is free of any charge, encumbrance or prohibition. Consequently, a declaration of transfer will not be accepted by the Land Registry if the immovable property is subject to a charge. Here too, registration has a vital role to play, since the encumbrance cannot impede the transfer unless it is declared and registered at the Land Registry. This rule, which operates for the protection of the transferee, is subject to an important exception. In the case of mortgaged property, a transfer is permitted under certain conditions, such as the transferee’s informed declaration that he is aware of the existence of the mortgage⁵⁷.

It has also to be mentioned that a list of charges which operate as an encumbrance is established in the Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 9/1965. It mainly comprises mortgages, memoranda, writs, the charge that is created by the deposit of a contract of sale of land etc. The registration of an easement is not considered as an encumbrance or charge that prevents the transfer, but the right of easement is considered as an attachment to the immovable property that is being transferred. Consequently, the transferee acquires the immovable property with the burden of the easement. In case the

⁵² Koutas, *Real property in Cyprus*, in: *Shergides*, *Studies on Cypriot Law*, Nicosia, 1992, p.18-19 (in Greek).

⁵³ *Rodothea Papageorghiou v. Antonis Savva Charalambous Komodromou* (1963) 2 C.L.R. 221.

⁵⁴ *Philippou v. Stylianou* (1992) 1 A.A.A. D. 448.

⁵⁵ “(2) *No transfer or voluntary charge affecting any immovable property shall be made in the District Lands Office by any person unless he is the registered owner of such property*”.

⁵⁶ *Ayios Andronikos Development Co. Ltd v. The Republic of Cyprus through the Minister of the Interior, the Director of Lands and Surveys and the Minister of Finance* (1985) 3D C.L.R. 2362.

⁵⁷ Article 31 of the Immovable Property (Transfer and Mortgage) Law 9/1965.

dominant tenement is transferred, easement is also “part” of the immovable property that is being transferred. This principle is established in section 12 of Cap. 224 where it is stated that in case of a right of easement that has been acquired in respect of an immovable property, this right shall be considered as an attachment to the immovable property and it is presumed to be included in all the transactions related to this immovable property.

ii) The effects of registration

The significance of the registration of ownership as evidence of ownership is constantly confirmed in Cypriot case law. The trend of judicial decisions in Cyprus appears to have been towards making the title of the registered owner as nearly as possible indefeasible⁵⁸. The certificate of registration is *prima facie* evidence of ownership⁵⁹. A person who claims to defeat the title or part thereof of a holder of such a certificate has to establish that the registration was effected in the holder’s name in error. Nevertheless, the question of ownership is an issue that has to be decided by a court and not by the Land Registry. The Land Registry, is competent to correct only formal errors and omissions as provided for by section 61 of Cap. 224. This rule has also been constantly affirmed in Cypriot case law, in a series of cases where the Land Registry misused its discretion by judging the status of ownership in land disputes⁶⁰.

Registration and the relevant certificate of registration are the most orthodox and appropriate ways to prove ownership. Nonetheless, their use is not always possible, for reasons related to the tragic history of Cyprus. Therefore, the loss of the records of the Department of Land and the loss of the certificates of registration themselves, makes it possible to invoke the rules of secondary evidence in order to establish registered title over a particular plot of land, once the absence of the primary source has been satisfactorily explained. This was the case in the decision *Kyriacos Georghiou Panagi v. Maria Zouvani*,⁶¹ where by reason of the Turkish invasion and the occupation of much of the District of Famagusta, neither the relevant records of the District Land Registry Office of Famagusta nor the certificate of registration of the said plot were available for use at the trial.

B. Protection of real property: the predominance of common law

The protection of real property in Cyprus is, as in the United Kingdom, a domain of tort law, since land law legislation does not provide general and specific revendicatory and negative actions for immovables. The Cypriot Civil Wrongs law, Cap. 148, inspired by the English tort law, provides for two main torts for the protection of immovable property, trespass to land and private nuisance⁶².

Trespass is the intentional and wrongful invasion of another's real property. Section 43 of the Civil Wrongs law provides that “*trespass to immovable property consists of any*

⁵⁸ *Akil Hussein Arnaout of Platanisso v. Emine Hussein Zinouri of Platanisso* (Civil Appeal No. 4012), 1953.

⁵⁹ *Thomas Antoni Theodorou v. Christos Theori HadjiAntoni*, 1961 C.L.R. 203; *Myrofora Nicou Socratous v. Nicolas Michael Mezou* (1975) 1 C.L.R. 62; *Maroula Savva v. Savvas Petrou*, (1985) 1 C.L.R. 127.

⁶⁰ *Hassidoff v. Paul Antoine-Aristide Santi and Others* (1970) 1 C.L.R. 220; *Chrysanthou v. Antoniadis* (1969) 1 C.L.R. 622.

⁶¹ *Kyriacos Georghiou Panagi v. Maria Zouvani*, (1987) 1 C.L.R. 58.

⁶² For an analysis of the Cypriot law of obligations see: Ph. Jougoux, *Elements of the Cypriot law of obligations*, Sakkoulas editions, Athens-Thessaloniki, 2011 (in Greek).

unlawful entry upon, or any unlawful damage to or interference with, any such property by any person". Therefore the tort of trespass possesses three forms: unlawful entry, unlawful stay, which is the act of staying in the property without permission or where permission has been revoked, and finally, unlawful damage. It should be noted that a tenant who stays in a property after the lease comes to an end is not a trespasser if he continues to pay the rent, since he enjoys protection under a special legal framework, the Rent Control Law.

On the other hand, a private nuisance is defined as interference with a person's enjoyment and use of his land. The tort of private nuisance implies an element of repetition of the interference. In both torts, remedies include not only damages but also and primarily the option of seeking an injunction. Both civil wrongs share the characteristic that they protect the possession of land. In the case of *Adamou v. Christophi*, it was held that trespass is actionable at the suit of the person in possession of land, even if he is neither the owner nor derives title from the owner, and that the slightest amount of possession is sufficient to enable the plaintiff to bring an action.⁶³ The landowner, if not in possession, has the right to bring an action for trespass or private nuisance if the interference is of a permanent nature⁶⁴, such as for example the unauthorized planting of trees in the land by a neighbor in the border land between the two plots⁶⁵ or where vibrations of the land cause damage to the foundations of the rented house⁶⁶. Accordingly, the bare licensee does have a right to bring an action.

While trespass to immovable property in its two main forms, unlawful entry and interference, is a civil wrong *per se*, i.e. it is not necessary to prove damage, in private nuisance the plaintiff has to prove damage⁶⁷. Nevertheless, in the case of trespass, if a specific damage is not proved, the plaintiff is granted only nominal damages⁶⁸. Even if at first sight the tort of trespass seems to apply more widely, the tort of nuisance possesses its own qualities: proving malice, and even proving mere intent, is not crucial, because ultimately, the most important criterion for the tort of nuisance to apply is an objective test of the area's level of disturbance.

The distinction between the torts of private nuisance and trespass to land is not always easy to make but the system could be summarized as follows: the tort of trespass to land applies where the property itself as a right is denied, whereas the tort of private nuisance applies when the peaceful use of the property is compromised.

II. THE CYPRIOT PROBLEM AND ITS CONSEQUENCES FOR REAL PROPERTY LAW

Property rights have become an intrinsic element of our societies and of the rule of law. Cypriot property law is an illustrative example of this maxim. As has been demonstrated in the first part of this paper, Cypriot property law is essentially linked to the history of the island and consists of a mosaic of disparate rules and principles whose origin lies in Roman law, Ottoman law, English law and Greek law.

⁶³ *Adamou v. Christophi* (1974) 1 C.L.R. 100.

⁶⁴ *Lambrou v. Kefala* (civ. Appeal 10197), 25.09.2000. See also: *Artemis and Erotokritou*, Cap 148, Civil Wrongs, Law and case law, Nicosia, 2003, p. 144 (in Greek).

⁶⁵ *Georghiou v. Andrea* (1998) 1 A.A.Δ. 2311.

⁶⁶ J. Fleming, *The Law of Torts*, 6th edition, The Law Book Company Limited, 1983, p. 393.

⁶⁷ Article 46 of Cap. 148.

⁶⁸ *Papakokkinou and others v. Theodosiou* (1991) 1 A.A.Δ. 379.

Needless to say, a mixture of different legal origins and principles is not something peculiar to Cyprus. However, the turbulent past of Cyprus and more precisely the dramatic event of the Turkish invasion in 1974 have created a powerful impact on the legal regime governing property rights on the island. First by institutionalizing State-run compulsory regimes of management and protection of private properties (A), and secondly, through the application of international and European law that necessarily interacts with the domestic regime of protection of property (B).

In this context, it could be argued that the legal identity of Cypriot property law does not consist simply of a mosaic of influences from different legal systems and philosophies, but also of an original synergy between rules of private, public, international and European law.

A. The legal framework of State tutelage

In order to better understand the interaction between private and public law in the field of Cypriot real property law, it is necessary to refer briefly to a striking particularity of the Cypriot legal system: the law of necessity. The hostilities between the two communities posed a number of extremely difficult challenges for the Cypriot legal system. Since the State was structured under the Cypriot Constitution to function on the basis of the cooperation and participation of both communities in its administration, a serious danger of paralysis arose. The answer to this deadlock was provided by the Supreme Court in the famous *Mustapha Ibrahim*⁶⁹ decision. Here, the law of necessity was recognized as a fundamental legal axiom that could permit the State to function. Under the law of necessity, in the event of an unavoidable emergency that poses an objective threat to the existence of the State, administrative acts may be undertaken which would have been deemed illegal under normal circumstances⁷⁰.

On the basis of the law of necessity, a special law governing the administration and protection of the property of Turkish Cypriots situated in non-occupied zones was promulgated. Law 131/1991 establishes a regime of State tutelage for properties belonging to Turkish Cypriots that are situated in the non-occupied part of Cyprus.

The Ministry of the Interior is designated as the Guardian of these properties. In exercising its powers, the Guardian enjoys all of the rights and duties that the Turkish Cypriot owners should have had. Therefore, the Guardian is entitled to manage the property, to collect monies owed to the beneficiary, to raise or defend actions in court relating to such property, and generally, to exercise any rights and to perform all obligations arising from contracts that were concluded between the Turkish Cypriot owners and other persons before the enactment of the Law. As is expressly stated in the preamble of the law, its primary purpose is for the Guardian to oversee the preservation of these properties. However, the law also serves a secondary and other purposes, such as improving the situation of Greek Cypriot refugees who lost their properties in the Turkish occupied zones. Indeed, the Guardian often rents these properties to such refugees.

⁶⁹ The A-G of the Republic v. *Mustapha Ibrahim* (1964) C.L.R. 195.

⁷⁰ See C. Kombos, *Le Droit de la nécessité à Chypre*, in: J. Rosseto / K. Joséphides, *La singularité de Chypre dans l'Union Européenne, Diversité des droits et des statuts*, mare & martin, Paris, 2012, p.373.

As regards, the status of rights, the Guardian certainly has wide-ranging powers, but does not have the right to alienate the property, other than in exceptional cases where this is deemed beneficial for the Turkish Cypriot owner⁷¹. The tutelage regime is temporary in nature. The law expressly provides that such tutelage will come to an end when the “abnormal situation” created by the Turkish invasion is terminated⁷². All monies collected by the Guardian, for example income from leasing the properties, are kept in a special account and will be paid over to the owner of the property once the regime ceases to exist.

The conformity of this law with the Cypriot Constitution, and more precisely with section 23 of the Constitution governing the protection of property, has been examined by the Cypriot Supreme Court. The Supreme Court has constantly found the law to be in compliance with the Constitution on the grounds of the law of necessity, which allows limitation of the exercise of fundamental rights, such as ownership. In this context, it was held that depriving the owner of the right of to exercise ownership is justified because it is temporary and imposed by the need to maintain social order.⁷³

The recognition in law of the Turkish Cypriot owner as the sole and true owner of the real property has been constantly confirmed by the courts. Thus it was held that the compulsory expropriation of a Turkish Cypriot property is not subject to the consent of the Guardian. The latter is not considered as the owner of the property, and is therefore not competent under Law 139/1991 to give such consent, while the only person who can challenge the legality of the expropriation is the Turkish Cypriot owner⁷⁴.

A question that has led to contradictory decisions of the Supreme Court in the past was that of whether the tutelage regime could still apply if the Turkish Cypriot owner moves to the non-occupied zone for permanent residence. More specifically, section 2 of the law provides that all properties belonging to Turkish Cypriots who do not have their residence in the non-occupied zones are subject to tutelage. This provision was interpreted as enabling the law to apply to properties belonging to Turkish Cypriots who did not have their permanent residence in the non-occupied areas on the 1st of July 1991, the date on which the law entered into force. While in the case of *Arif Moustafa v. Ministry of Interior*⁷⁵ the distinction drawn among Turkish Cypriots between those who had their permanent residence in the non-occupied zone at that date and those who did not, was held to be unjustifiable and arbitrary, in its later case law the Supreme Court took the opposite view⁷⁶. Accordingly, even if a Turkish Cypriot subsequently moved to non-occupied Cyprus, this would not justify the full restitution of his right of ownership, because once a property has come under the tutelage regime, it should remain under this regime for as long as the “abnormal situation” continues.

Nevertheless, the legal situation underwent a significant change three years ago. In 2010, the law was amended, and it is now possible for a Turkish Cypriot to apply to the Ministry of the Interior for his property to be removed from the regime of compulsory tutelage. The

⁷¹ Article 6 of Law 139/1991.

⁷² Article 2 of the Law 139/1991.

⁷³ *Ahmet Mulla Suleyman v. The Republic of Cyprus*, case 99/2005, 21.5.2007.

⁷⁴ *The Republic of Cyprus v. Kiazim Halit and others*(2009) 3 A.A.Δ 327.

⁷⁵ *Arif Moustafa v. Ministry of the Interior* (case 125/2004), 24.9. 2004.

⁷⁶ *Ali Ibrahim Houssein Basma v. The Republic of Cyprus* (case 1353/2008), 3.9. 2009 · *Perihan Mustafa Korkut v. Apostolou Georghiou*, (2008) 1B A.A.Δ 905.

Guardian can do this by means of a motivated decision only in exceptional circumstances, one of which is a situation whereby the Turkish Cypriot moves to non-occupied Cyprus for permanent residence⁷⁷. If the Guardian refuses to agree to the restitution of the property to the Turkish Cypriot, the latter can bring an action before the competent District Court.⁷⁸ However, even if restitution is ordered by the Court, it may have significant adverse consequences for the original owner, since the law provides that the owner might be obliged to compensate either the Guardian or the person who occupied the property with the Guardian's permission, for the cost of repairs and other expenses incurred with a view to the upkeep or improvement of the property⁷⁹.

B. The international and EU dimension of the regime of property rights

In Cyprus, much more than in any other EU Member State, the question of protection of real property has acquired an international dimension. Cypriot property law has thus become a remarkable example of the conjunction of private law and international law in respect of properties belonging to Greek Cypriots and located in the occupied northern part of the island. The European Court of Human Rights (ECtHR) has dealt with complaints from Greek Cypriots claiming the violation of their property rights in numerous cases and has constantly affirmed the violation of article 1 of the 1st protocol to the European Convention on Human Rights⁸⁰.

While the Republic of Cyprus has placed the real property belonging to Turkish Cypriots under a regime of state tutelage, article 159 (1) (b) of the 7 May 1985 Constitution of the "Turkish Republic of Northern Cyprus" (the "TRNC") has established the expropriation of properties belonging to Greek Cypriots. These properties were considered as state property. According to this article : "*All immovable properties, buildings and installations which were found abandoned on 13 February 1975 when the Turkish Federated State of Cyprus was proclaimed or which were considered by law as abandoned or ownerless after the above-mentioned date, or which should have been in the possession or control of the public even though their ownership had not yet been determined ... and ... situated within the boundaries of the TRNC on 15 November 1983, shall be the property of the TRNC notwithstanding the fact that they are not so registered in the books of the Land Registry Office; and the Land Registry Office shall be amended accordingly.*"

In the famous *Loizidou* case, the ECtHR held that since the applicant has been denied access to the land since 1974, she has effectively lost all control over, as well as all possibilities to use and enjoy her property, and there is consequently a continuing interference with the peaceful enjoyment of possession, in breach of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)⁸¹. The Court also affirmed that Turkey had failed to explain how the need to

⁷⁷ Article 3 (b) of Law 139/1991.

⁷⁸ Article 6A of Law 139/1991.

⁷⁹ Article 6A (6) of Law 139/1991.

⁸⁰ "*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions (P1-1) shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*"

⁸¹ Case of *Loizidou v. Turkey* (40/1993/435/514) 18 December 1996.

provide housing for Turkish Cypriot refugees "could justify the complete negation of the applicant's property rights in the form of a total and continuous denial of access and a purported expropriation without compensation" and held that Loizidou retained the title in the property⁸². The findings of the Loizidou case were confirmed in later ECtHR case law⁸³. Nevertheless, it was also made clear that if Turkey or the proclaimed "Turkish Republic of Northern Cyprus" (the "TRNC") established an adequate and effective internal mechanism of providing a remedy for Greek Cypriots, the latter would no longer be entitled to have direct recourse to the ECtHR, since the exhaustion of remedies requirement would apply. This was confirmed in the Demopoulos v. Turkey case, where the Court for the first time evaluated the adequacy of the domestic remedy (the Immovable Property Commission, "IPC") set up by Turkey in 2005. The Court found that the applicants had to first apply to the IPC, before applying to the ECtHR, since the 2005 law established an "accessible and effective framework of redress". The Demopoulos decision thus marks the end of a period in which the Greek Cypriots could seek direct redress from the ECtHR⁸⁴.

But even if the Greek Cypriots have indeed exhausted the internal remedy mechanism (the "IPC" and "TRNC" courts), the margin of revision of the remedies awarded by "IPC" appears to be too narrow. In the recent Meleagrou and others v. Turkey decision⁸⁵, the ECtHR rejected the Greek Cypriots' claims and found that since the applicants have claimed only the restitution of their properties and not additionally the payment of pecuniary and non-pecuniary compensation and the exchange of land, they have not made proper use of the available remedies that could provide them with financial redress or redress in kind for loss of enjoyment of their properties.

The accession of Cyprus to the European Union in 2004 shed new light on the question of protection of properties belonging to Greek Cypriots in northern Cyprus, since EU law might also have a role, even an indirect one, in respect of the protection of such properties.

The issue was raised in the case of Apostolides v. Orams⁸⁶, which concerned the application of EU regulation No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters⁸⁷. The proceedings before the referring court concerned the recognition and enforcement in the United Kingdom, pursuant to Regulation No 44/2001, of two judgments of the District Court of Nicosia on an action brought against the Orams by Mr. Apostolides, concerning immovable property situated in the northern part of Cyprus. The land belonged to Mr. Apostolides' family, which occupied it before the

⁸² For an analysis of ECtHR case law in respect of real property belonging to Greek Cypriots and located in the Turkish occupied area, see: J. Borders, Another Door Closed: Resort to the European Court of Human Rights for Relief from the Turkish Invasion of 1974 May No Longer Be Possible for Greek Cypriots, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 725 2010-2011.

⁸³ Demades v. Turkey (no 16219/90), 31 July 2003· Eugenia Michaelidou Developments Ltd and Michael Tymvios v. Turkey (no 16163/90) 31 July 2003· Xenides-Arestis v. Turkey (no 46347/99), 22 December 2005.

⁸⁴ Demopoulos and others v. Turkey, March 1, 2010. See: J. Borders, *op.cit.*, 36 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 725 2010-2011.

⁸⁵ ECtHR, Eleni Meleagrou and others v. Turkey, 2 April 2013 (Application no. 14434/09).

⁸⁶ Meletis Apostolides v. David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams, Case C-420/07, (Reference for a preliminary ruling from the Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division)), 28 April 2009.

⁸⁷ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001 L 12, p. 1).

invasion of Cyprus by the Turkish army in 1974. The Orams claimed to have purchased the land in 2002 in good faith from a third party, who had himself acquired it from the authorities of the “Turkish Republic of Northern Cyprus”. The successive acquisitions were in accordance with the laws of that entity, which to this day has not been recognized by any State except the Republic of Turkey. The Orams built a villa and frequently occupied the property as their holiday home. Apostolides brought an action in the District Court of Nicosia against the Orams. After the successful outcome of the proceedings before the Cypriot courts, Mr. Apostolides produced the Cypriot court’s decision in England pursuant to Regulation No 44/2001, for the recognition and enforcement of the judgments concerned. By order of 21 October 2005, a Master of the High Court of Justice (England and Wales), Queen’s Bench Division, ordered that the judgments be enforceable in England pursuant to that regulation. The Orams challenged that order and a High Court judge set it aside by means of an order dated 6 September 2006. Mr. Apostolides appealed against that order and the Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division) decided to stay the proceedings and to refer to the Court of Justice for a preliminary ruling.

The first main question referred to the Court was that of the application of EU law and more precisely of Council Regulation 44/2001 in the occupied northern part of Cyprus. More precisely, the Court asked whether the suspension of the application of the *acquis communautaire* in the northern part of Cyprus precludes a court of a Member State – in this case a UK court – from recognizing and enforcing a judgment pronounced by a court of the Republic of Cyprus sitting in the Government-controlled area but relating to land in the northern area. To resolve this question, the Court analyzed protocol 10 to the Act concerning the accession of Cyprus to the European Union, which states that “*the application of the acquis shall be suspended in those areas of the Republic of Cyprus in which the Government of the Republic of Cyprus does not exercise effective control*”. Based on the principle of the restrictive interpretation of exceptions to or derogations from rules laid down by the EC Treaty⁸⁸, the Court held that the judgments concerned, the recognition of which is sought by Mr. Apostolides, were given by a court sitting in the Government-controlled area and the fact that those judgments concern land situated in the northern area does not preclude the application of the Regulation. Or in other words, it is sufficient for the recognition and enforcement of the judgments in the UK, that it was delivered by the national competent court, regardless of the location of the disputed land.

The applicability of Regulation 44/2001 was also questioned on the basis of other legal grounds. First, the Commission invoked the argument that the case might not fall within the material scope of Regulation No 44/2001 because it may not be regarded as a ‘civil and commercial matter’. The Court firmly denied this argument on the grounds of an autonomous interpretation of the concept of “civil and commercial matters”. As the Court stressed, the action is being brought not against conduct or procedures which involve an exercise of public powers by one of the parties to the case, but against acts carried out by individuals. In the case in the main proceedings, the action was between individuals and its object was to obtain damages for unlawfully taking possession of land, the delivery up of

⁸⁸ T. Synodinou, Protection de la propriété à Chypre : cadre légal et frontières de l’acquis communautaire, in : J. Rosseto / K. Joséphides, La singularité de Chypre dans l’Union Européenne, Diversité des droits et des statuts, mare & martin, Paris, 2012, p. 318.

that land, its restoration to its original state and the cessation of any other unlawful intervention.

By its third question, the referring court asked essentially whether the lack of effective control of the Republic of Cyprus in the northern part of the island, which renders the judgments of the Cypriot courts unenforceable in the non-controlled areas, constitutes grounds for withholding recognition or enforcement under Article 34(1) of Regulation No 44/2001. The Court rejected this argument too. More precisely the Court found that “the fact that claimants might encounter difficulties in having judgments enforced in the northern area cannot deprive them of their enforceability, and therefore does not prevent the courts of the Member State in which enforcement is sought from declaring such judgments enforceable.”⁸⁹

The Court of Justice found that the judgment was enforceable. As a result, the judgments of Cypriot courts regarding the claims of Greek Cypriots in respect of immovable property in the northern part of the island can be registered and executed on the basis of European Union Regulation No. 44/2001 in the EU Member States where the usurpers of the properties reside.

Conclusion

Cypriot real property law is an interesting amalgam of components derived from Roman law, Ottoman law, English law and Greek law. The historical factor also lies at the origin of another particularity of Cypriot real property law: the management of real property belonging to Turkish Cypriots is subject to regulation under public law, - deriving from the law of necessity – which was applied in order to overcome the tragic effects of the separation of the two communities. A third important element that is constantly evolving is the necessary interaction with European law and international law. These unique features lead to a synergy between private law, public law, international law and European law, which together form the special identity of Cypriot real property law.

Cypriot real property law is, therefore, one of the most representative examples of the Cypriot legal system, which in general could be classified as a mixed one. Voltaire once said that, in travelling from one end of France to the other, one changed laws as often as one changed horses. Professor Symeonides, citing Voltaire and commenting on the legal diversity of the Cypriot legal system, emphasized that “*paraphrasing Voltaire, one could say that in Cyprus one changes laws as often as one changes subject matter*”⁹⁰. To paraphrase Professor Symeonides, it could be argued that in Cypriot real property law, one changes laws as often as one changes laws dealing with land and sections of land law legislation.

⁸⁹ Para. 70 of the judgment.

⁹⁰ S. Symeonides, The mixed legal system of the Republic of Cyprus, 78 Tul. L. Rev. 441 2003-2004.

Vom Begriff des Wertpapiers im Kontext der Dematerialisierung

von

Mag. Jur. Krzysztof Kubień, Kattowitz

1. Geschichte und Einführung; Problemsetzung; Der Zweck. 2. Der Begriff des traditionellen Wertpapiers; 2.1. Die Verschiedenen Urkunden; Das Papier, das einen Wert hat; Beweisurkunden; Die allgemeine Formerfordernis; Einfache Legitimationspapiere; Rekta- oder Namenspapiere; Qualifizierte Legitimationspapiere oder hinkende Inhaberpapiere; Orderpapiere; Inhaberwertpapiere; Kleine Inhaberpapiere; 2.2.Zusammenfassung; 2.2.1. Mit Urkunden verbundene Eigenschaften; 2.2.2. Die Interessenslage bei Urkunden; Der Berechtigte; Der Erwerber; Der Dieb; Der Verpflichtete; Ein unbeteiligter Dritter; Schlussfolgerung. 3. Am Kapitalmarkt; gehandelte Wertpapiere; Das deutsche Recht; Das polnische Recht. 4. Schlussfolgerung; Klassische Wertpapiere; Am Kapitalmarkt gehandelte Wertpapiere

Zusammenfassung: Eine dauerhafte Erscheinung im Wertpapierrecht sind dematerialisierte Wertpapiere. Diese Rechtsobjekte werden weiterhin Wertpapiere genannt, obwohl keine Urkunden existieren, die Rechte verbiefen oder verkörpern. Die Entstehung der dematerialisierten Wertpapiere hat in verschiedenen Jurisdiktionen für Verwirrung gesorgt und zahlreiche Reformen des Wertpapierrechts verursacht. Auch das deutsche und das polnische Recht wurden von dieser Entwicklung nicht verschont. Eine grundsätzliche Reform des Wertpapierrechts wird in beiden Ländern von zahlreichen Vertretern der Lehre gefordert. Vor diesem Hintergrund wird eine Besprechung der Institution des Wertpapiers in den beiden Ländern für all jene interessant sein, die ein besseres Verständnis des Wertpapiers erlangen wollen. Mit diesem Thema beschäftigt sich die folgende Arbeit.

1. Geschichte und Einführung

Sowohl in Polen als auch in Deutschland denkt ein Investor, der Aktien oder Anleihen kauft, dass er Wertpapiere besitzt. Diese auf der umgangssprachlichen Bedeutung der Worte „Wertpapier“ und „Besitz“ gebildete Annahme ist in beiden Rechtssystemen falsch. Eine Legaldefinition des Begriffs Wertpapier gibt es weder im polnischen noch im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, anders als in den entsprechenden Depotgesetzen.

Nach herrschender Meinung, die auf Heinrich Brunner zurückgeht, sind Wertpapiere: „Urkunden über Privatrechte, deren Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist.“ Diese Definition kann vorsichtig auch für das polnische Recht als herrschend angesehen werden. „Verwertung“ bedeutet sowohl Geltendmachung, als auch Übertragung des Rechts.¹ Der Inhaber der Urkunde wird zumeist als Detentor

¹ H. Brunner, Die Werthpapiere (in:) Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, red. W. Endemann, Leipzig 1882, S. 146.

verstanden, was bedeutet, dass zur Geltendmachung des Rechts schon allein der „corpus“ ausreicht und kein „animus“, also der Wille, für sich zu besitzen, nicht notwendig ist.

Entgegen dem Gebot des „Innehabens“ der Urkunde werden börsennotierte „Wertpapiere“ nicht von Privatpersonen physisch gehalten. Dies wäre praktisch unmöglich, wenn man berücksichtigt, dass täglich Millionen von Wertpapiergeschäften getätigt werden. Eine Übertragung des Rechtes durch Einigung und Übergabe ist kaum vorstellbar, erst recht nicht, wenn der Käufer und der Verkäufer ihren Sitz in verschiedenen Ländern haben.

Aus diesem Grund wurden Urkunden schon seit dem XIX. Jahrhundert von Privaten an spezialisierte Verwahrer abgegeben. Diese waren mit der Geschäftsabwicklung beschäftigt. Das System beruhte zuerst darauf, dass einzelne Urkunden bei einem Verwahrer eingeliefert wurden. Diese wurden vorab von anderen Wertpapieren getrennt (Sonderverwahrung) und danach mit der Gattung nach gleichen Wertpapieren zusammen aufbewahrt (Sammelverwahrung). Die Wertpapiere mussten beim Verkauf immer noch hin und her bewegt werden, wenn der Käufer einen Vertrag mit einem anderen Verwahrer hatte. Ein großer Nachteil dieses Systems war seine nur begrenzte Skalierbarkeit, denn mit der wachsenden Menge der Transaktionen wuchs auch der logistische Aufwand, der mit dem Transport der Wertpapiere verbunden war. Aus diesem Grunde ging man mit der Zeit dazu über, viele einzelne Urkunden mit einer Sammelurkunde und letztlich alle Urkunden einer Emission mit einer Globalurkunde zu ersetzen, die nicht mehr bewegt werden.

Der letzte Schritt war die komplette Dematerialisierung von Wertpapieren. In vielen Ländern existieren Wertpapiere als Urkunde nicht mehr. Die Papierform wurde durch Eintragung in ein Register ersetzt, auch Buchung genannt. In Deutschland können Staatsanleihen nach dem Reichsschuldbuchgesetz schon seit 1910 diese Form haben. Diese sind streng genommen keine Wertpapiere mehr. In Polen werden Wertpapiere seit 1997 dematerialisiert.

Während in Deutschland schon anfangs des XX. Jahrhunderts das System der Sammelverwahrung weitverbreitet und auf wenige Wertpapiersammelbanken konzentriert war, waren beispielsweise in den USA lange einzelne Broker mit der Verwahrung von Wertpapieren beschäftigt. Dies führte immer öfter zu Ausfällen, wenn Wertpapiere nicht rechtzeitig geliefert werden konnten. Die berühmteste Krise ereignete sich 1967-1970 in New York, als die wachsende Zahl der Transaktionen die Möglichkeiten der die Wertpapiere verwahrenden Broker übertraf und millionenweise Wertpapiere nicht geliefert werden konnten.² In der Folge sind ca. 160 Broker in Konkurs gegangen oder wurden von Konkurrenten übernommen. Als Folge dieser Krise wurden zentrale Wertpapierverwahrer eingerichtet, welche heute einen Großteil des Handels abwickeln.

² G. Caprio, *Handbook of Key Global Financial Markets, Institutions, and Infrastructure*, Academic Press, 2012, s. 559.

Problemsetzung

Die beschriebenen Änderungen in der physischen Handhabung von Wertpapieren sind nicht ohne Bedeutung für die rechtliche Situation der Betroffenen. Ein Wertpapier, das die Form einer Urkunde hat, wird notwendigerweise anders behandelt als eines, das nur eine Buchung in einem Register ist. Eine einzelne Urkunde ist für den Berechtigten etwas anderes als ein Teilrecht an einer Globalurkunde.

Die Unterscheidung zwischen einzelverbrieften Urkunden und solchen, die von Verwahrern gehalten werden, ist nur eine Quelle unterschiedlicher rechtlicher Behandlung. Im Fall der Wertpapiere existieren sowohl im polnischen als auch im deutschen Recht grundsätzlich nur wenige allgemeine Regeln. Vielmehr gibt es spezielle Regeln für verschiedene Wertpapiere. Diese dienen ganz konkreten Zwecken und manche sind mehr als hundert Jahre alt.

Im polnischen Recht tritt noch ein anderer wichtiger Faktor hinzu. Unter dem kommunistischen Regime hatten Wertpapiere keine Bedeutung. Gesetzliche Regeln über Wertpapiere wurden bis auf einige Wenige aufgehoben. Sogar die Anweisung, die als Grundbaustein des polnischen Wertpapierrechts gilt, existierte nicht.³ In einer Reform des polnischen bürgerlichen Gesetzbuches (bGBPL), die 1990 stattgefunden hat, wurde die Institution des Wertpapiers wiederbelebt.⁴ Neu eingeführte Wertpapiere bekamen eigene Gesetze, welche als vollständige Regelungen ausgestaltet wurden und unabhängig von den allgemeinen Regeln funktionieren. Die Letzten haben nur eine marginale Bedeutung. Dieses Problem ist in der polnischen Lehre bekannt und es sind Vorschläge unterbreitet worden, um den allgemeinen Vorschriften wieder Relevanz zu geben.⁵ Dies wird wahrscheinlich erst mit der Einführung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches geschehen.

Die Bedeutung des Begriffes „Wertpapier“ ist im polnischen Recht noch nicht abschließend geklärt. Teilweise wird auf die Lehre von Brunner und polnischen Juristen des frühen XX. Jahrhunderts zurückgegriffen. Eine allgemein anerkannte Definition gibt es jedoch nicht.⁶ Die Brunnersche Definition könnte als herrschend angesehen werden, aber eher aus historischen Gründen und nicht aus Überzeugung über ihre Korrektheit. Da das moderne polnische Wertpapierrecht sich erst seit 20 Jahren entwickelt, ist der Wertpapierbegriff noch nicht erstarrt und es kann erwartet werden, dass dieser in der kommenden Zeit noch diskutiert wird, bevor eine herrschende Lehre entsteht. Dabei ist auch von Bedeutung, dass das heutige polnische Recht sich nicht nur eigenständig entwickelt, sondern auch aus fremden Rechtssystemen neue Ideen schöpft.

³ J. Mojak, *Tradycja a postęp w polskim prawie papierów wartościowych*, TEKA Komisji Prawniczej O.L. PAN, nr I/2008, Lublin, S. 131.

⁴ Gesetz vom 28 Juli 1990 über die Änderung des Gesetzes – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 55, poz. 321)

⁵ A. Jakubecki, J. Mojak, *Papiery wartościowe, [w:] Zielona Księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego w RP*, red. Zbigniew Radwański, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa, 2006, S. 97

⁶ M. Romanowski, in: red. A. Szumański, *System Prawa Prywatnego*, Band 18, 2009, S. 26 ff.

Im deutschen Recht geht die heutige gesetzliche Regelung der traditionellen Wertpapiere auf die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches zurück. Ähnlich wie im polnischen Recht, aber weniger ausgeprägt, sind die Einzelregelungen ebenfalls auf viele besondere Vorschriften verstreut. Da das System seit Jahrzehnten funktioniert, scheint dies nicht problematisch. Umstritten ist hingegen die rechtliche Ausgestaltung der am Kapitalmarkt gehandelten Wertpapiere. Das deutsche Recht gehört einer immer kleiner werdenden Gruppe von Rechtssystemen an, in denen das Wertpapier immer noch in Urkundenform existiert, selbst wenn es am Kapitalmarkt gehandelt wird. Dieser Umstand wird mit der sogenannten sachenrechtlichen Theorie begründet, wonach auf diese Wertpapiere die sachenrechtlichen Grundsätze, die mit dem Eigentum am Papier verbunden sind, angewendet werden. Zahlreiche Stimmen aus der Lehre wenden sich gegen diesen Zustand und fordern, die Wertpapiere komplett durch Buchungen zu ersetzen, wie das in anderen Ländern geschehen ist.⁷ Teilweise wird gefordert, eine neue und allgemeine Institution von virtuellen Gütern einzuführen.⁸

Die rechtliche Lage in beiden Ländern wird zusätzlich von einem sehr starken internationalen Druck beeinflusst. Im Rahmen der Europäischen Union wurden zahlreiche Rechtsakte verabschiedet, die direkten Einfluss auf das Recht der Wertpapiere haben. Vielleicht noch wichtiger sind andere Initiativen, die beispielsweise im Rahmen der Haager Wertpapierkonferenz oder UNIDROIT unternommen werden und direkt auf eine Rechtsangleichung im Bereich der Verwahrung von Wertpapieren zielen. Bedeutenden Einfluss auf die Entwicklung des Wertpapierrechts hat vor allem die stets wachsende Menge von grenzüberschreitenden Transaktionen, welche den Drang zur Rechtsangleichung erzeugt und beachtliche Herausforderungen an das internationale Privatrecht stellt.

Der Zweck

Das in großen Zügen dargestellte Bild zeigt, dass das Recht der Wertpapiere alles andere als regungslos ist. Die Brunnersche Definition erscheint dabei schon auf den ersten Blick als eine Vereinfachung. Dieser erste Anschein ist korrekt. Die „Notwendigkeit der Innehabung“ der Urkunde ist nur ein Teilaspekt und betrifft nicht notwendigerweise alle Wertpapiere. Die Verwertung des Rechts aus der Namensaktie kann beispielsweise auch ohne die Urkunde - basierend auf dem Eintrag ins Aktienregister - erfolgen, ohne dass dabei für eine der Seiten eine zusätzliche Gefahr im juristischen Sinne entsteht.

⁷ Darüber: D. Einsele, *Wertpapierrecht als Schuldrecht: Funktionsverlust von Effektenurkunden im internationalen Rechtsverkehr*, Mohr Siebeck, 1995; W. Zöllner, *die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren*, in: Festschrift für Ludwig Raiser, *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Mohr Siebeck, 1974; E. Micheler, *Wertpapierrecht zwischen Schuld- und Sachenrecht, zu einer kapitalmarktrechtlichen Theorie des Wertpapierrechts*, Springer Verlag 2004;.

⁸ Darüber: M. Lehmann, *Finanzinstrumente: vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände*, Mohr Siebeck, 2009

Ich bin mit der Ansicht einverstanden, dass jede Rechtsnorm einem Zweck dient, denn der Zweck ist die Ursache jeder Rechtsnorm.⁹ Bei der Formulierung von Rechtsnormen ist festzustellen, was die Interessen der Beteiligten sind und wo Interessenskonflikte entstehen. Diese Konflikte werden durch eine Wertentscheidung entschieden, die dann im Gesetz geregelt werden. Darüber hinaus sollte die Anwendung des Rechts so einfach wie möglich gestaltet und das Gesetz, auch für den Laien, so weit wie möglich verständlich formuliert werden, um Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im weitestmöglichen Umfang zu schaffen (Gebot der Verständlichkeit).

2. Der Begriff des traditionellen Wertpapiers

2.1. Die verschiedenen Urkunden

Der Begriff des Wertpapiers wird manchmal enger und manchmal weiter ausgelegt. Es ist unstrittig, dass Wertpapiere sowohl Urkunden über Schuldrechte als auch über Sachenrechte und Mitgliedschaftsrechte sein können. Die herrschende Meinung ist, dass Wertpapiere nur ein Recht verbriefen dürfen, das ein Privatrecht und ein Vermögensrecht ist.¹⁰ Nach dem Gesetz kann der Begriff „Wertpapier“ aber auch ganz andere Bedeutungen haben.

Das Papier, das einen Wert hat

Der weitestmögliche Wertpapierbegriff findet sich in § 702 BGB, welcher die Haftung des Gastwirtes für abhanden gekommene Wertpapiere regelt.¹¹ Im Sinne dieser Vorschrift ist jedes Papier, das einen Wert für den Berechtigten hat, ein Wertpapier.¹² Damit entsteht ein Wertpapierbegriff, der kaum noch weiter gefasst werden könnte – das Wertpapier als Papier, das einen Wert hat. Dieses „Wertpapier“ muss kein Recht verbriefen.

Dieser weite Begriff setzt nicht voraus, dass Wertpapiere unterschriebene Urkunden sein müssen. Ein Wertpapier könnte auch eine Eintrittskarte, ein Gutschein, eine Quittung oder ein Lotterielos sein. Der allgemeine Begriff, mit dem solche Wertpapiere benannt werden könnten ist „Urkunde“. Nach §126 BGB wird der Begriff Urkunde als „Träger auf dem Informationen in Schriftform niedergelegt sind“ begriffen. Im polnischen Recht entspricht diesem Begriff der Begriff „Dokument“.

Beweisurkunden

In der Kategorie der „Urkunden“ lassen sich zuerst solche erkennen, die keine besonderen Rechte und Pflichten begründen. Diese werden traditionell Beweisurkunden genannt.

⁹ Darüber: R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Breitkopf & Härtel, 1877.

¹⁰ H. Brox, *Handels- und Wertpapierrecht*, 16. Auflage, C.H.Beck, 2003, S. 213 ff.

¹¹ Eine entsprechende Vorschrift findet sich im Art. 849 bGBPL. Beide Vorschriften basieren auf dem Art. 2 des Übereinkommens über die Haftung der Gastwirte für die von ihren Gästen eingebrachten Sachen vom 17.12.1962.

¹² H.-J. Haag, *Die Begriffsbildung der Wertpapiere*, 1969, S. 16.

Die Beweisurkunden erbringen nach § 416 ZPO den vollen Beweis dafür, dass der in der Urkunde beschriebene Anspruch besteht. Der Begriff „voller Beweis“ wird im polnischen Beweisrecht selten benutzt, jedoch hat die Beweisurkunde in der Praxis die gleiche Wirkung. Beweisurkunden sind beispielsweise Schuldscheine nach § 371 BGB. Auch jeder Vertrag würde die Voraussetzungen dieses Begriffes erfüllen.

Leistet der Schuldner an die falsche Person, die eine Beweisurkunde vorlegt, so hat er unter Umständen den Schaden nicht zu vertreten, wenn ihn keine Schuld trifft.¹³ Die praktische Bedeutung der Beweisurkunde hängt sehr stark von der Gestaltung des Einzelfalles ab.

Die Übertragung von Rechten erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen. Eine Besonderheit des deutschen Rechts ist § 952 BGB. Danach geht, bei Übertragung des Rechtes, das Eigentum an der Urkunde ebenfalls über. Dies trifft nicht nur für Beweisurkunden, sondern für alle Urkunden zu, die nicht durch Indossament oder nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen werden. Eine entsprechende Vorschrift gibt es im polnischen Recht nicht.

Das allgemeine Formerfordernis

Urkunden besonderer Art sind solche, die wegen besonderer Formerfordernisse des Gesetzes notwendig sind. Das BGB unterscheidet: formfreie Rechtsgeschäfte, die Schriftform ev. elektronische Form, die Textform, die notarielle Beurkundung, die öffentliche Beglaubigung der Urkunde und die vereinbarte Form (§§ 125 bis 129 BGB). Folge der Nichteinhaltung der Form ist im deutschen Recht grundsätzlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.

Das polnische Recht kennt die gleichen Formen wie das deutsche Recht, mit Ausnahme der Textform, die im polnischen Recht bisher nicht geregelt ist. Die Rechtsfolge der Nichtbeachtung der Form hat die Nichtigkeit zur Folge, es sei denn, das Gesetz sieht besondere Rechtsfolgen vor. Eine Ausnahme ist die Schriftform. In diesem einen Fall hat die Nichtbeachtung der Form Beweisverbote zur Folge. (Art. 73 bis 81 bGBPL).

Die allgemeine Formerfordernis wird benutzt, um die Aufmerksamkeit zu erwecken, zum Beweis, zur Unterrichtung der Beteiligten über Rechte und Pflichten, zur sachkundigen Beratung und der Kontrolle des Rechtsgeschäfts durch Notar oder Behörde.¹⁴ Die Existenz der Urkunde ist erforderlich, um Rechtsfolgen zu bewirken. Die Ausübung und Übertragung des Rechts geht nach allgemeinen Grundsätzen vonstatten.

Traditionell wird das Merkmal der Form nicht als bedeutend für die Abgrenzung des Wertpapierbegriffes angesehen. Während das Merkmal der Form für die Entstehung des Anspruchs von Bedeutung ist, wird bei Wertpapieren traditionell die Ausübung und die Übertragung von Ansprüchen als wichtiger erachtet. Das Erlöschen des Anspruchs wird

¹³ Siehe einfache Legitimationspapiere.

¹⁴ Palandt, kom § 125 BGB, 71. Auflage, 2012, S. 106.

bei der Zuordnung von Urkunden zu Wertpapieren nicht als entscheidendes Merkmal genannt.

Einfache Legitimationspapiere

Einen erweiterten Schutz des Schuldners bieten „einfache Legitimationspapiere“. Der Schuldner kann mit befreiender Wirkung die Rückzahlung an den Inhaber der Urkunde leisten. Dies wird „die Liberationswirkung“ genannt. Im Gegensatz zu den allgemein geltenden Regeln wird der Schuldner selbst dann von der Pflicht befreit, wenn er an den Falschen die Rückzahlung geleistet hat, falls dieser die Urkunde vorzeigen konnte.

Der Gläubiger hat einen Anspruch auf die Leistung nicht allein aufgrund dessen, dass er die Urkunde innehat, denn damit ist keine Vermutung der Berechtigung verbunden. Er muss im Zweifel sein Recht anderweitig beweisen. Er kann die Leistung aber auch dann verlangen, wenn er nicht über die Urkunde verfügt. Als einfache Legitimationspapiere werden oft Garderobemarken und Gepäckscheine ausgegeben. Die Regel § 952 BGB wird angewendet.

Der besondere Schutz hilft dem Schuldner auf Kosten des wahren Gläubigers. Bei einer Falschleistung bleibt der Gläubiger vorerst ohne Leistung. Er kann sich nur an den faktischen Empfänger der Leistung wenden. Dieser besondere Schutz darf nicht überbewertet werden. Existiert eine einfache Beweisurkunde, in der das Gesetz die Liberationsfunktion nicht gewährt, entfaltet diese doch eine ganz ähnliche Wirkung wie das Legitimationspapier. Der Schuldner ist nach allgemein - sowohl im deutschen als auch im polnischen Recht - geltenden Grundsätzen zur Erstattung eines Schadens nur dann verpflichtet, wenn er diesen verschuldet hat. Die Vorlegung einer Beweisurkunde durch einen Nichtberechtigten kann im konkreten Fall die Schuld des Schuldners ausschließen. Damit reduziert sich der zusätzliche Schutz großteils auf eine bessere Ausgangsposition im Prozess.

Rekta- oder Namenspapiere

Rektapapiere sind solche Urkunden, die den Berechtigten namentlich bezeichnen.

Der Verpflichtete kann die Vorlage der Urkunde bei der Leistung fordern, daher werden Rektapapiere nach der Brunnerschen Definition zu den Wertpapieren gezählt. Dies ist die Wertpapierwirkung. Die Rechte aus Rektapapieren werden durch Zession übertragen und das Eigentum am Papier geht entsprechend § 952 BGB an den neuen Berechtigten über. Es gibt grundsätzlich keinen Gutglaubensschutz, mit Ausnahmen der Hypothek und der Grundsuld.¹⁵ Im polnischen Recht bedarf die Übertragung von Rechten aus einem Rektapapier nach Art. 921⁸ bGBPL der Zession und der Übergabe der Urkunde. Eine Besonderheit ist die Namensaktie, welche später gesondert besprochen wird.

¹⁵ H. Brox, Handels- und Wertpapierrecht, 16. Auflage, C.H.Beck, 2003, S. 225.

Die Innehabung des Papiers allein reicht zur Ausübung des Rechts nicht aus (keine Legitimationswirkung). Der Verpflichtete kann vom Berechtigten fordern, dass er seine Berechtigung auf eine andere Weise darlegt. Eine Vermutung der Berechtigung gibt es nicht.

Das Rektapapier verleiht keinen besonderen Schutz bei der Ausübung und Übertragung des Rechtes. Obwohl der Verpflichtete die Vorlegung der Urkunde bei der Leistung fordern kann, verschafft ihm das nur einen begrenzten Vorteil, da der Berechtigte im Papier namentlich bezeichnet ist. Das Risiko, dass das Recht an einen Dritten zediert wurde, ist für den Verpflichteten dadurch begrenzt, dass der Verpflichtete nach § 407 BGB bis zur Kenntnisnahme von der Zession an den alten Berechtigten mit befreiender Wirkung leisten kann. Für das polnische Recht gelten entsprechende Regeln nach Art. 512 bGBPL.

Ein Beispiel für ein Namenspapier kann die bürgerlich-rechtliche Anweisung sein sowie Hypotheken- und Grundschuldbriefe.

Qualifizierte Legitimationspapiere oder hinkende Inhaberpapiere

Von den einfachen Legitimationspapieren zu unterscheiden sind qualifizierte Legitimationspapiere nach § 808 BGB. Diese sind Rektapapiere, weil das Recht einem benannten Berechtigten zusteht. Der Berechtigte muss in der Urkunde nicht benannt werden, doch er muss auf eine andere Weise als nur durch Vorlegung der Urkunde bestimmbar sein.¹⁶ Qualifizierte Legitimationspapiere sind Rektapapiere mit Inhaberklausel, denn sie werden mit der Bestimmung ausgegeben, dass die in der Urkunde versprochene Leistung an den Inhaber mit befreiender Wirkung bewirkt werden kann, selbst wenn er selbst nicht der Berechtigte ist.

Qualifizierte und einfache Legitimationspapiere haben gemeinsam, dass sie nur eine Liberationswirkung begründen. Der Verpflichtete ist nicht schon allein durch die Vorlage der Urkunde zur Leistung verpflichtet, denn eine Vermutung für die Berechtigung, ein Rechtsschein, entsteht nicht. Er kann einen Nachweis der Berechtigung fordern.

Von den einfachen Legitimationspapieren unterscheidet sie, dass der Schuldner zusätzlich verlangen darf, dass ihm die Urkunde bei der Leistung ausgehändigt wird. Dies hat einen zusätzlichen Schutz des Schuldners zur Folge. Diese Eigenschaft wird aus Sicht der Brunnerschen Definition als entscheidend dafür angesehen, dass diese Urkunden zu den Wertpapieren gezählt werden. Die Regel des § 952 BGB wird bei der Übertragung der Rechtes angewendet. Bei Verlust ist das Aufgebotsverfahren zulässig.

Zu diesen Urkunden zählen nach deutschem Recht: Sparbuch, Pfandschein, Depotschein der Bank, Versicherungsschein mit Inhaberklausel, womöglich auch auf den Namen lautende Fahrkarten und Eintrittskarten.

¹⁶ Palandt, Kom § 808 BGB, 71. Auflage, 2012, S. 1251 ff.

In der polnischen Lehre wird grundsätzlich nicht zwischen einfachen und qualifizierten Legitimationspapieren unterschieden.¹⁷ Es wird von einer einheitlichen Kategorie der „Legitimationszeichen“ gesprochen. Die Legitimationszeichen sind nach Art. 921¹⁵ Abs. 1 bGBPL: „*Urkunden, die die Pflicht zur Leistung feststellen.*“ Interessanterweise werden auf diese Urkunden die Vorschriften über Wertpapiere entsprechend angewendet.¹⁸

Legitimationszeichen des polnischen Rechts haben Liberationswirkung. Ob diese auch eine Wertpapierwirkung entfalten, also ob der Schuldner die Leistung von der Vorlage des Legitimationszeichens abhängig machen darf, ist umstritten, obwohl die Meinung, dass Art. 921⁶ bGBPL, der diese Regel enthält, anzuwenden ist, zu überwiegen scheint.¹⁹ Meistens wird darauf hingewiesen, dass Legitimationszeichen eine heterogene Gruppe bilden und sehr unterschiedlich sind. Es ist davon auszugehen, dass es sowohl Legitimationszeichen geben kann, die eine Wertpapierwirkung entfalten, als auch solche, die keine haben. Dieser Schluss folgt insbesondere daraus, dass die Vorschriften über Wertpapiere nur „entsprechend“ anzuwenden sind. Eine mögliche Begrenzung der zulässigen Einwendungen wird nach der hM akzeptiert.²⁰

Auf Legitimationszeichen, die den Berechtigten nicht benennen, finden die Vorschriften über Inhaberpapiere entsprechende Anwendung.²¹ Dadurch ist die Übertragung des Rechtes nach sachenrechtlichen Grundsätzen möglich.²² Diese sind mit den kleinen Inhaberpapieren des deutschen Rechts (§ 807 BGB) vergleichbar.

Orderpapiere

Orderpapiere sind ebenfalls Urkunden, die den Berechtigten namentlich bezeichnen.²³ Der Verpflichtete muss nur gegen Vorlage der Urkunde leisten, womit das Orderpapier ebenfalls zu den Wertpapieren im Sinne der Brunnerschen Definition zählt. Im Unterschied zu Rektapapieren werden Orderpapiere durch Übereignung der Urkunde nach sachenrechtlichen Regeln und Indossament übertragen.²⁴ Wertpapiere sind Orderpapiere entweder von Gesetzes wegen (geborenes Orderpapier), oder sie enthalten eine Orderklausel (gekorene Orderpapiere).

¹⁷ M. Romanowski, in: red. A. Szumański, System Prawa Prywatnego, Band 18, 2009, S. 54 ff.

¹⁸ Art. 921¹⁵ Abs. 1 bGBPL.

¹⁹ Dafür: P. Machnikowski, in: „Kodeks cywilny. Komentarz“ red. prof. dr hab. E. Gniewek, prof. dr hab. P. Machnikowski, C.H.Beck, 2013, Art. 921¹⁵.

auch: M. Romanowski, in: „System prawa prywatnego...“, S. 58;

dagegen: Cz. Żuławska, in: „Komentarz do kodeksu cywilnego...“, Art. 921¹⁵.

²⁰ Cz. Żuławska, in: Red. Dmowski, M. Sychowicz, H. Ciepła, K. Kołakowski, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, J. Gudowski, Bieniek, Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania, 2009, Art. 921¹⁵.

²¹ Art. 921¹⁵.III bGBPL.

²² Cz. Żuławska, in: „Komentarz do kodeksu cywilnego...“, Art. 921¹⁵.

²³ H. Brox, Handels- und Wertpapierrecht, 16. Auflage, C.H.Beck, 2003, S. 220.

²⁴ Zur Notwendigkeit der Einigung und Übergabe: BGH NJW 1958, 302.

Das Indossament ist eine ganz besondere Institution, die im Wertpapierrecht Anwendung findet. Sowohl im polnischen als auch im deutschen Recht gelten die gleichen Regeln, da das Indossament im Wechselgesetz geregelt ist und auf einem Modelgesetz nach der Genfer Konvention vom 6 Juni 1930 basiert. Nach Hans-Joachim Haug liegt dem Indossament *„die Überlegung zugrunde, dass man auf zweierlei Art eine Forderung auf einen Dritten übergehen lassen könne: einerseits kann die bisherige Obligation zugunsten einer gleichgearteten an den neuen Gläubiger zu Erlöschen gebracht werden (Novation) andererseits kann die bestehende Forderung in ihrer rechtlichen Zugehörigkeit geändert d.h. sie kann auf eine andere Person übertragen werden (Zession)“*.²⁵

Da der Ursprung des Indossaments die Novation ist, wird es von der Idee einer neuentstehenden Forderung begleitet. Aus diesem Grund sind Einwendungen des Verpflichteten gegenüber dem aktuellen Berechtigten sehr begrenzt zulässig. Damit wird die Umlauffähigkeit des Orderpapiers sehr gestärkt. Dies ist nur eine besondere Eigenschaft des Indossaments. Beim Orderpapier verpflichtet sich der Schuldner, an den Berechtigten oder an eine von ihm bestimmte Person zu leisten. Das Wort „oder“ zeugt davon, dass es hier nicht um eine Nachfolge im Recht geht, sondern dass es sich um eine unmittelbare Relation zwischen dem Verpflichteten und dem neuen Berechtigten handelt (Indossatar). In der Form ist das Indossament ein Vermerk, der auf der Urkunde eingetragen wird. Er besteht aus zwei Unterschriften – der des bisherigen Berechtigten, des Indossanten und der des neuen Berechtigten, des Indossatars.

Das Indossament ist nicht nur für die Übertragung von Rechten und den Ausschluss von Einwendungen von Bedeutung. Kann der Berechtigte eine ununterbrochene Kette von Indossamenten vorweisen, dann ist das Beweis genug, damit er die Leistung fordern kann. Der Verpflichtete ist auf Vorlage einer solchen Urkunde zur Leistung verpflichtet und es entsteht die Vermutung, dass der Vorleger berechtigt ist.²⁶

Das Indossament macht einen beschränkten gutgläubigen Erwerb des Rechtes möglich. Der Verpflichtete ist verpflichtet, die Ordnungsmäßigkeit der Reihe der Indossamente, aber nicht die Echtheit der Unterschriften der Indossanten zu prüfen.²⁷

Jeder Indossant haftet grundsätzlich für die Leistung durch den Verpflichteten.²⁸ Dies ist ein ganz besonderer Schutz, den das Indossament dem Berechtigten, der das Recht geltend macht, gewährt. Es steigert die Eignung des Rechtes zu Umlauf, denn es erhöht die Wahrscheinlichkeit der Leistung. Ein Indossant kann seine Haftung gegenüber Folgeindossanten ausschließen.

Eine besondere Art des Indossaments ist das Blankoindossament. Dies ist ein Indossament, das nur der Indossant unterschrieben hat, ohne Angabe des Indossatars. Dies

²⁵ H.-J. Haug, Die Begriffsbildung der Wertpapiere, 1969, S. 36.

²⁶ Art. 16 deutsches Wechselgesetz und ebenfalls Art. 16 polnisches Wechselgesetz.

²⁷ Art. 40 Abs. 3 deutsches Wechselgesetz und Art. 39 Abs. 3 polnisches Wechselgesetz.

²⁸ Art. 15 deutsches Wechselgesetz und ebenfalls Art. 15 polnisches Wechselgesetz.

ermöglicht die Übertragung des Rechtes aus der Urkunde durch einfache Einigung und Übergabe, nach sachenrechtlichen Grundsätzen. Damit wird die Übertragung des Rechtes so einfach gestaltet wie es nur möglich ist. Gleichzeitig wird den Folgeberechtigten der Schutz des Indossaments genommen.

Nach § 234 BGB sind Orderpapiere mit Blankoindossament zur Sicherheitsleistung geeignet. Sie müssen einen Kurswert haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf (den Begriff „Mündelgeld“ regelt § 1807 BGB).

Orderpapiere sind besonders geeignet, Rechte in Umlauf zu bringen, wenn die Zuverlässigkeit der Leistung am wichtigsten ist. Dies wird durch die Haftung aller in der Kette stehenden Indossanten erreicht. Gleichzeitig wird dem Verpflichteten eine Leistung an den Nichtberechtigten im guten Glauben ermöglicht. Auch der gute Glaube eines Indossatars wird geschützt. Die Notwendigkeit des Indossaments bildet eine zusätzliche Hürde für die Leistungsentgegennahme durch Unberechtigte. Eine Urkundenfälschung ist notwendig, um eine ununterbrochene Kette von Indossamenten vorzuweisen. Damit gestaltet das Indossament den Verkehr besonders sicher, denn es schützt nicht nur den Erwerber des Rechtes vom Nichtberechtigten, sondern auch den wahren Berechtigten. Gleichzeitig ist das Indossament eine flexible Möglichkeit, das Rechtsgeschäft zu gestalten.

Es ist erwägungswert, ob ein Orderpapier auch durch einfache Zession übertragen werden kann. Dies wird sowohl für das polnische²⁹ als auch für das deutsche Recht bejaht,³⁰ obwohl ebenfalls Mindermeinungen vertreten sind. Nach deutschem Recht bedarf die Übertragung des Rechtes die Übergabe der Urkunde oder ein Übergabesurrogat.³¹ Im polnischen Recht wird diese Frage gleich beantwortet. Die Notwendigkeit der Übergabe folgt aus der Anwendung von Art. 921¹² bGBPL der allgemeinen Vorschriften über Wertpapiere auf die Zession des mit der Urkunde verbundenen Rechts.³²

Zu den Orderpapieren zählen beispielsweise der Wechsel, die Namensaktie, der Scheck sowie durch die Einbringung der Orderklausel handelsrechtliche Orderpapiere nach § 363 HGB, beispielsweise die kaufmännische Anweisung, der Ladeschein, das Konnossement.

Ein besonderes Wertpapier ist die Namensaktie. Diese wird nach deutschem Recht durch Indossament übertragen und zählt damit zu den Orderpapieren.³³ Nach polnischem Recht wird die Namensaktie übertragen durch eine schriftliche Erklärung auf der Urkunde oder in einer separaten Urkunde sowie durch die Übertragung des Besitzes. Nach ganz hM ist

²⁹ So M. Romanowski, in: „System prawa prywatnego...“, S. 107; aber anders, A. Chłopecki, *Obrót papierami wartościowymi na rynku kapitałowym (II)*, PPH 1995, Nr 10, S. 19; Ewa Łętowska, in: *System prawa cywilnego*, Band III, cz. 1, Ossolineum, 1981, S. 904.

³⁰ W. Zöllner, *Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren*, in: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*, Festschrift für Ludwik Raiser zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1974, S. 272; Jacobi, *Wechsel- und Scheckrecht*, 1956, S. 666; Derleder, Knops, Bamberger, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Aufl., Springer, 2009, S. 1343; BGH NJW 1958, 302.

³¹ So auch BGH NJW 1958, 302.

³² So Sąd Najwyższy in der Sache V CSK 124/08 vom 08.10.2008.

³³ § 68.I, Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das durch Artikel 26 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist.

dies kein Indossament.³⁴ Die rechtliche Natur dieses Vorganges ist damit jedoch nicht erklärt, insbesondere, ob die Vorschriften über die Zession anzuwenden sind. Es wird vorsichtig angenommen, dass manche der Vorschriften im Wege der Analogie zur Anwendung kommen könnten.³⁵ Die Regeln über die Zession kommen zur Anwendung, falls die Aktien noch nicht ausgegeben wurden und die Mitgliedschaftsrechte übertragen werden. Anders als im deutschen Recht soll die besondere Regelung keine Alternative zur Zession sein, sondern die ausschließliche Regel zur Übertragung von Rechten aus Namensaktien. Die Nichteinhaltung der Form der schriftlichen Erklärung hat nicht die Nichtigkeit der Übertragung des Rechts zur Folge, sondern nur die üblichen Beweisverbote.³⁶ Die Namensaktie ist damit im polnischen Recht kein Orderpapier, sondern ein Rektapapier, das auf eine besondere Weise übertragen werden kann.

Das besondere an der Namensaktie ist nicht nur, dass diese eine auf den Namen lautende Urkunde ist, die auf besondere Weise übertragen wird. Die Urkunde ist sowohl im polnischen als auch im deutschen Recht nicht zur Ausübung des Rechts notwendig, denn dazu dient ein spezielles Register.

Inhaberwertpapiere

Inhaberwertpapiere, meistens einfach Inhaberpapiere genannt, sind Urkunden, die den Inhaber als Berechtigten ausweisen. Der Schuldner hat die Pflicht an den Inhaber der Urkunde zu leisten, oder ihm die Rechtsausübung zu gewähren (bei verbrieften Sachen- und Mitgliedschaftsrechten). Durch Leistung an den Inhaber wird der Schuldner von der Pflicht befreit. Eine Rechtsausübung durch den Inhaber der Urkunde ist wirksam, selbst wenn der Inhaber materiell nicht berechtigt war, es sei dem der Verpflichtete leistete im bösen glauben. Gleichzeitig hat der Verpflichtete keine Pflicht zur Leistung, wenn der Berechtigte die Urkunde nicht innehat.

Bei einem Inhaberwertpapier erhält das Sachenrecht Vorrang vor den das verbrieftete Recht regelnden Vorschriften. Diese für das deutsche und polnische Recht charakteristische Erscheinung wird metaphorisch „Verdinglichung“ oder „Versachlichung“ des Rechts genannt. Es wird auch von einer „Unterordnung“ des Rechts der Sache, oder von einer „Aufnahme“ des Rechts in der Sache gesprochen. Die dahinterstehende Theorie wird „Sachenrechtliche Theorie“ oder „Verkörperungstheorie“ genannt. Diese Art das Phänomen zu betrachten hat Heinrich Brunner dazu veranlasst, es als „juristische Bildersprache“ zu bezeichnen.³⁷

Allgemein ausgedrückt wird das Sachenrecht auf als Inhaberwertpapiere verbrieftete Rechte entsprechend angewendet. Konkret geschieht dies jedoch teilweise nicht direkt über

³⁴ S. Sołtysiński, in: Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja, Komentarz KSH, Band III, 2003, S. 290.

³⁵ Ibid.

³⁶ So SN in der Sache II CSK 194/08 vom 02.10.2008.

³⁷ H. Brunner, in: Endemann, *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, Band II, Fues's Verlag, 1882, S. 143.

die entsprechenden sachrechtlichen Vorschriften, sondern es gelten entsprechende besondere Vorschriften mit gleicher Wirkung für konkrete Inhaberwertpapiere.³⁸ Die Anwendung der sachenrechtlichen Grundsätze kann von Wertpapier zu Wertpapier variieren. Sie hat immer beträchtlichen Einfluss auf den Inhalt der anzuwendenden Normen.

Für die Anwendung sachenrechtlicher Grundsätze sind die folgenden Regeln charakteristisch: Eine Übertragung des Rechtes geschieht durch eine Übertragung des Eigentums an der Urkunde. Dies drückt die Formel: „Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier“ aus. Auf das Recht werden die Vorschriften über die Gewährleistung bei Fahrnis, besonders über die Rechtsmangelhaftung, angewendet. Ein gutgläubiger Erwerb ist selbst bei Forderungen nach sachenrechtlichen Grundsätzen möglich. Es gilt die Vermutung, dass der Besitzer der Urkunde Berechtigter ist. Wird die Urkunde zur Verwahrung an einen Dritten abgegeben, bleibt das Eigentum bestehen und Gläubiger des Verwahrers haben keinen Zugang zur Urkunde. Der Aussteller kann dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen (so z.B. § 796 BGB).³⁹

Eine Übertragung der Rechte durch Zession ist nach den gleichen Prinzipien wie bei Orderpapieren möglich und bedarf der Übergabe der Urkunde oder eine Übergabesurrogats.

Ein typisches deutsches Inhaberpapier ist die Schuldverschreibung auf den Inhaber. Die Schulverschreibung gibt es derzeit nicht im polnischen Recht. Sie existierte im Art. 225 des Schuldrechtkodex von 1933,⁴⁰ wurde jedoch in das bGBPL von 1964 nicht übernommen. Es wird angestrebt, diese Institution ins polnische Recht wieder einzuführen, was jedoch wahrscheinlich erst durch ein neues polnische bürgerliches Gesetzbuch geschehen wird.

Nach § 234 BGB sind Inhaberpapiere zur Sicherheitsleistung geeignet. Sie müssen einen Kurswert haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf.

Die Charakterisierung der Inhaberpapiere zeigt, dass diese vor allem für den Umlauf bestimmt sind. Die Übertragung der Rechte ist mit einer Einigung und Übergabe so einfach wie möglich gestaltet worden. Gleichzeitig wird der Verkehr geschützt, was im Allgemeinen bedeutet, dass der Erwerber der Urkunde geschützt wird. Hierzu dient die Möglichkeit des gutgläubigen und des einredfreien Erwerbs sowie den Anspruch, die Leistung gegen die Vorlegung der Urkunde verlangen zu können, ohne die sachliche Berechtigung nachweisen zu müssen. Der Erwerber weiß auch, dass der Schuldner nicht an den Vorgänger der Urkunde leisten wird, da dieser nicht mehr über die Urkunde verfügt.

³⁸ Beispielsweise Art. 16 Abs. 2 Wechselgesetz und § 367 Handelsgesetzbuch.

³⁹ Entsprechend Art. 921¹² bGBPL

⁴⁰ Verordnung des Präsidenten der Republik Polen mit Kraft eines Gesetzes vom 27 Oktober 1933 - Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 nr 82 poz. 598)

Dank all dessen wird das Risiko beim Erwerb der Urkunde begrenzt. Der Schuldner wird ebenfalls geschützt, indem er an den Vorleger der Urkunde mit befreiender Wirkung leisten kann, selbst wenn dieser materiell nicht zum Empfang der Leistung berechtigt ist. Dieser Schutz geht zu Lasten des echten Eigentümers der Urkunde, falls sie ihm abhanden gekommen ist.

Kleine Inhaberpapiere

Kleine Inhaberpapiere, dazu zählen Inhaberzeichen, Inhaberkarten und Inhabermarken, werden auch kleine und unvollkommene Inhaberschuldverschreibungen genannt. Diese Urkunden sind nach herrschender Meinung eigentlich Inhaberpapiere. Sie werden mit dem Willen ausgegeben, an den Inhaber zu leisten.

Nach § 807 BGB wird bei kleinen Inhaberpapieren, im Unterschied zu den Inhaberpapieren, das Rechtsverhältnis nur unvollkommen in der Urkunde angegeben. Zu diesen Urkunden zählen viele Fahrkarten, Telefonkarten und Eintrittskarten.

Entsprechende Inhaberpapiere kennt auch das polnische Recht. Diese sind im Art. 921¹⁵.III bGBPL geregelt. Danach werden auf Legitimationszeichen, die den Berechtigten nicht nennen, die Vorschriften über Inhaberwertpapiere entsprechend angewendet. Die polnische Regelung ist der deutschen ähnlich, jedoch ist die entsprechende Anwendung der Vorschriften im polnischen Recht dem Anschein nach weiter gefasst, da sie nicht auf ausgewählte Vorschriften begrenzt ist. Der Umfang dieses Verweises ist jedoch schwer bestimmbar.

2.2. Zusammenfassung

2.2.1. Mit Urkunden verbundene Eigenschaften

Nach der vorausgehenden Beschreibung könnten viele Eigenschaften und Rechtsfolgen, die mit der Verwendung von Urkunden verbunden sind, identifiziert werden. Manche dieser besonderen Eigenschaften sind es, was das traditionelle Wertpapier als besondere Institution des Privatrechts ausmacht. Die folgenden Eigenschaften stellen keine komplette Liste dar, sie sind jedoch dermaßen umfassend, dass sie eine zutreffende Vorstellung von dem vermitteln, was ein Wertpapier ist und was es von anderen Urkunden des Privatrechts unterscheidet. Die folgenden Eigenschaften wurden im Zuge der bisherigen Analyse identifiziert:

1. Die Urkunde hat einen Wert;
2. Die Urkunde erbringt einen Vollbeweis im Rechtsstreit;
3. Die Ausfertigung der Urkunde ist zur Entstehung eines Rechtes notwendig;
4. Das Entstehen des Rechtes ist durch die Existenz eines Begebungsvertrags bedingt;
5. Der Verpflichtete wird durch Leistung an den Inhaber frei (Liberationswirkung);

2.2.2. Die Interessenslage bei Urkunden

Die Beteiligten, die in einen Wertpapierfall verwickelt sind, können zumindest die Folgenden sein: ein Berechtigter, ein Erwerber des Rechts (der Erwerber), ein unberechtigter Dritte (der Dieb), ein Verpflichteter, ein unbeteiligter Dritter.

Der Berechtigte

Das Interesse jedes Berechtigten liegt darin, dass er die Leistung erhält und dass der Verpflichtete nicht an einen unberechtigten Dritten mit befreiender Wirkung leisten kann. Diesen Zweck erfüllt am besten die einfache Beweisurkunde. Sie ermöglicht dem Berechtigten auf der einen Seite den vollen Beweis der Berechtigung, und auf der anderen Seite ist ein Erwerb des Rechtes von einem unberechtigten Dritten unmöglich.

Der Erwerber

Das Interesse des Erwerbers eines Rechts steht dem des ursprünglich Berechtigten teilweise entgegen. Der Erwerber hat ein Interesse darin, dass das Recht, welches er kauft, existiert, dass er es erwirbt, dass er es gegenüber dem Verpflichteten einfach geltend machen kann, dass kein unberechtigter Dritter das Recht geltend machen kann, das der Verpflichtete leistet und keine unerwarteten Einreden oder Einwendungen äußert.

Bei einer einfachen Beweisurkunde kann der Berechtigte nicht wissen, ob das Recht noch existiert, oder nicht beispielsweise durch Leistung erloschen ist, oder an einen Dritten abgetreten wurde. Dies ist anders bei Rechten aus Urkunden, die nicht durch eine einfache Abtretung übertragen werden. Hier besteht kein Schutz des Verpflichteten, der dem §§ 407, 408 BGB (in dem Sinne Art. 512 bGBPL) entsprechen würde. Der Verpflichtete, der an einem Unberechtigten leistet, wird an den Berechtigten höchstwahrscheinlich nochmal leisten müssen, wenn dieser über ein Inhaber- oder indossiertes Orderpapier verfügt. Selbst wenn die Leistung schon an den Berechtigten erbracht wurde, die Urkunde aber abhanden gekommen ist, kann ein gutgläubiger Dritte, der die Urkunde erwirbt, eine Leistung einfordern, falls der Rechtsschein der Verpflichtung noch besteht.

Die einfache Geltendmachung des Rechtes ist dann gesichert, wenn der Erwerber allein aufgrund dessen, dass er die Urkunde innehat, die Leistung einfordern kann. Dies ist bei indossierten Orderpapieren und Inhaberpapieren der Fall. In beiden Fällen ist der Erwerber auch vor Einreden und Einwendungen geschützt. Bei einem indossierten Orderpapier hat der Erwerber einen zusätzlichen der Bürgschaft ähnelnden Schutz, da alle vorangehenden Berechtigten für die Leistung des Verpflichteten haften.

Die Interessen des Erwerbers werden am stärksten durch indossierte Orderpapiere geschützt. Einen fast gleichstarken Schutz gewähren die Inhaberpapiere. Ausnahmsweise kommt ein ähnlicher Schutz dem Erwerber auch bei Rektapapieren zugute, wenn es sich

um den Hypothekenbrief, Grundschuldbrief oder einen Rentenschuldbrief handelt (alle drei gibt es im polnischen Recht nicht).

Dieser sehr weitgehende Schutz geht auf Kosten des vorangehenden Berechtigten und des Verpflichteten. Der vorangehende Berechtigte haftet für die Leistung des Verpflichteten. Wird ihm die Urkunde gestohlen, verliert er den Anspruch womöglich komplett. Auch der Verpflichtete wird bei einem Abhandenkommen der Urkunde womöglich doppelt leisten müssen, falls er an den wahren Berechtigten geleistet hat, ohne die Urkunde zu erhalten. Für das Einfordern einer zweiten Leistung wird der Dieb ein Indossament fälschen müssen. Dies ist für den Dieb ein zusätzliches Hindernis. Es gibt die Chance, dass dies nicht unbemerkt bleibt, obwohl der Verpflichtete die Echtheit der Unterschriften von Gesetzes wegen nicht prüfen muss. Der Verpflichtete verliert einen Großteil der Einreden und Einwendungen, die ihm zustanden.

Der Dieb

Das Interesse des unberechtigten Dritten, des Diebes, liegt darin, das Recht weiter zu veräußern oder die Leistung entgegennehmen zu können. Dieses will der Dieb nach Möglichkeit anonym machen. Sein Interesse wird durch Inhaberpapiere voll geschützt. Der Dieb kann allein, weil er die Urkunde innehat, die Leistung verlangen. Er muss sich auf keinerlei Weise ausweisen. Er kann ein Recht, das ihm nicht zusteht, anonym weiterveräußern, solange der Erwerber im guten Glauben ist. Der gutgläubige Erwerb geht bei Inhaberpapieren sowohl im deutschen als auch im polnischen Recht weiter als bei einfacher Fahrnis, die von einem Dieb nicht wirksam oder nur begrenzt weiterveräußert werden kann. Der wahre Berechtigte wird sein Recht nicht ausüben können, solange ein aufwendiges und langwieriges Aufgebotsverfahren nicht abgeschlossen ist. Selbst wenn der wahre Berechtigte den Verpflichteten über den Diebstahl der Urkunde informiert, kann der Dieb die Urkunde in der Zwischenzeit rechtskräftig an einen unbekanntem gutgläubigen Dritten verkaufen. Es ist klar, dass ein Beweis des bösen Glaubens des Erwerbers dem wahren Berechtigten nur ausnahmsweise gelingen wird. Es wird auch sehr schwer sein zu beweisen, dass eine Person, die eine Leistung entgegennehmen will, die Urkunde gestohlen und nicht gutgläubig erworben hat. Die besondere „Umlauffähigkeit“, die als großer Vorzug der Inhaberpapiere gilt, ist für den Dieb besonders vorteilhaft.

Der Verpflichtete

Im Interesse des Verpflichteten ist es, durch Leistung von der Pflicht frei zu werden, dabei alle Einreden und Einwendungen zu behalten und unter Umständen gar nicht leisten zu müssen.

Diese Interessen stehen den Interessen der wahren Berechtigten entgegen, nicht aber denen des Diebes. Bei allen Papieren mit Liberationswirkung erfüllt der Verpflichtete sein Interesse, selbst wenn er an den Dieb auf Kosten des Berechtigten leistet.

Den Interessen des Verpflichteten werden die qualifizierten Legitimationspapiere am besten gerecht. Diese haben die Liberationswirkung, erlauben eine Leistung an den anonymen Inhaber und der Verpflichtete kann die Aushändigung der Urkunde verlangen. Damit wird er von der Pflicht befreit, trägt gleichzeitig nicht das Risiko einer Doppelleistung.

Ein unbeteiligter Dritter

Der unbeteiligte Dritte hat ein Interesse an dem in der Urkunde verbrieften Recht, wenn dieses ein absolutes Recht ist, also den Dritten ebenfalls bindet. Die ist bei Sachenrechte betreffende Urkunden der Fall.

Ein besonderer Schutz des Dritten wird durch die Einführung von Urkunden anscheinend nicht bezweckt. Dieser ist mehr ein Nebeneffekt. Mit dem steigendem Schutz der Interessen des Erwerbers steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Inhaber der Urkunde auch der Berechtigte ist. Da Sachenrechte aktuell nur ausnahmsweise verbrieft werden, ist dieses Problem praktisch wenig relevant.

Schlussfolgerung

Juristisch gesehen erfüllen Urkunden viele verschiedene Zwecke. Dem vorgesehenen Zweck entsprechend wurden die einzelnen Urkundentypen mit besonderen Rechtsfolgen ausgestattet. Diese sind für die Entstehung, Verfügung, Ausübung sowie den Untergang des Rechtes von Bedeutung. Bei unterschiedlichen Urkunden findet sich eine sukzessive Steigerung des gewährten Schutzes. Unter den klassischen Begriff der Wertpapiere fallen jedoch nur einige der vorgestellten Urkunden, welche die sogenannte „Wertpapierwirkung“ haben. Das heißt, der Verpflichtete darf die Vorlegung der Urkunde bei Leistung fordern.

Dabei wird oft hervorgehoben, dass der Meinungsstreit um den Begriff des Wertpapiers nur ein Streit um die richtige Systematisierung ohne rechtliche Folgen ist.⁴¹ Wenn das nun so wäre, dann ist der Begriff des Wertpapiers ein irreführender Begriff, der gleichzeitig ein grundsätzlicher Begriff des bürgerlichen Rechts ist.

Das ein Wertpapier nicht nur ein Papier mit Wert ist, scheint selbstverständlich, denn der Wert des Papiers hat keine juristische Bedeutung. Das Kriterium des Wertes ist nur schlecht geeignet, eine spezifische Differenz aufzuzeigen, um einen allgemeinen juristischen Begriff zu definieren. Es hilft nicht, Wertpapiere von anderen Urkunden zu

⁴¹ Brox/Henssler, Handelsrecht, 21. Auflage, 2011, Rn. 513.

unterscheiden. Die Benutzung von Urkunden begründet verschiedene bedeutende Rechtsfolgen. Ein allgemeiner Begriff, der all diese Urkunden zusammenfasst, existiert nicht.

3. Am Kapitalmarkt gehandelte Wertpapiere

Zum Verständnis des Begriffes „Wertpapier“ trägt sowohl im polnischen als auch im deutschen Recht nicht bei, wie am Kapitalmarkt gehandelte drittverwahrte Wertpapiere juristisch behandelt werden.

Das deutsche Recht

Im deutschen Recht und der deutschen Praxis finden sich zwei verschiedene Lösungsansätze. Auf der einen Seite das Bundesschuldbuch, auf der anderen Seite der Girosammelverkehr.

Am Kapitalmarkt gehandelte Wertpapiere werden von Wertpapiersammelbanken verwahrt. Dies wird Girosammelverwahrung genannt. Die meisten Wertpapiere in Deutschland verwahrt die Clearstream International S.A. (Clearstream). Grundlage der Verwahrung ist das Depotgeschäft, ein Bankgeschäft. Diese Wertpapiere werden meistens entweder sammelverwahrt (Regelverwahrung), oder auch nur als Sammelurkunde oder Globalurkunde. Die erste Globalurkunde wurde 1938 ausgestellt.⁴² Eine Verstärkung dieser Entwicklung kam nach 1945, nachdem die meisten sammelverwahrten Wertpapiere im Tieftresor der Deutschen Reichsbank in Berlin verlorengegangen waren. Die Rechte aus diesen Papieren konnten nicht geltend gemacht werden, da eine Vorlage der Urkunde unmöglich war. Die verlorenen deutschen Wertpapiere wurden durch das Wertpapierbereinigungsgesetz von 1949 für kraftlos erklärt und durch Sammelurkunden ersetzt. Mit der Wiedervereinigung wurden die Urkunden wieder zugänglich. Sie hatten jedoch nur noch einen historischen Wert und wurden auf Auktionen sukzessiv an private Sammler verkauft.

Im Bundesschuldbuch werden Forderungen gegen den Bund eingetragen. Den wichtigsten Teil bilden Sammelschuldbuchforderungen. Ihnen kommt eine gesetzliche Fiktion zugute, wonach sie als Wertpapiersammelbestand anzusehen sind. Sie werden auf den Namen einer Wertpapiersammelbank eingetragen. Damit werden auf diese Schuldbuchforderungen, die keine Urkundenform haben, die Regeln über den Girosammelverkehr angewendet. Dies führt natürlich zu Kontroversen überall da, wo sachenrechtliche Regeln angewendet werden, die hier nicht ausführlich besprochen werden können. Diese Forderungen sind jedoch ein nennenswertes Beispiel, bei dem Buchungen im deutschen Recht so behandelt werden als ob es Urkunden wären.

⁴² M. Lehmann, Finanzinstrumente: vom Wertpapier- und Sachenrecht zum Recht der unkörperlichen Vermögensgegenstände, Mohr Siebeck, 2009, S. 29

Nach § 9a I S.2 DepotG, kann der Aussteller einer Urkunde jederzeit und ohne Zustimmung der übrigen Beteiligten einzelne Wertpapiere eines Sammelbestands einer Wertpapiersammelbank durch eine Sammelurkunde ersetzen. An dem Sammelbestand hat der Eigentümer Miteigentum nach Bruchteilen.

Nach § 5 Abs. 1 Depotgesetz sind nur vertretbare Wertpapiere sammelverwahrfähig. Namensaktien können sammelverwahrt werden, wenn sie blanko indossiert sind. Bei Einlieferung der Namensaktien wird die Clearstream ermächtigt, sich im Aktienregister der Gesellschaft als Aktionär einzutragen. Würde die Clearstream nicht eingetragen werden, dann müsste die Sammelurkunde die Namen von allen Aktionären enthalten. Damit der Aktionär sein Stimmrecht ausüben kann, stellt die Clearstream schriftliche Vollmachten für alle Aktionäre zur Verfügung. Auch Namensaktien, die nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können (vinkulierte Namensaktien), sind handelbar, wenn die letzte Übertragung und nur diese durch Blankozession erfolgte oder wenn den Aktien Blankoumschreibungsanträge des Verkäufers beigelegt sind.⁴³

Das sammelverwahrte Wertpapier erfüllt seine klassischen Zwecke nicht. Der Verpflichtete wird bei Leistung nach Vorlage der Urkunde nicht frei, denn er hat keinen Zugriff auf die Urkunde. Die Verwertung der Urkunde bedarf ihres Innehabens nicht. Eine Sicherung durch Indossament ist nicht mehr möglich. Trotzdem wird nach der ganzherrschenden Meinung der Effektenverkehrs nach den sachenrechtlichen Regeln behandelt. Das bedeutet, ein gutgläubiger Erwerb ist weiterhin möglich. Die Urkunde erfüllt auch weiterhin den Zweck der Zuordnung des Rechts zum Vermögen des Miteigentümers. So wird das Recht gegen Zugriffe der Gläubiger des Verwahrers geschützt.

Ein Problempunkt sammelverwahrter Urkunden ist die Konstruktion des Mitbesitzes. Umstritten ist, ob der Berechtigte noch Mitbesitzer am Sammelbestand ist.⁴⁴ Ein Berechtigter verwahrt seine Wertpapiere meistens nicht direkt bei der Clearstream S.A., denn diese unterhält Kontakte nur mit wenigen Finanzinstituten. Der Berechtigte verwahrt seine Wertpapiere bei einer Bank, mit der er einen Depotvertrag abschließt. Diese übergibt die Wertpapiere meistens ebenfalls einem Dritten. Sie ist nur ein Zwischenverwahrer. Zwischen dem Berechtigten und dem eigentlichen Verwahrer entsteht eine ganze Kette von Zwischenverwahrern. Diese Kette wird nach hM als Besitzmittlungsverhältnis gewertet. Dies wird in Frage gestellt, denn nach hM würde ein Besitzmittlungsverhältnis einen Herausgabeanspruch des Kunden voraussetzen.⁴⁵ Ob ein solcher Anspruch gegenüber Drittverwahrern existiert und ob er sachenrechtlicher- oder schuldrechtlicher Natur ist, bleibt umstritten.⁴⁶ Man ist sich einig, dass ein Anspruch, selbst wenn er existiert, rechtlich kaum durchsetzbar ist. Womöglich ist es ein modifizierter Anspruch auf Aufhebung der

⁴³ Börse Frankfurt - Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse.

⁴⁴ Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, Viertes Buch. Handelsgeschäfte, Kommentar zum Depotgeschäft, 2009, Punkt V. Rechtsstellung des Hinterlegers/dinglich Berechtigten.

⁴⁵ Mü Rn. 329 ff.

⁴⁶ Mü Rn. 294 ff.

Bruchteilsgemeinschaft. Der Berechtigte hat keinen Anspruch auf Herausgabe der von ihm eingelieferten Urkunden, sondern nur der Gattung nach gleichen Urkunden. Nach § 6 DepotG kann der Berechtigte die Auslieferung von Wertpapieren verlangen. Dieser Anspruch kann seit 1994 in der Satzung der Gesellschaft ausgeschlossen werden.⁴⁷

Da bei der Verwahrung regelmäßig eine ganze Kette von Zwischenverwahrern entsteht, weiß der Berechtigte womöglich gar nicht, wer seine Wertpapiere verwahrt. Dies ist besonders bei ausländischen Wertpapieren bedeutend. Bei diesen kann der Berechtigte nicht einmal sicher sein, was für ein Recht er hält, denn die Wertpapiere haben womöglich gar nicht die Urkundenform und es gilt ein unbestimmtes internationales Privatrecht eines fremden Rechtssystems.

Bei der Übertragung von Rechten wird das Miteigentum übertragen. Da aber zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer eine Kette von Zwischenverwahrern steht, erfolgt die Einigung nicht zwischen den Berechtigten selbst. Die dingliche Einigung wird womöglich zwischen den Verwahrern als Stellvertreter oder Boten erzielt.⁴⁸ In manchen Fällen ist zusätzlich ein sogenannter zentraler Kontrahent eingeschaltet, der eine Seite bei jedem Geschäft bildet.

Es wird nach hM angenommen, dass die Übertragung der Rechte nach § 929 s.1 BGB stattfindet.⁴⁹ Die Übergabe wird durch eine Besitzübertragung ersetzt, welche die Form einer Umbuchung der Wertpapiere beim Endverwahrer hat, die eine Umstellung des Besitzmittlungsverhältnisses ist.

Es ist ebenfalls umstritten, wie es zur Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb kommt. Nach hM ist der Mitbesitz am Wertpapiersammelbestand nicht geeignet, den erforderlichen Rechtsschein zu entfalten.⁵⁰ Es wird angenommen, dass die Buchung anstelle des Mitbesitzes oder neben ihm ein Rechtsscheinträger ist.

Das polnische Recht

Im polnischen Recht begann der Wiederaufbau des Kapitalmarktes mit dem Gesetz über den regulierten Handel mit Wertpapieren und Treuhandfonds von 1991.⁵¹ Nach diesem Gesetz wurde ein ähnliches System wie in Deutschland eingeführt, das die Dematerialisierung des Handels, aber nicht der Wertpapiere, voraussetzte. Die auf dem Kapitalmarkt gehandelten Wertpapiere wurden seitdem sammelverwahrt. Die Form der Urkunde wurde beibehalten. Eine grundsätzliche Änderung kam mit einem neuen Gesetz über die Wertpapiere und dem Gesetz über den regulierten Handel mit Wertpapieren von 1997.⁵² Die

⁴⁷ §10 Abs. 5 Aktiengesetz.

⁴⁸ Mü Rn. 365 ff.

⁴⁹ Mü Rn. 379 ff.

⁵⁰ Mü Rn. 396 ff.

⁵¹ Gesetz vom 22.03.1991 - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych (Dz.U. 1991 nr 35 poz. 155).

⁵² Gesetz vom 21.8.1997 - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. 1997 nr 118 poz. 754)

neuen Vorschriften führten eine komplette Dematerialisierung der Wertpapiere nach französischem Model ein. Seitdem existieren am Kapitalmarkt gehandelte Wertpapiere nur noch in der Form von Buchungen in einem Register. Die Dematerialisierung kann rückgängig gemacht werden, wenn die Wertpapiere nicht mehr am Kapitalmarkt gehandelt werden. Das Gesetz von 1997 wurde ersetzt durch das Gesetz über den Handel mit Finanzinstrumenten von 2005 (GuHFIN).

Das polnische GuHFIN enthält in Artikel 3 eine einfache Aufzählung dessen, was als Wertpapier anzusehen ist. In der Lehre finden sich mindestens drei Theorien, die den neuen Rechtsstand zu erklären versuchen. Zuerst wird der Standpunkt vertreten, dematerialisierte Wertpapiere seien weiterhin Urkunden, aber im Sinn eines elektronischen Dokuments.⁵³ Nach einer zweiten Theorie sind dematerialisierte Wertpapiere weiterhin Wertpapiere im Sinne des bGBPL, aber sie verfügen über einen anderen Rechtsträger.⁵⁴ Anstelle des Papiers ist die Buchung getreten, doch die Anwendung der Vorschriften des bGBPL ist weiterhin zulässig. Eine dritte Theorie geht von der Annahme aus, dass dematerialisierte Wertpapiere keine Wertpapiere im klassischen Sinne sind.⁵⁵

Mit der Verwahrung von dematerialisierten Wertpapieren beschäftigt sich grundsätzlich die Landesverwahrung für Wertpapiere (KDPW).⁵⁶ Schatzscheine werden beim Register für Wertpapiere (RPW) der Polnischen Nationalbank verwahrt.⁵⁷

Der Private, der ein Wertpapierdepot bei einem Broker unterhält, hat kein Konto beim Zentralverwahrer. Dieses wird nur für die Broker geführt. Es wird nur registriert, wie viele Wertpapiere von einer Sorte in Wertpapierdepots eines Broker verwahrt werden. Erst im internen System des Brokers werden die entsprechenden Wertpapiere dem Depot des Kunden gutgeschrieben. Da die Buchung bei KDPW über das Recht am Wertpapier entscheidet, entsteht die Frage, welches Recht der private Kunde am Wertpapier hat. Nach herrschender Meinung ist der Broker mittelbarer Stellvertreter.⁵⁸ Der Berechtigte aus dem Recht ist der Private selbst und die Wertpapiere werden seinem Vermögen zugerechnet.

Dematerialisierte Wertpapiere werden durch Buchung übertragen. Die Buchung hat einen konstitutiven Charakter.⁵⁹ In dem Moment, wo die Wertpapiere auf dem Konto des Erwerbers verbucht werden, geht das Recht über. Die Abrechnung einer Transaktion dauert grundsätzlich drei Arbeitstage.⁶⁰

⁵³ F. Zoll, *Klauzule dokumentowe – prawo dokumentów dłużnych ze szczególnym uwzględnieniem papierów wartościowych*, S. 27 ff.

⁵⁴ M. Romanowski, in: A. Szumański (Red.), *System Prawa Prywatnego*, Band 18, 2009, S. 118;

⁵⁵ K. Zawada, w: K. Pietrzykowski (Red.), *Kodeks cywilny*, Band II, 2011, S. 962.

⁵⁶ *Polnisch - Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych*

⁵⁷ *Polnisch – Rejestr Papierów Wartościowych Narodowego Banku Polskiego*

⁵⁸ Art. 73 Abs. 1 GuHFIN; Kommentar: M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi. Komentarz*, 2012, Kommentar zu Art. 7, Rn. 14.

⁵⁹ M. Romanowski, in: A. Szumański (Red.), *System Prawa Prywatnego*, Band 18, 2009, S. 120 ff.

⁶⁰ M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda, *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi. Komentarz*, 2012, Kommentar zu Art. 7, Rn. 16.

4. Schlussfolgerung

Das Wertpapierrecht ist unübersichtlich wie kaum ein anderes Rechtsgebiet. Der Begriff des Wertpapiers fasst eine Sammlung von vielen, oft vage verwandten Urkunden oder Buchungen zusammen. Diese dienen sehr verschiedenen Zwecken und kennzeichnen sich durch unterschiedliche Interessenskonflikte. Dementsprechend existiert bislang keine allgemeine Theorie des Wertpapiers. Die Wertpapiere im engeren Sinne hält lediglich die Brunnersche Definition zusammen, also die Wertpapierwirkung.

Wertpapiere des Kapitalmarkts werden in Deutschland wie Papierurkunden behandelt, obwohl es sich dem Wesen nach um ganz andere Erscheinungen handelt. Die im deutschen Recht angenommene Konstruktion ist eine Frucht der Evolution, die auf historischem Wissen gründet. Dank dessen gibt es eine logische und ausführliche dogmatische Begründung. Diese ist alles andere als klar und verständlich. Die Klärung von Ansprüchen aus sammelverwahrten Wertpapieren ist mit Sicherheit eine große Herausforderung für jeden Juristen. Nach neuerem polnischem Recht gibt es zwar eine besondere Regelung der am Kapitalmarkt gehandelten Wertpapiere, jedoch fehlt eine entsprechende Theorie, welche die angenommene rechtliche Konstruktion umfassend begründen würde. Damit fehlt ein allgemeines Bild, das logische Schlüsse durch Deduktion ermöglichen würde. Der Kapitalmarkt hat sich wesentlich schneller entwickelt als das polnische Wertpapierrecht, welches aus dem Nichts wieder aufgebaut werden musste.

Die entweder unverständliche oder ungeklärte Lage ist wahrscheinlich ein Grund, warum das Wertpapierrecht als eines der schwierigsten Rechtsgebiete gilt. Es fehlt im Wertpapierrecht an einer angemessenen Systematik. Die Formulierung einer allgemeinen Theorie, wo alle Wertpapiere ihren eigenen Platz haben, ist meiner Ansicht nach möglich. Dazu müssen die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede der verschiedenen Erscheinungen genau untersucht werden. Die vorausgehende Analyse der Wertpapiere bietet nicht diese Analyse, sie erlaubt jedoch einige relevante Bemerkungen.

Klassische Wertpapiere

Die mit den klassischen Wertpapieren verbundenen Interessenskonflikte und Probleme können wie folgt zusammengestellt werden: Andere Urkunden dienen dazu, dass sie dem Verpflichteten die Identifikation des Berechtigten erleichtern. Ein Teil der Papiere dient vor allem dem Umlauf von Rechten. Dabei wird darauf geachtet, dass der Erwerber ein Recht erwirbt, dessen Existenz er sicher sein kann und die Leistung durch den Verpflichteten sichergestellt wird. Der Verpflichtete wird selbst durch Leistung an den Nichtberechtigten frei. Eine zusätzliche Sicherstellung der Leistung durch den Verpflichteten bringt die Möglichkeit der Verwendung des Indossaments.

Diese durch Urkunden erfüllten besonderen Zwecke können den allgemeingeltenden Regeln gegenübergestellt werden. Die allgemeinen Regeln schützen entsprechend entwe-

der den Verpflichteten besser, oder sie schützen den wahren Berechtigten, auf Kosten dessen ein Dieb die Leistung in Empfang nehmen will.

Am Kapitalmarkt gehandelte Wertpapiere

Bei Wertpapieren, die am Kapitalmarkt gehandelt werden, entstehen andere Probleme. Diese Wertpapiere werden zu den traditionellen Zwecken im Prinzip überhaupt nicht mehr benutzt. Sie werden nicht zur Legitimation benötigt, sie dienen nicht dem Umlauf, das Papier hat keine Bedeutung für die Bestellung oder Nutzung einer Sicherheit.

Am Kapitalmarkt treten folgende andere Probleme am häufigsten in Erscheinung:

- Die Rechtslage ist unübersichtlich.
- Der Berechtigte weiß nicht, wer seine Wertpapiere verwahrt. Beispielsweise die Daimler-Chrysler AG hatte zwei Globalurkunden – eine in Deutschland, eine in den USA, ohne Angabe von der Menge der verbrieften Aktien.⁶¹
- Der Berechtigte weiß unter Umständen nicht, was für ein Recht er an seinen Wertpapieren hält (eine Folge der intermediären Verwahrung). Womöglich weiß er bei ausländischen Titeln nicht einmal, was er hält. (Wertpapiere können in verschiedenen Jurisdiktionen verschiedene Rechte beinhalten. An der Börse werden womöglich nicht die Wertpapiere selbst gehandelt, wie das beispielsweise bei den American depositary receipt, kurz ADR, der Fall ist)
- Die IPR-Vorschriften verschiedener Länder sind nicht aufeinander abgestimmt.
- Der Berechtigte weiß nicht, an wen er verkauft. Er kann dies auch nur schwer oder gar nicht in Erfahrung bringen. Eine Beispielsfrage zeigt das Problem. Was ist die Folge dessen, dass eine nicht geschäftsfähige Person Wertpapiergeschäfte abschließt und 99 % verliert oder 1000 % gewinnt?
- Bei Wertpapierverwahrern tritt oft ein Unterbestand auf, was bedeutet, dass diese aus verschiedenen Gründen die Wertpapiere der Berechtigten nicht haben. Nach amerikanischen Statistiken handelt es sich um Milliarden von Wertpapieren täglich.⁶² Es dauert normalerweise bis zu drei Tage, bis ein Wertpapier geliefert wird.
- Beim Konkurs des Verwahrers ist die Geltendmachung von Rechten erschwert.
- Wenn ein Unterbestand beim Sammelbestand auftritt, wird dieser den Berechtigten entsprechend dem Verhältnis ihrer Anteile am Sammelbestand abgerechnet.⁶³
- Es kommt zu Kursmanipulationen – es werden beispielsweise Angebote nur zum Schein oder nur für einige Millisekunden aufgegeben und wieder zurückgezogen (im Hochfrequenzhandel). Wie ist das nach dem bürgerlichen Recht zu werten? Sind das Angebote und welches sind die Rechtsfolgen?

⁶¹ M. Lehmann, „Finanzinstrumente...“, S. 60.

⁶² M. J. Fleming, K. D. Garbade, *Settlement Fails*, Current Issues in Economics And Finance Explaining, Band 11, Heft 9, 2005, Federal Reserve Bank Of New York.

⁶³ Mü Rn. 321.

- Wertpapiere können aus dem Depot gestohlen werden. Bei einem Verlust von Wertpapieren durch Diebstahl wird der Berechtigte kaum geschützt. Er hat keine Möglichkeit, Einzelheiten über den Verbleib seiner Wertpapiere zu erfahren oder Transaktionen rückgängig zu machen.

Viele Probleme, die am Kapitalmarkt entstehen, sind anderer Natur als im physischen Umlauf. Manche Probleme bleiben unverändert und dann erfüllen die geltenden Regeln auch die gleichen Zwecke. Dies gilt besonders für die Anwendung von sachenrechtlichen Regeln beim Konkurs eines Verwahrers. Letztlich ist klar, dass die Erscheinung des sammelverwahrten oder dematerialisierten Wertpapiers eine ganz andere ist als die der klassischen Urkunde. Am Kapitalmarkt gehandelte Wertpapiere sind keine Wertpapiere im klassischen Sinn. Sie sollten dem entsprechend anders behandelt werden.

Sowohl in Polen als auch in Deutschland denkt ein Investor, der Aktien oder Anleihen kauft, dass er Wertpapiere besitzt. Diese auf der umgangssprachlichen Bedeutung der Worte „Wertpapier“ und „Besitz“ gebildete Annahme ist in beiden Rechtssystemen falsch. Eine Legaldefinition des Begriffs Wertpapier gibt es weder im polnischen noch im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, anders als in den entsprechenden Depotgesetzen.

Nach herrschender Meinung, die auf Heinrich Brunner zurückgeht, sind Wertpapiere: „Urkunden über Privatrechte, deren Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist.“ Diese Definition kann vorsichtig auch für das polnische Recht als herrschend angesehen werden. „Verwertung“ bedeutet sowohl Geltendmachung, als auch Übertragung des Rechts. Der Inhaber der Urkunde wird zumeist als Detentor verstanden, was bedeutet, dass zur Geltendmachung des Rechts schon allein der „corpus“ ausreicht und kein „animus“, also der Wille, für sich zu besitzen, nicht notwendig ist.

Entgegen dem Gebot des „Innehabens“ der Urkunde werden börsennotierte „Wertpapiere“ nicht von Privatpersonen physisch gehalten. Dies wäre praktisch unmöglich, wenn man berücksichtigt, dass täglich Millionen von Wertpapiergeschäften getätigt werden. Eine Übertragung des Rechtes durch Einigung und Übergabe ist kaum vorstellbar, erst recht nicht, wenn der Käufer und der Verkäufer ihren Sitz in verschiedenen Ländern haben.

Aus diesem Grund wurden Urkunden schon seit dem XIX. Jahrhundert von Privaten an spezialisierte Verwahrer abgegeben. Diese waren mit der Geschäftsabwicklung beschäftigt. Das System beruhte zuerst darauf, dass einzelne Urkunden bei einem Verwahrer eingeliefert wurden. Diese wurden vorab von anderen Wertpapieren getrennt (Sonderverwahrung) und danach mit der Gattung nach gleichen Wertpapieren zusammen aufbewahrt (Sammelverwahrung). Die Wertpapiere mussten beim Verkauf immer noch hin und her bewegt werden, wenn der Käufer einen Vertrag mit einem anderen Verwahrer hatte. Ein großer Nachteil dieses Systems war seine nur begrenzte Skalierbarkeit, denn mit der wachsenden Menge der Transaktionen wuchs auch der logistische Aufwand, der mit dem

Transport der Wertpapiere verbunden war. Aus diesem Grunde ging man mit der Zeit dazu über, viele einzelne Urkunden mit einer Sammelurkunde und letztlich alle Urkunden einer Emission mit einer Globalurkunde zu ersetzen, die nicht mehr bewegt werden.

Der letzte Schritt war die komplette Dematerialisierung von Wertpapieren. In vielen Ländern existieren Wertpapiere als Urkunde nicht mehr. Die Papierform wurde durch Eintragung in ein Register ersetzt, auch Buchung genannt. In Deutschland können Staatsanleihen nach dem Reichsschuldbuchgesetz schon seit 1910 diese Form haben. Diese sind streng genommen keine Wertpapiere mehr. In Polen werden Wertpapiere seit 1997 dematerialisiert.

Während in Deutschland schon anfangs des XX. Jahrhunderts das System der Sammelverwahrung weitverbreitet und auf wenige Wertpapiersammelbanken konzentriert war, waren beispielsweise in den USA lange einzelne Broker mit der Verwahrung von Wertpapieren beschäftigt. Dies führte immer öfter zu Ausfällen, wenn Wertpapiere nicht rechtzeitig geliefert werden konnten. Die berühmteste Krise ereignete sich 1967-1970 in New York, als die wachsende Zahl der Transaktionen die Möglichkeiten der die Wertpapiere verwahrenden Broker übertraf und millionenweise Wertpapiere nicht geliefert werden konnten. In der Folge sind ca. 160 Broker in Konkurs gegangen oder wurden von Konkurrenten übernommen. Als Folge dieser Krise wurden zentrale Wertpapierverwahrer eingerichtet, welche heute einen Großteil des Handels abwickeln.

Besitz und Eigentum: kann die Sache gleichzeitig zwei verschiedenen Personen gehören?

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Rodolfo Sacco, Turin*

§ 1. Überall stellt die Verfassung den Schutz des Eigentums sicher. Nirgends befasst sich die Verfassung mit dem Besitz. §2. Wir hören und hören immer wieder, dass das Eigentum ein Recht ist, und dass der Besitz eine Tatsache ist. § 3. Aber worin besteht der Unterschied zwischen dem Besitz und dem Eigentum? § 4. Was ist der Sinn des Schutzes des Besitzers in einem Rechtssystem, das auch das Eigentum anerkennt? § 5. Ursprünglich kannte das Recht nur eine Herrschaft: den Besitz. § 6. Von Menschen und Tieren

§ 1. Überall stellt die Verfassung den Schutz des Eigentums sicher. Nirgends befasst sich die Verfassung mit dem Besitz.

Überall widmen die Zivilgesetzbücher dem Eigentum Dutzende und Aberdutzende Paragraphen, dem Besitz dagegen nur wenige Worte.

Wiederum schenkt die Lehre dem Eigentum eine ganze besondere Aufmerksamkeit und gewährt dem Besitz nur einen weit bescheideneren Platz.

Die Sprache des Rechts selbst betont gerne die zentrale Stellung des Eigentums. Um den Besitz zu definieren, greift sie zu dessen begrifflichem Verhältnis mit dem Eigentum: so ist der Besitz das Verhalten, das der Ausübung des Eigentumsrechts entspricht.

Was zählt, und was von größerer Bedeutung ist, ist das Eigentum. Diese Sichtweise erhält aber keine Unterstützung von der Logik.

Stellen wir uns die Frage „was ist das Eigentum“? Wir werden die eine oder die andere der beiden folgenden Definitionen als Antwort erhalten.

Wenn wir die Vorteile, die das Eigentum dem Eigentümer gewährleistet, herausstellen möchten, werden wir sagen, dass der Eigentümer das Recht hat, die Sache zu benutzen und darüber zu verfügen, und diese Formulierung ist diejenige, die wir in den Gesetzbüchern finden. Wenn wir dagegen den juristischen Apparat, der zugunsten des Eigentümers ausgestaltet ist, herausstellen, ist das Eigentum die allen Dritten auferlegte Pflicht, sich nicht in die Sache einzumischen. Die beiden oben aufgeführten Definitionen des Eigentums helfen uns, über den Besitz zu sprechen. Wenn das Eigentum das Recht ist, die Sache

* Dieser Beitrag wurde auf Französisch verfasst. Der Autor bedankt sich herzlich bei Xavier Borremans und Hinrich Doege für die Übersetzung ins Deutsche. Bei den in dem nachstehenden Text mit * gekennzeichneten Worten handelt es sich um bereits in der französischen Ursprungsversion enthaltene deutsche Begriffe.

zu benutzen, ist das Eigentum auch das Recht zu besitzen, weil es der Besitzer ist, der benutzt. Wenn das Eigentum der *Anspruch** auf die Nichteinmischung von Dritten ist, bleibt diese Schlussfolgerung gleich. Die Pflicht zur Nichteinmischung bedeutet, dass der Eigentümer, wenn er nicht im Besitz der Sache ist, vom dritten Besitzer die Übergabe der Sache beanspruchen kann. Noch einmal: Das Eigentum ist das Recht auf den Besitz.

Wenn wir das Recht und dessen Ausübung betrachten: welches der beiden ist das Mittel, und welches ist der Zweck? Es ist klar, dass das Recht das Eigentumsverhältnis, ein Instrumente ist, das eingeführt wurde, damit der Eigentümer seine Sache benutzen kann.

Das Eigentumsrecht hat zum Zweck, seinem Inhaber den Besitz der Sache sicherzustellen. Das Eigentum ist das Mittel. Der Besitz ist der Zweck.

§2. Wir hören und hören immer wieder, dass das Eigentum ein Recht ist, und dass der Besitz eine Tatsache ist.

Die beiden Zustände würden dann zwei verschiedenen Welten angehören. Ein Parallelismus zwischen den beiden wäre nicht vorstellbar.

Die Wahrheit ist komplexer.

Das Eigentum ist ein Recht und da, wo ein Recht existiert, wird dieses durch einen rechtlichen Schutz unterstützt. Da, wo ein Recht besteht, wissen wir, dass da ein Ereignis, ein *Tatbestand*,* stattfand, das dazu führt, das Recht entstehen zu lassen.

Wir finden einen vollkommen parallelen Rahmen in Bezug auf den Besitz. Der Besitzer verfügt über einen rechtlichen Schutz: nämlich denjenigen, der in den Paragraphen 861 und 862 BGB vorgesehen ist. Wir können feststellen, dass der Zweck der Ansprüche, die dem Besitzer eingeräumt sind, identisch mit dem Ziel der Ansprüche ist, die dem Eigentümer zustehen. Diese Situation kann für den Besitzer nur dann bestehen, wenn ein Ereignis, ein *Tatbestand*,* sie entstehen lässt. Der *Tatbestand** ist der Besitz - ein fortlaufender Zustand.

Das Eigentum und der Besitz sind zwei Herrschaften.

Daher stellt sich die folgende Frage: da die Nutzung der Sache nur einer Person zur selben Zeit zustehen kann, sollte die Rechtsordnung nicht wählen, ob die Sache entweder stets dem Eigentümer oder zum Besitzer gehört?

Kennen wir denn Rechtssysteme, die sich von der Idee, nach der die Sache nur einem einzigen Herrn unterstellt wird, inspirieren lassen?

Die Antwort lautet: ja.

Die durch revolutionäre Kräfte eingeführten Rechtssysteme, welche die totale Neuordnung der Regeln über die Vermögensrechte zum Ziel hatten, schafften Platz für das

Eigentum und verweigern dem Besitz jegliche Anerkennung. Das revolutionäre Regime fürchtet, dass der alte Eigentümer (dem das neue Gesetz den Besitz entziehen möchte) die physische Kontrolle über die Sache behält und – in diesem Fall – den dem Besitzer gewährleisteten Schutz beanspruchen könnte.

In der Tat, regelt der *Code Napoléon* nicht den Besitz, mit Ausnahme der Ersitzung. Das römische und gemeine Recht über den Besitz konnte aufgrund zwei unvorhersehbarer Umstände in Frankreich überleben. Den Verfassern des *Code de procédure civile* (Zivilprozessordnung) war nicht aufgefallen, dass der *Code civil* die Besitzschutzklagen aufgehoben hatte, und haben dennoch eine Regelung über die Zuständigkeit der Gerichte für eine Entscheidung über diese Klagen eingefügt. Und die Richter haben diese Anspielung auf die Besitzschutzklagen als hinreichend erachtet, um zu beweisen, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich nicht beabsichtigt hatte, die mittelalterlichen Regeln abzuschaffen.

In Russland bricht auch das erste revolutionäre Zivilgesetzbuch – der von Lenin gewollte *Graždanskij Kodeks* (*Гражданский Кодекс*) – mit der Idee des Besitzes (*Vladenije, Владение*), und beschränkt die sachenrechtliche Regelung allein auf das Eigentum (*Sobstvennost, Собственность*). Man findet diese Lösung sogar in den Grundlagen der Sowjetunion (*Osnovy, Основы*) und in den Gesetzbüchern ihrer Republiken aus den sechziger Jahren. Die Richter konnten die Regeln der zivilrechtlichen Haftung und die Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, worüber sie im Prozess verfügen, anwenden, um die Angriffe auf den Besitz abzuwenden.

Die einfachsten Rechtssysteme hingegen stellen den Besitz in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Der Rechtsvergleicher, der Anthropologe, kann vor dem Hintergrund der Zugehörigkeit des Besitzes an der Sache auch gut von Eigentum sprechen. Er findet dies normal. Wenn ein System aber nur eine Form der Herrschaft kennt, so bezeichnet der Jurist diese Herrschaft als Eigentum.

§ 3. Aber worin besteht der Unterschied zwischen dem Besitz und dem Eigentum?

Beide Institutionen werden geschützt. Könnten wir sagen, dass, hinsichtlich dieses Schutzes, der beiden zukommt, die beiden rechtlichen Situationen gleichartig sind?

Analysieren wir diesen jeweils in Rede stehenden Schutz.

Befassen wir uns zuerst mit den zahlreichen Systemen, die nur dem Besitzer einen Schutz zukommen lassen. Dieser übt in dem jeweiligen Fall eine *Selbsthilfe*^{* aus}. Diese Befugnis macht ihn aber nicht zu einem Eigentümer. Überall bei den Menschen, und

weitgehend auch bei den Tieren – insbesondere bei den Affen – ist der Ausgleich im Sinne eines „Zurückgebens“ ein grundlegendes Prinzip des Rechts. Ein Schimpanse, der seinen Nachbarn entlaust hat, wird bei der nächstbesten Gelegenheit von diesem entlaust werden. Ein Affe, der seinem Nachbarn etwas zu fressen gegeben hat, wird bei der nächstbesten Gelegenheit von diesem etwas zu fressen erhalten. Gleicherweise, wird in einer Sippe auch derjenige, der seinen Kumpanen geschlagen hat, von diesem wiederum zurück geschlagen werden.

Der Idee der Gegenseitigkeit liegt, wenn man sie auf das Leben in der Gemeinschaft überträgt, das Verlangen nach Vergeltung und einer Talion, d.h. „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ zugrunde.

Diese Gegenseitigkeit bedeutet aber, dass ich, wenn mich jemand bestohlen hat, diese Sache zurücknehmen kann.

Jetzt stellt sich die Frage nach der Eigenschaft der Person, der die Sache geraubt wurde, und die sie zurücknehmen will.

In der Situation, in dem jemand die Rückgabe einer Sache beansprucht, ist diese Person jedenfalls kein Besitzer. Denn sie hat aufgehört, ein solcher zu sein. Er ist nur jemand, der in der Vergangenheit etwas besessen hat. Er hat etwas gemeinsam mit dem Eigentümer ohne Besitz, der einen Herausgabeanspruch geltend macht. Aber gleichzeitig hat sein Recht auf Rückgabe nicht das Bestehen eines rechtmäßigen dinglichen Rechts zur Folge. Die Regeln über außervertragliche unerlaubte Handlungen reichen aus, um das Recht des Opfers auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zu begründen.

Ich werde meine Analyse um einen zweiten Aspekt erweitern.

Ein Dieb kann die gestohlene Sache an jemanden weitergeben, der über den Diebstahl Bescheid weiß. Es kann aber auch sein, dass er sie jemandem überträgt, der nicht weiß, was geschehen ist. Schließlich kann es auch vorkommen, dass dieser erste Dieb wiederum von einem Dritten bestohlen wird.

In allen drei Varianten bedeutet die Gegenseitigkeitsregel nicht, dass der erste Besitzer die Sache von dem Dritten, der die Sache jetzt besitzt, herausverlangen kann.

Aber das Recht hat eine Geschichte; es verändert sich; es entwickelt sich. Der Dritte, der die Sache besitzt und der über den Diebstahl Bescheid weiß, kann als ein Komplize des Diebes betrachtet werden; ein weiterer Dieb verdient es dabei nicht, gegen die *Ansprüche** des ersten Besitzers geschützt zu werden. Kurz gesagt, wird der bestohlene Besitzer die Sache von dem besitzenden Dritten herausverlangen können. Wir haben hier den Keim

einer Rechtslage, die *erga omnes* Wirkung entfaltet, also den Keim eines dinglichen Rechts.

Das Recht auf Rückgabe wirkt gegenüber dem Dieb, d.h. gegenüber einem Dritten, wenn die Sache gestohlen wurde, und dieses Recht wirkt auch gegenüber demjenigen, dem der erste Besitzer die Sache anvertraut hat (um sie ihm zu leihen oder damit er sie verwahrt). Eine Klage gegen den gegenwärtigen Besitzer, wenn die Sache gestohlen wurde, sowie eine Klage gegen den Treuhänder - das war der Schutz des Subjekts der Gewere im germanischen Recht.

Wenn das Subjekt der Gewere die Sache dem Treuhänder anvertraut, hat er nicht mehr die Gewere; sein Recht gegenüber dem Treuhänder hat eine persönliche und vertragliche Grundlage. Das bedeutet, dass, wenn der Treuhänder die Sache einem Dritten überträgt, oder wenn er bestohlen wird, derjenige, der das Subjekt der Gewere war, mit Ausnahme der vertraglichen Haftung des Treuhänders ohne Schutz ist.

Es gibt noch einen dritten Aspekt, um den man die Analyse erweitern kann. Der Treuhänder, der einem Dritten die Sache übertragen hatte, hatte den Besitz, und hat diesen Besitz, der ihm gehörte, übertragen. Dieser Besitz aber bestand mit der Verpflichtung zur Rückgabe der Sache.

Das Recht kann die beiden verbinden, den Besitz und die Pflicht zur Restitution. Der Dritte, als Rechtsnachfolger des Treuhänders, wird sich dem *Anspruch*^{*} des ersten Besitzers ausgesetzt sehen. Denn dieser ist geschützt. Er verfügt über ein *erga omnes* Recht zur Rückgabe, er verfügt über einen Herausgabeanspruch.

Dieser Schutz steht dem ersten Besitzer zu, und wurzelt in der Tatsache, dass er besessen hat, und, dass er seine Macht über die Sache niemals unumkehrbar verlieren wollte. Wenn die Sache viermal aufeinanderfolgend an vier Treuhänder, die alle jeweils untreu waren, übertragen wurde, oder wenn die Sache viermal der Reihe nach gestohlen wird (zuerst dem ursprünglichen Besitzer, und dann jedes Mal dem jeweiligen weiteren Dieb), haben in diesen Varianten alle Besitzer, die zeitlich aufeinanderfolgten, das Recht, ihren verlorenen Besitz wiederzuerlangen.

Nun können wir uns ein System vorstellen, in dem die für die Wiedererlangung des Besitzes gewährte Klage nicht in irgendeinem vorherigen Besitz wurzelt, sondern in einem originären „Titel“, der unvereinbar mit der Wirksamkeit eines, zugunsten einer anderen Person geschaffenen originären Titels ist. Dieser Titel kann eine administrative Ermächtigung, die Eintragung des Namens des Berechtigten in einem öffentlichen Register, oder eine Ersitzung sein.

In diesen letzten Fällen haben wir eine Herrschaft, die ihre Existenz nicht irgendeinem vorherigen Besitz schuldet; sondern eine Zuordnung, die mit einer gleichzeitigen Zuordnung zu einer weiteren Person unvereinbar ist. Die Herrschaft, von der ich spreche, hatte bei den Römern einen Namen. Sie hieß *dominium*. Sie heißt, auf Deutsch, *Eigentum**. Der Schutz dieses Eigentums ist mit dem Bestehen eines zweiten gegenstreitenden Eigentums unvereinbar, schließt aber den Schutz von einem Besitzer nicht aus.

Darüber hinaus kann der Besitz eine Eigentumsvermutung zur Folge haben.

§ 4. Was ist der Sinn des Schutzes des Besitzers in einem Rechtssystem, das auch das Eigentum anerkennt?

Der Besitz zeichnet sich durch die Benutzung und die Kontrolle über die Sache aus. Diese Ähnlichkeit zwischen einer tatsächlichen Macht und dem praktischen Zweck eines Rechts hat eine tiefe Bedeutung für den Blickwinkel auf das System.

In vielen Fällen führt die länger andauernde Ausübung eines Rechts, zusammen mit der Ausführung einer entsprechenden Pflicht, zu einem *Rechtsverhältnis**, welches das Recht schützt, als wäre es aus einem gültigen Titel entstanden: so ist es, wenn wir von einer „faktischen Gesellschaft“, ganz allgemein von „faktischen Vertragsverhältnissen“* oder von einer ähnlicher Kategorie sprechen. Das Wissen des Juristen hat *Haupt, Simitis* und *Nikisch* viel zu verdanken. Was die Franzosen angeht, so haben sie im weitesten Sinne die faktischen Situationen generell erforscht. Das Leben des Rechts musste die faktische Familie, mit der faktischen Verwaltung, mit der faktischen Adoption, mit dem faktischen Beamten bewältigen.

Die tatsächlichen Verhältnisse sind nicht unveränderlich. Der Betroffene kann die Initiative ergreifen und die Verhältnisse beenden. So kann der Gesellschafter immer die Beendigung der faktischen Gesellschaft beantragen.

Zu diesem großen Bereich der tatsächlichen Verhältnisse gehört auch die tatsächliche Benutzung der Sache.

Wenn das Eigentum einer Person zusteht, die nicht Besitzer ist, so muss festgelegt werden, wem die Handlungsfähigkeit zusteht, um die Eingriffe eines Dritten zu beenden.

Der nichtbesitzende Eigentümer ist ein abwesender Eigentümer. Der Besitzer hat ein gegenwärtiges Interesse, die Sache zu verteidigen, insbesondere wenn er sich auf dem Weg der Ersitzung befindet.

Der Inhaber des Rechts kann nur gewinnen, wenn ihm ein Schutz gegenüber einem Dritten gewährt wird. Der Besitzer verteidigt die Sache in seinem eigenen Interesse; ist

also von seinem Egoismus getrieben. Aber seine Handlungen verteidigen die Sache auch im objektiven Interesse eines abwesenden, entfernten und uninformierten Eigentümers.

Objektiv handelt der Besitzer als Geschäftsführer ohne Auftrag, der im Interesse des Eigentümers handelt.

Zusammenfassend: dem bloßen Besitzer wird dem Dritten gegenüber eine Handlungsfähigkeit eingeräumt, was mit dem Interesse des Eigentümers korrespondiert. Und es im öffentlichen Interesse, dass der Schutz der Sache einem aktiven Subjekt anvertraut wird, wenn der Inhaber abwesend und passiv ist.

Es bleibt zu klären, warum der Besitzer in bestimmten Systemen, gegen den Eigentümer, der ihm den Besitz entzieht, handeln kann: der Grund, welcher den Schutz des Besitzers rechtfertigt, ist die Untätigkeit des Eigentümers, und in dem Augenblick, in dem der Eigentümer dem Besitzer den Besitz entzieht, hört diese Untätigkeit auf.

Zwei Gründe rechtfertigen dennoch den Schutz des Besitzers.

Erstens, die Macht des Besitzers ist gewiss zum Erlöschen bestimmt, sobald der Eigentümer von ihm die Herausgabe verlangt. Aber der Gesetzgeber kann dem Eigentümer ein rituelles Verfahren vorschreiben: er schreibt ihm nämlich ein gerichtliches Verfahren vor.

Zweitens, kann der Besitz zugunsten des Besitzers Rechte für getätigte Verwendungen etc. entstehen lassen. Man muss dabei sein Interesse berücksichtigen, welches die Rückgabe der Sache von der Geltendmachung der Ausgaben abhängig macht.

§ 5. Ursprünglich kannte das Recht nur eine Herrschaft: den Besitz. Heute kennt das Recht zwei Herrschaften: das Eigentum und den Besitz.

Der Besitz scheint uns eine kleinere Herrschaft zu sein. Er ist eine vorübergehende Herrschaft, die dem launischen Willen des Eigentümers unterliegt, der diese zum Tode verurteilen kann, indem er eine Herausgabeklage erhebt.

Und dennoch braucht das Eigentum manchmal den Besitz.

Wir haben nicht die ganze Herrschaft über eine Sache, wenn wir nicht die Macht haben, das Recht an der Sache zu übertragen. Das subjektive Recht stellt den Willen des Subjekts in den Mittelpunkt, und die Übertragungsmacht kann auf den ersten Blick bedeuten, dass der Willensakt des Eigentümers notwendig aber auch ausreichend ist, um das Eigentum zu veräußern.

In Frankreich und Italien sind nämlich die wissenschaftlichen Definitionen, und sogar der Wortlaut des Gesetzgebers, auf das Konsensprinzip ausgerichtet, wonach „das Eigentum

auf Grund der rechtmäßig geäußerten Einwilligung der Parteien übertragen wird“ (Artikel 1376 *codice civile*).

Aber sogar in diesen Ländern, in denen der Wille für die Übertragung von Gütern auszureichen scheint, finden wir ein Recht unter den Sachenrechten, und zwar das Pfandrecht, das nicht bestellt werden kann, wenn die Sache dem Erwerber nicht übergeben wird.

Außerdem, stellen wir fest, dass das *Rechtsgeschäft*^{*}, in dem der Wille, das Eigentum zu veräußern, erklärt wird, nicht alle Rechte des Inhabers überträgt. Wenn der Eigentümer die bewegliche Sache einem ersten Käufer verkauft, ohne sie zu übergeben, und dieser sie danach einem zweiten gutgläubigen Käufer verkauft und übergibt, ist es der neue Besitzer, der das Eigentum endgültig erwirbt.

Ich spreche ein deutsches Publikum an, das ich nicht daran erinnern muss, dass in Deutschland, in Österreich oder in England (außer im Bereich des Kaufes), nur die *Übergabe*^{*} oder die *delivery* das Eigentum an der beweglichen Sachen überträgt.

In bestimmten Fällen ist die Übergabe notwendig, um das Eigentum zu übertragen. Diese Lösung hat einen Vorteil. Sie verhindert die Gefahr, dass das Eigentum und der Besitz sich trennen, mit dem Ergebnis, dass der Eigentümer die Bedürfnisse der Sache nicht merken kann, und dass der Besitzer kein Interesse hat, dafür zu sorgen und auch die Rechtsmittel nicht hat, um einzugreifen.

§ 6. Am Anfang meines Vortrages habe ich vom Besitz gesprochen, und von der *Selbsthilfe*^{*}, die den Schutz des Besitzes sicherstellt, sowie von einer Situation, die wir bei den Menschen und auch bei bestimmten Tieren finden (insbesondere bei den Affen). Wir haben immer gedacht, dass das Tier den gegenwärtigen Besitz, aber nicht ein vom Besitz getrenntes Eigentum respektieren kann.

Aber im Jahre 1983 hat Jane Goodall, eine berühmte Ethologin, uns von einem Ereignis erzählt, das sie gerade miterlebt hatte. Ein Schimpansenweibchen, das sie Passion genannt hatte, war auf ein Ameisennest gestoßen und wir wissen, dass der Schimpanse gierig nach diesem Insekt ist. Passion hatte das Glück, einen Stab zu finden, den sie in das Nest hineinsteckte, um die Ameisen zu fangen und um sie auszusaugen, wie die Schimpansen es machen. Dieser Vorgang hatte schon ein bisschen gedauert, als Passion, aus eigenem Antrieb, den Stab niederlegte und sich entfernte. Ein zweiter Schimpanse, Pom, hatte die Szene beobachtet. Er nutzte die Gelegenheit aus, um sich den Stab zu schnappen, die Ameisen zu fischen und sie ebenfalls auszusaugen. Aber Passion kam zurück. Sie griff nach dem Stab. Pom ließ ihn los und Passion hatte ihn wieder.

Wie erklärt sich dann der Mensch das Verhalten der Affen, wenn er mit der Geschichte von Passion und Pom konfrontiert wird?

Mehrere Antworten sind möglich: (i) Es könnte sein, dass Passion ein dominantes Tier ist. (ii) Es könnte sein, dass Pom eine Pflicht zur Abgabe trifft. (iii) Es könnte sein, dass Passion ein Recht an der Sache hat.

Jane Goodall hat uns nicht gesagt, ob Passion ein dominantes Tier war. Aber die Ethologie lehrt uns, dass der dominante Schimpanse keine Privilegien hat, die zum Gegenstand das Besitzrecht haben: nach der kollektiven Jagd hat er keinen Anspruch auf eine bevorzugte Stellung bei der Teilung der Beute. Noch weniger wird er beanspruchen können, dass jedes Gemeinschaftsmitglied ihm alles gibt, was er von ihm verlangt.

Können wir an eine Verpflichtung, etwas zu geben, denken, die Pom auferlegt ist? Oder denken wir an gemeinsames Eigentum? Nach der kollektiven Jagd muss der Jäger, der die Beute gemacht hat, mit den anderen teilen. Derjenige, der eine Leistung oder eine materielle Sache erhalten hat, muss sie zurückgeben. Aber die Rückgabepflichten sind ausschließlich die Folgen einer ersten Übergabe, oder einer ersten Leistung. Und die Pflichten zu teilen, setzen eine gemeinsame Tätigkeit voraus. Und wir könnten sogar sagen, dass die Pflicht zu teilen, sich daraus ergibt, dass die Beute Gegenstand von einer gemeinsamen Herrschaft ist, die allen Jägern zusteht.

Wir haben zwei Möglichkeiten, und wir müssen einen Juristen-Schimpanse entscheiden lassen.

Wir können die von Pom erfüllte Pflicht als die Erfüllung einer Leistungsverpflichtung interpretieren, etwas her zu geben. Aber wir können aber auch sagen, dass die Beherrschung des Stabes, die Passion ursprünglich erlangt hatte, nicht erlosch, als Passion den physischen Kontakt mit der Sache verloren hatte. Wir könnten an einen *solo animo* Besitz denken. Oder wir können an eine Art Eigentum denken.

Handelt es sich um eine Verpflichtung, etwas zu geben, oder um Eigentum? Für die Affen könnte die offenbar seltsame Formulierung des Artikels 1138 des *Code Napoléon* wie gerufen kommen: Die Verpflichtung, etwas zu geben, macht den Gläubiger zum Eigentümer.

Das Internationale Privatrecht der rechtsgeschäftlichen Forderungsübertragung – Art. 14 Rom-I insbesondere das Drittwirkungsstatut unter Berücksichtigung der BIICL-Studie*

von

Dipl.-Jur. Denis Schlimpert, Osnabrück**

Zusammenfassung: Forderungen sind vielfältig einsetzbare Wirtschaftsgüter, denen am Kapitalmarkt¹ und in der Kreditwirtschaft² große Bedeutung zukommt. Als unkörperliche Gegenstände eignen sie sich in besonderem Maße für grenzüberschreitende Transaktionen.³ Bei diesen hängt der wirtschaftliche Erfolg erheblich davon ab, welches Recht die komplexen Personenverhältnisse bestimmt. Hier setzt das Internationale Privatrecht der rechtsgeschäftlichen Forderungsübertragung (Abtretung) an. Dessen zentrale Kollisionsnorm ist Art. 14 Rom-I. Kontrovers diskutiert wird dort die durch Rom-I nicht ausdrücklich geregelte, wirtschaftlich hingegen besonders relevante Problematik der Drittwirkung einer Abtretung. Mit Blick auf eine im Jahr 2011 vorgelegte Studie des *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL)⁴ zur Entwicklung einer diesbezüglichen Vorschrift in Rom-I dürfte die Debatte an Dynamik gewinnen.

A. Anwendungsbereich von Art. 14 Rom-I und Charakter der Abtretung

Art. 14 Rom-I bezieht sich auf die „Übertragung einer Forderung“, wobei vertraglich wie gesetzlich entstandene Forderungen gemeint sind.⁵ Dieser kollisionsrechtliche Anwendungsbereich spiegelt die sachrechtliche Ausgestaltung der Abtretung wider: Sie ist ein hybrides Rechtsinstitut.⁶ Ihr Gegenstand, die *Forderung*, stellt eine Leistungsbeziehung⁷

* Der Beitrag beruht auf der Studienarbeit, die der Autor im Jahr 2013 anfertigte und die mit dem Schindhelm-Förderpreis (3. Platz) zum Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück ausgezeichnet wurde. Der Beitrag erhielt zudem den ZEuP-Preis 2013 (1. Platz).

** Der Autor ist Promotionsstudent an der Universität Osnabrück und Student (LL.M. de droit français et de droit européen) an der Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne).

¹ *Garcimartín Alférez*, Assignment of claims in the Rome I Regulation: Article 14, in: Ferrari/Leible (Hrsg.), Rome I Regulation (2009), S. 217, 217; *Flessner*, IPRax 2009, 35, 35.

² *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 491; *Einsele*, WM 2009, 289, 297.

³ *Kieninger*, ZEuP 2010, 724, 724.

⁴ Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person, Final Report, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/report_assignment_en.pdf (zuletzt abgerufen am 10. 8. 2014; im Folgenden zitiert als: BIICL-Studie).

⁵ MüKo (-Martiny), BGB⁵, Bd. 10, Art. 14 Rom-I, Rn. 15; Rauscher (-Freitag), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Bd. 3 (2011), Art. 14 Rom-I, Rn. 31.

⁶ *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 2; *Bridge*, (2009) 125 L.Q.R., 671, 677.

⁷ *Bauer*, Die Forderungsabtretung im IPR (2008), S. 33; *Heine*, Das Kollisionsrecht der Forderungsabtretung, UNCITRAL-Abtretungskonvention und Rom I-Verordnung (2012), S. 13.

mit schuldrechtlichem Charakter⁸ her. Gleichzeitig lässt sich über die Forderung verfügen;⁹ die *Übertragung* hat daneben sachenrechtsähnlichen Charakter.¹⁰ So verwundern die nationalen sachrechtlichen Divergenzen hinsichtlich Voraussetzungen und Wirkungen der Abtretung¹¹ nicht. Das niederländische und englische Recht etwa behandeln Abtretungen als Form der Eigentumsübertragung,¹² betonen also deren sachenrechtsähnliche Natur.

B. Rechtsbeziehungen und deren Statuten

Angesichts der Verfügungswirkung ergibt sich ein komplexes Mehrpersonenverhältnis mit verschiedenen Rechtsbeziehungen,¹³ die jeweils unterschiedlichen Rechtsordnungen unterliegen können. Art. 14 I Rom-I regelt das „Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar aus der Übertragung einer Forderung“ [I.], Art. 14 II Rom-I v. a. das „Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner“ [II.]. Die Verfügungswirkung führt zudem zur Betroffenheit weiterer Dritter.¹⁴ Dies macht eine Auseinandersetzung mit dem für die Wirkungen der Abtretung gegenüber Dritten maßgeblichen Recht, dem sog. Drittwirkungsstatut¹⁵ erforderlich [III.]. Bei der Betrachtung dieser Verhältnisse sind die erwähnte hybride Erscheinung sowie die divergierenden nationalen Ausgestaltungen zu berücksichtigen. Sie erschweren die kollisionsrechtliche Behandlung der Abtretung, insbesondere in Bezug auf ihre Wirkung gegenüber Dritten.¹⁶

I. Abtretungsstatut, Art. 14 I Rom-I

Art. 14 I Rom-I unterwirft das „Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar aus der Übertragung einer Forderung“ dem Recht, das nach Rom-I „auf den Vertrag zwischen Zedent und Zessionar anzuwenden ist“. Dieses Recht bestimmt sich nach den Artt. 3 ff. Rom-I.¹⁷

1. Verpflichtungsstatut im Verhältnis Zedent-Zessionar

Das „Verhältnis“ im Sinne von Art. 14 I Rom-I erfasst zunächst die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar. Diese können etwa in einem Forderungs-

⁸ *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 2; *Flessner/Verhagen*, Assignment in European Private International Law (2006), S. 2.

⁹ *Heine* [Fn. 7], S. 13; *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 2.

¹⁰ *Flessner/Verhagen* [Fn. 8], S. 3; *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457, 458.

¹¹ *Heine* [Fn. 7], S. 16 ff.; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³, § 33, S. 438 ff.

¹² *Von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III (2005), Art. 11:101 PECL, S. 664 f.

¹³ *Heine* [Fn. 7], S. 8; *Reithmann/Martiny (-Martiny)*, Internationales Vertragsrecht⁷, Rn. 383.

¹⁴ *Heine* [Fn. 7], S. 8 f.

¹⁵ *Staudinger (-Hausmann)*, Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 9.

¹⁶ *Bridge*, (2009) 125 L.Q.R., 671, 677; *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 3.

¹⁷ *Garcimartin Alférez* [Fn. 1], S. 224; *Schulze (-Staudinger)*, BGB⁷, Art. 14 Rom-I, Rn. 2.

kauf, einem Geschäftsbesorgungsvertrag oder einer Sicherungsabrede im Rahmen von Kreditsicherungsgeschäften wurzeln.¹⁸

2. Verfügungsstatut im Verhältnis Zedent-Zessionar

Da die Forderung ein verfügbarer Gegenstand ist, sind zwischen Zedent und Zessionar zudem dingliche Aspekte betroffen.¹⁹ Das Verfügungsstatut²⁰ beeinflusst die Forderungsinhaberschaft in dieser Beziehung.²¹ Im romanischen Rechtskreis und im engl. Recht, wo Verpflichtung und Verfügung ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden,²² bestehen auch kollisionsrechtlich keine Abgrenzungsschwierigkeiten: Sowohl dingliche als auch schuldrechtliche Aspekte werden von Art. 14 I Rom-I behandelt.²³ Im dt. Recht, wo Verpflichtung und Verfügung getrennt werden,²⁴ ergibt sich aufgrund dieser sachrechtlichen Konstruktion grundsätzlich auch kollisionsrechtlich die Notwendigkeit einer Abgrenzung. So erschöpfte sich der Regelungsbereich von Art. 33 I EGBGB aF nach hM im obligatorischen Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, während die Verfügung in dieser Beziehung dem Forderungsstatut nach Art. 33 II EGBGB aF, d. h. dem Recht, das auf die zedierte Forderung anzuwenden war, unterstand.²⁵

In Abgrenzung zum Wortlaut des Art. 33 I EGBGB aF fällt bei Art. 14 I Rom-I bereits die Änderung von „Verpflichtungen“ hin zu „Verhältnis“ auf.²⁶ Zudem erklärt Erwägungsgrund (38) ausdrücklich auch die dinglichen Aspekte als in das Verhältnis im Sinne des Art. 14 I Rom-I fallend – als Klarstellung für Rechtsordnungen, die dingliche und schuldrechtliche Aspekte trennen.²⁷ Im Ergebnis entfällt die bislang in Deutschland herrschende selbständige Anknüpfung.²⁸ Vielmehr folgt aus Art. 14 I Rom-I ein einheitliches Abtretungsstatut im Verhältnis Zedent-Zessionar.²⁹ Hierdurch erübrigt sich in dieser Beziehung die Unterscheidung zwischen obligatorischen und dinglichen Elementen³⁰ und werden Abgrenzungsprobleme für Rechtsordnungen, denen das Abstraktionsprinzip unbekannt ist, vermieden.³¹

¹⁸ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 34; MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 18.

¹⁹ Heine [Fn. 7], S. 13.

²⁰ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 9.

²¹ Palandt⁷² (-Thorn), Art. 14 Rom-I, Rn. 3; MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 20.

²² Einsele, RabelsZ 60 (1996), 417, 432; Mangold, Die Abtretung im Europäischen Kollisionsrecht (2001), S. 107 f.; Zweigert/Kötz [Fn. 11], § 33, S. 442 f., 445.

²³ Flessner, IPRax 2009, 35, 38.

²⁴ Mangold [Fn. 22], S. 108; Heine [Fn. 7], S. 16; Zweigert/Kötz [Fn. 11], § 33, S. 442 f.

²⁵ BGH 20.6.1990, NJW 1991, 637, 638; BGH 26.11.1990, RIW 1991, 158, 158.

²⁶ Leible/Lehmann, RIW 2008, 528, 540; MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 17.

²⁷ Einsele, RabelsZ 74 (2010), 91, 96.

²⁸ Einsele, WM 2009, 289, 297; Schulze (-Staudinger), BGB⁷, Art. 14 Rom-I, Rn. 1.

²⁹ MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 17; Flessner, IPRax 2009, 35, 38.

³⁰ Vgl. Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 497.

³¹ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 31; vgl. Stadler, IPRax 2000, 104, 107.

II. Forderungsstatut, Art. 14 II Rom-I

Das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner richtet sich nach Art. 14 II Rom-I, der vom Wortlaut her nahezu Art. 33 II EGBGB aF entspricht.³² Das hiernach maßgebliche sog. Forderungsstatut³³ ist das „Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt“. Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Schutz des Schuldners.³⁴ Dieser soll sich der für seine Verpflichtung relevanten Rechtsordnung sicher sein können³⁵ und keine Nachteile infolge der Abtretung erleiden.³⁶ Aus diesem Grund ist Zedent und Zessionar die Disposition über das Statut der zedierten Forderung entzogen.³⁷ Dementsprechend bestimmt das Forderungsstatut die Übertragbarkeit der Forderung, ihren Inhalt, insbesondere die Einreden des Schuldners,³⁸ die Wirkung der Abtretung gegenüber dem Schuldner³⁹ und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner (vgl. § 407 BGB, Art. 1691 frz. Cc).⁴⁰

III. Drittwirkungsstatut

Das Drittwirkungsstatut betrifft die *erga omnes*-Wirkungen der Abtretung⁴¹ und damit primär Prioritätskonflikte.⁴² Diese treten auf bei Mehrfachabtretungen des Zedenten über eine Forderung⁴³ sowie bei Vollstreckungszugriffen der Gläubiger bzw. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen von Zedent oder Zessionar.⁴⁴

1. Keine ausdrückliche Normierung in Art. 14 Rom-I

Art. 14 I Rom-I regelt ausdrücklich nur die dinglichen Aspekte im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar. Eine Vorschrift speziell zur Drittwirkung fehlt.⁴⁵ Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag⁴⁶ sah in Art. 13 III Rom-I noch vor, dass für die Drittwirkung „das Recht des Staates maßgebend [ist], in dem der Zedent zum Zeitpunkt der Übertragung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“. ⁴⁷ Letztlich fand diese Regelung

³² Palandt⁷² (-Thorn), Art. 14 Rom-I, Rn. 4; Schulze (-Staudinger), BGB⁷, Art. 14 Rom-I, Rn. 1.

³³ Martiny, RIW 2009, 737, 746; Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 52.

³⁴ Leible/Lehmann, RIW 2008, 528, 540; Garcimartín Alférez [Fn. 1], S. 228.

³⁵ MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 4; Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 42.

³⁶ Plender/Wilderspin, The European Private International Law of Obligations³, Rn. 13-025; vgl. von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht⁹, § 10 Rn. 90.

³⁷ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 42; vgl. von Bar, Internationales Privatrecht, Zweiter Band, Besonderer Teil (1991), Rn. 565.

³⁸ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 47 f.; MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 27.

³⁹ MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 23.

⁴⁰ Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 493; Schulze (-Staudinger), BGB⁷, Art. 14 Rom-I, Rn. 3.

⁴¹ Garcimartín Alférez [Fn. 1], S. 233; Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 55.

⁴² Kieninger, IPRax 2012, 289, 289.

⁴³ Flessner, IPRax 2009, 35, 39; MüKo (-Martiny) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 36.

⁴⁴ Schulze (-Staudinger), BGB⁷, Art. 14 Rom-I, Rn. 4; Ferrari (-Kieninger), Internationales Vertragsrecht², Art. 14 Rom-I, Rn. 10.

⁴⁵ Martiny, ZEuP 2006, 60, 84; Palandt⁷² (-Thorn), Art. 14 Rom-I, Rn. 1, 6.

⁴⁶ KOM (2005) 650 [endgültig], Abl. L 328/8 vom 15.12.2005, S. 9, 21.

⁴⁷ Vgl. Martiny, RIW 2009, 737, 746; Flessner, IPRax 2009, 35, 36.

keine Zustimmung – dies insbesondere aufgrund des Widerstands der britischen Regierung, welche die Gefahr zusätzlicher Prüfungsanstrengungen für Finanzunternehmen und damit ein Risiko für den Finanzplatz London sah.⁴⁸ Als „Kompromiss“ ergab sich die Überprüfungs Klausel des Art. 27 II Rom-I, wonach die Kommission bis zum 17. Juni 2010 einen Bericht über die Drittwirkung vorzulegen hatte.⁴⁹ Dies ist bislang nicht geschehen.⁵⁰ In Vorbereitung auf ihren Bericht holte die Kommission eine Studie des BIICL ein, welche seit Dez. 2011 vorliegt. Diese unterbreitet drei Vorschläge zur Änderung von Rom-I.⁵¹

2. Entwicklung einer mitgliedstaatlich einheitlichen Anknüpfung

Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in Art. 14 Rom-I ist insofern bedauerlich, als die Anknüpfung bereits unter Geltung von Art. 33 EGBGB aF bzw. Art. 12 EVÜ sowohl in Deutschland⁵² als auch innerhalb Europas⁵³ umstritten war – was auf europäischer Ebene v. a. auf den unterschiedlichen sachrechtlichen Prämissen beruhte.⁵⁴ Die Diskussionen um die richtige Anknüpfung setzen sich unter Geltung von Rom-I fort. Uneinigkeit besteht bereits bei der Frage, ob Art. 14 Rom-I das Problem der Drittwirkung überhaupt erfasst⁵⁵ oder ob eine Lösung nicht dem nationalen Kollisionsrecht überlassen ist.⁵⁶ Letzteres ist insbesondere im Hinblick auf die durch Rom-I erstrebte Rechtsvereinheitlichung⁵⁷ und (national betrachtet) angesichts der Aufhebung des Art. 33 EGBGB aF⁵⁸ abzulehnen. Der daraus gezogene Schluss, allein Art. 14 I oder II Rom-I kämen als Drittwirkungsstatut in Betracht,⁵⁹ vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Vielmehr lässt die BIICL-Studie einen Regelungswillen der EU erkennen. Es bedarf der Entwicklung einer mitgliedstaatlich einheitlichen Anknüpfung.⁶⁰ Hierzu werden im Wesentlichen vier Grundkonzeptionen vertreten:⁶¹ Die Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Zedenten [**b**], an den Wohnsitz des Schuldners [**c**], an das Forderungs- [**d**] oder das Vertragsstatut [**e**]. In diesem Zusammenhang bringen die Vorschläge B⁶² und C⁶³ der BIICL-Studie nur

⁴⁸ *Flessner*, IPRax 2009, 35, 43; *Mankowski*, IHR 2008, 133, 149 f.

⁴⁹ Ferrari (-*Kieninger*) [Fn. 44], Art. 14 Rom-I, Rn. 3; *Heine* [Fn. 7], S. 93 ff.

⁵⁰ *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 492, insofern unverändert am 10. 8. 2014.

⁵¹ Vgl. *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 289 ff.

⁵² Vgl. *Mangold* [Fn. 22], S. 99 ff.; *Staudinger (-Hausmann)*, Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 33.

⁵³ *Verhagen*, (2006) L.M.C.L.Q., 270, 272; *Koppenol-Laforce*, Netherlands International Law Review 45 (1998), 129, 133; *Pardoel*, Les conflits de lois en matière de cession de créance (1997), Tz. 182 ff.; *Sinay-Cytermann*, Rev. crit. D.I.P. 1992, 35, 39 ff.

⁵⁴ *Heine* [Fn. 7], S. 11, 55; *Bridge*, (2009) 125 L.Q.R., 671, 677.

⁵⁵ *Mann/Nagel*, WM 2011, 1499, 1500; *Flessner*, IPRax 2009, 35, 38 f.

⁵⁶ *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 494; *Garcimartin Alférez* [Fn. 1], S. 235; *Plender/Wilderspin* [Fn. 36], Rn. 13-041; *Palandt*⁷² (-*Thorn*), Art. 14 Rom-I, Rn. 1.

⁵⁷ KOM (2002) 654 [endgültig], S. 48; *Martiny*, RIW 2009, 737, 747.

⁵⁸ *Flessner*, IPRax 2009, 35, 39; *Staudinger (-Hausmann)*, Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 70.

⁵⁹ *Flessner*, Between Articles 14 and 27 of Rome I: How to interpret a European Regulation on Conflict of Laws?, in: *Westrik/van der Weide* (Hrsg.), Party Autonomy in International Property Law (2011), S. 207, 221.

⁶⁰ Vgl. *Martiny*, ZEuP 2010, 747, 775; KOM (2002) 654 [endgültig], S. 48.

⁶¹ Vgl. KOM (2002) 654 [endgültig], S. 48 ff.

⁶² BIICL-Studie, S. 411.

bedingt neue und modifizieren primär bereits bestehende Lösungsmodelle.⁶⁴ Vorschlag A⁶⁵ basiert auf einer Rechtswahlmöglichkeit und kombiniert die diskutierten Ansätze neu.⁶⁶

a) **Interessenlage und wirtschaftliche Bedeutung**

Neben den nationalen sachrechtlichen Divergenzen beeinflussen die vielschichtigen kollidierenden Interessen von Zedent, Zessionar, Schuldner und Dritten sowie die wirtschaftliche Bedeutung der Abtretung die Entwicklung einer sachgerechten Kollisionsnorm:

Dem Schutz des Schuldners wird bezüglich Einreden und Leistungsbefreiung bereits über Art. 14 II Rom-I Genüge getan.⁶⁷ Er hat daher kein legitimes Schutzinteresse hinsichtlich der Drittwirkung.⁶⁸

Für Zedent und Zessionar ist eine in Bezug auf das anwendbare Recht klare und rechtssichere Lösung zu finden. Nur so können Ausgaben für Rechtsprüfungen verringert und Transaktionskosten minimiert werden.⁶⁹ Dies wiederum steigert den Nutzen und wirtschaftlichen Gewinn der Transaktion. Damit dieser erhalten bleibt, besteht, v. a. für den Zessionar, ein erhebliches Interesse, einen nachträglichen Verlust der Forderung zu verhindern.⁷⁰ Dies zeigt sich insbesondere in der Kreditwirtschaft: Die Kreditsicherung durch Forderungen gelingt nur, wenn sich die Forderung gegen Dritte bewähren kann. Gerade hierin liegt ihr wirtschaftlicher Wert.⁷¹ Gleichzeitig liegt das Augenmerk von Zessionar und Zedent auf flexibler Gestaltungsmöglichkeit.⁷²

Ein ebenfalls gesteigertes Interesse an Rechtsklarheit haben die Gläubiger von Zedent und Zessionar, auch wenn der Beweggrund ein anderer ist: Um die Bonität ihrer Schuldner prüfen zu können und sich ausreichende Sicherheiten verschaffen zu lassen, bedarf es der Kenntnis des Vermögensbestands dieser Schuldner.⁷³

Ferner gilt es, die praktische, wirtschaftliche Bedeutung von Abtretungen bei der Suche nach einem sachgerechten Anknüpfungsmoment gleichermaßen zu würdigen: Vielfach erfolgen grenzüberschreitende Abtretungen in Geschäftsmodellen wie dem Factoring oder

⁶³ BIICL-Studie, S. 413 f.

⁶⁴ Vgl. *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 293 f.

⁶⁵ BIICL-Studie, S. 408 f.

⁶⁶ Vgl. *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 292.

⁶⁷ *Kieninger*, IPRax 2012, 366, 366.

⁶⁸ *Heine* [Fn. 7], S. 161 f.; *Flessner*, IPRax 2009, 35, 40.

⁶⁹ BIICL-Studie, S. 71.

⁷⁰ *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 495; *Flessner*, Privatautonomie und Interessen im internationalen Privatrecht, am Beispiel der Forderungsabtretung, in: Festschrift Claus-Wilhelm Canaris, Bd. 2 (2007), S. 545, 557.

⁷¹ *Heine* [Fn. 7], S. 48; *Schütze*, Zession und Einheitsrecht (2005), S. 282; *Bode*, Die Wirksamkeit einer Forderungsübertragung gegenüber Dritten vor dem Hintergrund der internationalen Forderungsfinanzierung (2007), S. 45 f., 52; *Mankowski*, IPRax 2012, 298, 301.

⁷² *Martiny*, ZEuP 2006, 60, 84; BIICL-Studie, S. 71.

⁷³ *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 495; vgl. *Martiny*, ZEuP 2006, 60, 84.

zur Kreditsicherung. Ohne Global- und Vorauszessionen kommen diese Modelle kaum aus.⁷⁴ Sie umfassen den Großteil der Abtretungen.

b) Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Zedenten

Zunächst ließe sich, dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag folgend und von der relativen Mehrheit (44 %) der vom BIICL befragten Interessenvertreter befürwortet,⁷⁵ an den Aufenthaltsort des Zedenten anknüpfen.⁷⁶ Auch Vorschlag C der BIICL-Studie⁷⁷ basiert auf diesem Anknüpfungsmoment.

aa) Gleichlauf mit dem Insolvenzstatut; weitere Rechtsordnung

Befürworter dieses Ansatzes betonen die erleichterte Rechtsanwendung in der Insolvenz des Zedenten. Sein Aufenthaltsort decke sich in der Regel mit dem nach Art. 3 I EuInsVO die Zuständigkeit des Insolvenzgerichts bestimmenden „Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen“. Diese Zuständigkeit wiederum entscheidet über das Insolvenzstatut, Art. 4 I EuInsVO.⁷⁸ Nach Art. 5 I, II lit. b) EuInsVO berührt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedoch nicht das Recht eines Gläubigers, die Forderung im Falle einer Sicherungszession einzuziehen.⁷⁹ Praktisch bedeutsame Synergieeffekte entstehen daher vielfach nicht.

Im Gegenteil, bei Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Zedenten besteht die Gefahr der kostenintensiven Prüfung einer weiteren, von Forderungs- und/oder Vertragsstatut abweichenden Rechtsordnung.⁸⁰ In einer ohnehin schon mehrdimensionalen Rechtsbeziehung könnte dies zu weiterem Konfliktpotenzial und Rechtsprüfungskosten führen.⁸¹ Gleichwohl darf nicht verschwiegen werden, dass diese dritte Rechtsordnung in der

⁷⁴ *Sonnenberger*, IPRax 2012, 370, 370; *Hartley*, (2011) 60 ICLQ, 29, 53.

⁷⁵ BIICL-Studie, S. 15.

⁷⁶ *Kieninger/Schütze*, IPRax 2005, 200, 202; *Lagarde/Tenenbaum*, Rev. crit. D.I.P. 2008, 727, 777; *Mankowski*, IPRax 2012, 298, 299; *Francq*, Journal du Droit International 2009, 41, 67, Tz. 50; *Struycken*, (1998) L.M.C.L.Q., 345, 357 ff.; *Schütze* [Fn. 71], S. 317; *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457, 494 ff.; *Mäsch*, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zum Internationalen Vertragsrecht, in: Stellungnahmen zum „Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahre 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung“, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/jenaer_expertentagung_27_28_06_2003_de.pdf (zuletzt abgerufen am 26.6.2013), S. 144, 152; *Sigman/Kieninger*, The Law of Assignment of Receivables: in Flux, Still Uncertain, Still Non-Uniform, in: *Sigman/Kieninger* (Hrsg.), Cross-Border Security over Receivables (2009), S. 1, 60 ff.

⁷⁷ BIICL-Studie, S. 414.

⁷⁸ *Garcimartín Alférez* [Fn. 1], S. 240 f.; *Mankowski*, IPRax 2012, 298, 300; *Eidenmüller*, AcP 204 (2004), 457, 496; *Kieninger*, General Principles on the Law Applicable to the Assignment of Receivables in Europe, in: *Basedow/Baum/Nishitani* (Hrsg.), Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective (2008), S. 153, 167; BIICL-Studie, S. 44.

⁷⁹ Vgl. *Staudinger (-Hausmann)*, Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 64.

⁸⁰ *Verhagen*, (2006) L.M.C.L.Q., 270, 275 f.; *Stadler*, IPRax 2000, 104, 108.

⁸¹ *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 14; *Perkins*, Law and Financial Markets Review 2008, 238, 241; *Plender/Wilderspin* [Fn. 36], Rn. 13-010; vgl. die Befürchtungen der *City of London*, s.o.

Kreditwirtschaft angesichts des Gleichlaufs mit dem Insolvenzstatut regelmäßig ohnehin zur Abschätzung der Folgen einer Insolvenz geprüft wird, zusätzliche Kosten mithin nicht anfallen.⁸²

bb) Unsicherheiten: Aufenthaltsermittlung; wechselseitige Abtretungen

Des Weiteren solle der Aufenthalt des Zedenten, jedenfalls für dessen Gläubiger, leicht zu ermitteln sein, die Anknüpfung mithin Rechtssicherheit gewährleisten.⁸³ Dass dies indes nur bedingt zutrifft, zeigt sich zum einen mit Blick auf Art. 19 II Rom-I. Hier ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten,⁸⁴ insbesondere bei von einem Bankenkonsortium gehaltenen Forderungen.⁸⁵

Zum anderen offenbaren sich Rechtsunsicherheiten bei wechselseitigen Abtretungen. Als Beispiel diene die Sicherungsabtretung. Zunächst erfolgt die eigentliche Sicherungszession durch den Sicherungsgeber, anschließend die Rückabtretung durch den Sicherungsnehmer. Die Folge ist das Auftreten zweier personenverschiedener Zedenten und damit auch zweier potenziell anwendbarer Rechtsordnungen. Die eintretenden Rechtsunsicherheiten ließen sich zwar insoweit vermeiden, als man von einer auflösend bedingten Sicherungszession, mithin einem automatischen Forderungsrückfall ohne zweite Abtretung und ohne potenzielle weitere Rechtsordnung ausginge. Derartige rechtliche Ausgestaltungen müsste das auf die Sicherungszession anwendbare Sachrecht zulassen.⁸⁶ Hierauf haben die Parteien in Bezug auf die Drittwirkung bei einer Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Zedenten jedoch (mit Ausnahme eines Aufenthaltswechsels durch eben diesen) keine Einflussmöglichkeit. Sie können das dargestellte Problem somit nur begrenzt vermeiden.

cc) Voraus- und Globalzessionen; mangelnde Flexibilität

Der Aufenthalt des Zedenten ist ermittelbar, mithin das anwendbare Recht. Dies macht eine Vorausabtretung möglich.⁸⁷

Sämtliche Forderungen einer Globalzession unterliegen nach dieser Konzeption einem einheitlichen Recht.⁸⁸ Dies führt zu einem Gewinn an Rechtssicherheit,⁸⁹ was sich wiederum positiv auf die Umlauffähigkeit von Forderungen auswirken kann.⁹⁰ Außer

⁸² *Garcimartin Alférez* [Fn. 1], S. 248.

⁸³ *Struycken*, (1998) L.M.C.L.Q., 345, 359; *Martiny*, ZEuP 2006, 60, 85.

⁸⁴ BIICL-Studie, S. 396 f.; vgl. *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 14 f.

⁸⁵ *Hartley*, (2011) 60 ICLQ, 29, 55; *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 295.

⁸⁶ *Mankowski*, IPRax 2012, 298, 300.

⁸⁷ *Kieninger* [Fn. 78], S. 166 f.; MüKo (-*Martiny*) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 35.

⁸⁸ *Garcimartin Alférez* [Fn. 1], S. 240; *Perkins*, Law and Financial Markets Review 2008, 238, 239.

⁸⁹ MüKo (-*Martiny*) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 35; vgl. *Stoll*, IPRax 1991, 223, 226.

⁹⁰ *Kieninger/Schütze*, IPRax 2005, 200, 202.

Betracht bleibt dabei jedoch, dass sich die Transaktionskosten durch Prüfung einer dritten Rechtsordnung erhöhen können.⁹¹

Darüber hinaus bindet diese Anknüpfung die Abtretungsparteien an das Recht am Aufenthaltsort des Zedenten. Dort geltenden Einschränkungen von Voraus-, Global- und Sicherungszessionen⁹² können sie nicht entgehen.

dd) Konkurrierende Abtretungen

Verfügt ein Gläubiger mehrfach zugunsten verschiedener Zessionare über eine Forderung, liegt eine Mehrfachabtretung vor.⁹³ Allein eine der kollidierenden Abtretungen kann Vorrang beanspruchen, d. h. wirksam sein.⁹⁴

Die europäischen Rechtsordnungen folgen durchgehend dem Prioritätsgrundsatz.⁹⁵ Doch divergiert der ausschlaggebende Zeitpunkt: In Deutschland wird auf die Vornahme der Verfügung (§ 398 BGB) abgestellt,⁹⁶ d. h. die Erstzession hat Vorrang.⁹⁷ In z. B. Frankreich (Art. 1690 Cc),⁹⁸ England,⁹⁹ und Italien (Art. 1265 Cc)¹⁰⁰ sichert die gutgläubige Anzeige beim Schuldner die Priorität. Ein Rechtsverlust beim Erstzessionar ist hiernach möglich. Insofern kommt es entscheidend darauf an, welches Recht nach dem Drittwirkungsstatut die Vorrangfrage beantwortet.

Der Aufenthalt des Zedenten kann sich zwischen konkurrierenden Abtretungen ändern, das Statut ist wandelbar.¹⁰¹ Dies birgt die Gefahr eines nach dem Erststatut unter Umständen nicht vorgesehenen Forderungsverlustes für den Erstzessionar.¹⁰² Als Fixpunkt zur Bestimmung der maßgeblichen Rechtsordnung im Fall eines solchen Statutenwechsels kommt der Übergang der Forderung in Betracht,¹⁰³ wodurch indes der Gleichlauf mit dem sich regelmäßig ebenfalls ändernden Insolvenzstatut aufgegeben würde.¹⁰⁴ Wäre die Entstehung des Prioritätskonflikts ausschlaggebend,¹⁰⁵ würde stets das Neustatut über den

⁹¹ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 65.

⁹² Vgl. etwa Art. 3:84 Absatz III ndl. NBW, der Sicherungszessionen untersagt.

⁹³ Flessner, IPRax 2009, 35, 39; Reithmann/Martiny (-Martiny) [Fn. 13], Rn. 393.

⁹⁴ Stoll, IPRax 1991, 223, 223.

⁹⁵ Heine [Fn. 7], S. 48; Zweigert/Kötz [Fn. 11], § 33 III, S. 443.

⁹⁶ Heine [Fn. 7], S. 48; Mangold [Fn. 22], S. 99.

⁹⁷ Von Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition, Bd. 2 (2009), Art. III.-5:121 DCFR, S. 1076 f., Note 1.

⁹⁸ Vgl. Bode [Fn. 71], S. 67 ff.; Einsele, ZVglRWiss 90 (1991), 1, 5.

⁹⁹ Dearle v Hall [1828] 38 E.R. 475; vgl. Einsele, ZVglRWiss 90 (1991), 1, 9.

¹⁰⁰ Vgl. Zweigert/Kötz [Fn. 11], § 33 III, S. 447; Mangold [Fn. 22], S. 93, 113.

¹⁰¹ Kieninger/Schütze, IPRax 2005, 200, 203; Ferrari (-Kieninger) [Fn. 44], Art. 14 Rom-I, Rn. 12.

¹⁰² Heine [Fn. 7], S. 92; Mangold [Fn. 22], S. 201.

¹⁰³ Vgl. Kieninger/Schütze, IPRax 2005, 200, 203 f.

¹⁰⁴ Kieninger/Schütze, IPRax 2005, 200, 204.

¹⁰⁵ Sigman/Kieninger [Fn. 76], S. 72 f.; Kieninger/Schütze, IPRax 2005, 200, 203 f.

Konflikt entscheiden.¹⁰⁶ Letztlich wäre dieses kollisionsrechtlich bevorzugt; ein Rechtsverlust beim Erstzessionar bliebe möglich.

ee) Aufwertung durch Vorschlag C der BIICL-Studie?

Art. 14 I lit. b) Rom-I (Vorschlag C)¹⁰⁷ gibt die Unterscheidung zwischen dinglichen Wirkungen *inter partes* und *erga omnes* (mit Ausnahme des Verhältnisses zum Drittschuldner) auf. Die Vorschrift sieht eine einheitliche Anknüpfung der dinglichen Wirkungen an den gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten vor.¹⁰⁸ Hierbei wird klargestellt, dass Art. 19 II Rom-I, der obigen Kritik entsprechend, nicht anzuwenden ist. Art. 14 II Rom-I (Vorschlag C) macht für Finanztransaktionen eine Ausnahme, indem er eine Anknüpfung an das Forderungsstatut normiert. Das Recht der schuldrechtlichen Beziehung zwischen Zedent und Zessionar soll sich künftig nicht mehr aus Art. 14 I Rom-I, sondern allein aus den Artt. 3 ff. Rom-I ergeben.¹⁰⁹

(1) Konkurrierende Abtretungen und Statutenwechsel

Das Problem eines möglichen Statutenwechsels aufgreifend schließt Art. 14 I lit. b) Rom-I (Vorschlag C) ferner die Anwendung des Art. 19 III Rom-I aus, um dann in Absatz III des Vorschlages eine eigene Prioritätsregel aufzustellen. Der Fixpunkt zur Lösung des Prioritätskonfliktes soll hiernach personal divergieren. Satz 1 betrifft konkurrierende Zessionare oder anders an der Forderung Berechtigte und stellt auf den Zeitpunkt der letzten Abtretung ab. Satz 2 regelt das Verhältnis zum Drittschuldner und Satz 3 andere Fragen (z. B. hinsichtlich der Gläubiger des Zedenten).¹¹⁰ Hierbei fällt auf, dass der Erstzessionar im Rahmen von Satz 1 weiterhin mit einem Rechtsverlust rechnen muss.¹¹¹ Mit der Maßgeblichkeit der letzten Abtretung kommt es zu einer Bevorzugung des Zweitstatuts.

(2) Bewertung Vorschlag C

Ungeachtet ihrer abschreckenden Komplexität bedient die ausdifferenzierte Prioritätsregel bei einem Statutenwechsel Einzelfallgerechtigkeit in höherem Maße als eine pauschale Lösung.¹¹² Die personal divergierenden Zeitpunkte führen für die Zessionsparteien jedoch zu einem Verlust an Vorhersehbarkeit des anwendbaren Rechts.

¹⁰⁶ Heine [Fn. 7], S. 198.

¹⁰⁷ BIICL-Studie, S. 414.

¹⁰⁸ Kieninger, IPRax 2012, 289, 291.

¹⁰⁹ Kieninger, IPRax 2012, 289, 291.

¹¹⁰ Vgl. Kieninger, IPRax 2012, 289, 294.

¹¹¹ Kieninger, IPRax 2012, 289, 294; vgl. BIICL-Studie, S. 412.

¹¹² Kieninger, IPRax 2012, 289, 294.

Auch müssen sich die Ausnahme in Absatz II¹¹³ sowie die Umschreibung der anders Berechtigten und der anderen Fragen in Absatz III den Vorwurf mangelnder Normenklarheit gefallen lassen.

Erfreulich ist die mit der einheitlichen Anknüpfung der dinglichen Wirkungen erreichte Konformität von Innen- (Zedent-Zessionar) und Außenverhältnis (zu Dritten), wodurch Abgrenzungsprobleme¹¹⁴ vermieden werden. Allerdings gilt dieser Gleichlauf nur für die dinglichen Aspekte. Ausgeblendet wird, dass die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar nach den Artt. 3 ff. Rom-I einem anderen Recht als dem am Aufenthaltsort des Zedenten unterstehen können. Diese potentielle Diskrepanz zwischen dinglichem und obligatorischem Statut im Verhältnis Zedent-Zessionar gibt die mit der Einführung eines einheitlichen Abtretungsstatuts in Art. 14 I Rom-I gewonnenen Vorteile auf.

Vorschlag C trägt daher nur begrenzt zu einer Aufwertung dieses Modells bei.

c) Anknüpfung an den Wohnsitz des Schuldners

Insbesondere in Frankreich favorisiert(en) Rechtsprechung und Literatur eine (Sonder-) Anknüpfung an den Wohnsitz des Schuldners.¹¹⁵

aa) Übertragung des *lex rei sitae*-Grundsatzes

Die Einführung einer Sonderanknüpfung wurde unter Geltung des EVÜ mit dessen Anwendungsbereich begründet. Das EVÜ erfasse nur schuldrechtliche, nicht aber die den Drittwirkungen eigentümlichen dinglichen Abtretungsaspekte.¹¹⁶ Der Schwerpunkt der Betrachtung lag demnach vornehmlich auf dem sachenrechtsähnlichen Charakter der Abtretung.

Diesem Charakter entsprechend erfolgte eine Übertragung des *lex rei sitae*-Grundsatzes des Internationalen Sachenrechts (vgl. Art. 43 I EGBGB) auf Abtretungen.¹¹⁷ Der insofern relevante „Belegenheitsort der Forderung“ sei regelmäßig mit dem Wohnsitz des Schuldners identisch.¹¹⁸

¹¹³ Kieninger, IPRax 2012, 289, 295.

¹¹⁴ Vgl. Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 497.

¹¹⁵ CA Paris 26.3.1986, Rev. crit. D.I.P. 1987, 351 ff.; CA Paris 27.9.1984, Journal du Droit International 1985, 664, 666; Lagarde, Rev. crit. D.I.P. 1991, 287, 335 f., Tz. 59; Meyer/Heuzé, Droit international privé⁸, Tz. 750.

¹¹⁶ Goode, Commercial Law³, S. 1109; vgl. Lagarde, Retour sur la loi applicable à l'opposabilité des transferts conventionnels de créances, in: Festschrift Jacques Béguin (2005), S. 415, 418 f., 424.

¹¹⁷ Goode [Fn. 116], S. 1109; vgl. Lagarde [Fn. 116], S. 418 f., 424.

¹¹⁸ Hartley, (2011) 60 ICLQ, 29, 51; vgl. Heine [Fn. 7], S. 166.

Als Vorteil ergebe sich die erleichterte Durchsetzbarkeit der Forderung infolge eines Gleichlaufs mit der Belegenheit des Schuldnervermögens und dem allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners, vgl. Art. 2 I EuGVVO.¹¹⁹

Im Rahmen von Rom-I dürfte bereits die erste Aussage angesichts des angesprochenen Regelungswillen der EU und des Erwägungsgrundes (38) („dinglichen Aspekte“) überholt sein.¹²⁰

Auch der Gleichlauf mit dem allgemeinen Gerichtsstand besteht nicht, wenn besondere Gerichtsstände¹²¹ oder Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Zedent und Schuldner¹²² vorliegen. Überdies ist ein Gleichlauf mit dem Schuldnergerichtsstand für Dritte in der Regel belanglos, tragen sie Prioritätskonflikte doch mit anderen Dritten oder den Abtretungsparteien aus.¹²³

Unabhängig davon müsste eine Übertragung des *lex rei sitae*-Grundsatzes bei der Suche nach einer einheitlichen Lösung inhaltlich überzeugen. Die Annahme eines Belegenheitssortes für Forderungen ist mangels deren physischer Verkörperung eine bloße Fiktion.¹²⁴ Eine diesbezügliche normative Bestimmung¹²⁵ öffnet, gerade im elektronischen Finanzverkehr,¹²⁶ ein Einfallstor für Rechtsunsicherheit. Ein Konsens über eine normative Belegenheit besteht nicht.¹²⁷ Neben dem Wohnsitz des Schuldners wäre an einen hiervon abweichenden Erfolgsort¹²⁸ oder an den Zedentensitz zu denken. Der *lex rei sitae*-Grundsatz ist als Begründung somit nicht verwertbar.

bb) Global- und Vorauszessionen; Konkurrierende Abtretungen

Verschiedene Schuldner haben regelmäßig verschiedene Wohnsitze, so dass die Einzelorderungen unterschiedlichen Rechtsordnungen unterworfen sind. Um eine Globalzession durchführen zu können, wäre für jede Forderung deren Schuldner und dessen Wohnsitz zu ermitteln. Dieser Aufwand macht Globalzessionen unattraktiv.¹²⁹ Für Vorausabtretungen ergibt sich, dass der Schuldner einer zukünftigen Forderung in der Regel noch nicht ermittelt werden kann.¹³⁰ Wie bei der Anknüpfung an den Aufenthaltsort des Zedenten

¹¹⁹ Goode [Fn. 116], S. 1109; Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 499.

¹²⁰ Fentiman, Law and Financial Markets Review 2010, 405, 407.

¹²¹ Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 60.

¹²² Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 499; Verhagen/van Dongen, (2010) 6 JPIL, 1, 15.

¹²³ Mäsch [Fn. 76], S. 151.

¹²⁴ Verhagen/van Dongen, (2010) 6 JPIL, 1, 15; Kieninger, RabelsZ 62 (1998), 678, 701.

¹²⁵ Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 498.

¹²⁶ BIICL-Studie, S. 384.

¹²⁷ Stadler, IPRax 2000, 104, 104.

¹²⁸ Deschamps, Conflict-of-Laws Rules for Security Rights: What Should Be the Best Rules, Conflict-of-Laws Rules for Security Rights: What Should Be the Best Rules, in: Eidenmüller/Kieninger (Hrsg.), The Future of Secured Credit in Europe (2008), S. 284, 293.

¹²⁹ Pardoel [Fn. 53], Tz. 363; Struycken, (1998) L.M.C.L.Q., 345, 357; Heine [Fn. 7], S. 169.

¹³⁰ Mäsch [Fn. 76], S. 150 f; Heine [Fn. 7], S. 170.

besteht zudem die Gefahr eines Statutenwechsel und somit bei konkurrierenden Abtretungen die eines Rechtsverlustes unter neuem Statut.¹³¹

cc) Fazit zur Anknüpfung an den Wohnsitz des Schuldners

Das BIICL und die befragten Interessenvertreter (3% Befürwortung) lehnten eine Anknüpfung an den Wohnsitz des Schuldners ausdrücklich ab.¹³² Zu den bereits im Rahmen der Anknüpfung an den Zedentenaufenthalt bestehenden Nachteilen (zusätzliche Rechtsordnung, fehlende Flexibilität) treten weitere hinzu, und das ohne echten Vorteil. Daher ist der Einschätzung des BIICL beizupflichten.

d) Anknüpfung an das Forderungsstatut

Weiterhin vertreten wird die unter Geltung des EGBGB aF bzw. des EVÜ in Deutschland herrschende¹³³ und auch teilweise im europäischen Ausland, etwa vom *Court of Appeal* in England¹³⁴ und Stimmen in Frankreich,¹³⁵ befürwortete Anknüpfung an das Forderungsstatut.¹³⁶

aa) Einheitliche Behandlung der Drittwirkungen

Dies liegt insbesondere an der sich hieraus ergebenden einheitlichen Behandlung der Drittwirkungen. Bereits die Wirkungen gegenüber dem Schuldner, der außerhalb des Verhältnisses Zedent-Zessionar steht, beurteilen sich nach dem Forderungsstatut.¹³⁷ Eine Abgrenzung nach Drittwirkung oder Schuldnerschutz, wie sie insbesondere für Publizitätsanfordernisse und Abtretungsverbote problematisch ist,¹³⁸ erübrigt sich.¹³⁹ Indes berührt die Drittwirkung nicht Schuldnerinteressen. Insofern erscheint zweifelhaft, ob das diesen Schutz regelnde Forderungsstatut ein sachgerechtes Anknüpfungsmoment ist.¹⁴⁰

bb) Global- und Vorauszessionen

Die Anknüpfung an das Forderungsstatut erschwert die Globalzession von Forderungen, die, wie es oftmals der Fall sein wird, unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstehen.¹⁴¹ Hier wären die Parteien gezwungen, Forderungsgruppen zu bilden, welche einem einheitli-

¹³¹ Heine [Fn. 7], S. 169.

¹³² BIICL-Studie, S. 384.

¹³³ BGH 20.6.1990, NJW 1991, 637, 638; BGH 26.11.1990, RIW 1991, 158, 158; BGH, 8.12.1998, NJW 1999, 940, 940; von Bar, RabelsZ 53 (1989), 462, 470; Bode [Fn. 71], S. 291 ff.

¹³⁴ *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v Five Star General Trading LLC* [2001] 3 All E.R. 257 (C.A.); vgl. Hartley, (2011) 60 ICLQ, 29, 44 ff.

¹³⁵ *Audit, Droit international privé*⁴, Tz. 784; *Pardoel* [Fn. 53], Tz. 385.

¹³⁶ *Steffens*, European Review of Private Law 2006, 543, 574 ff.; *Plender/Wilderspin* [Fn. 36], Rn. 13-042.

¹³⁷ *Martiny*, ZEuP 2006, 60, 86; vgl. BGH 20.6.1990, NJW 1991, 637, 638.

¹³⁸ Vgl. *Kieninger*, IPRax 2012, 366, 367.

¹³⁹ *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 496.

¹⁴⁰ *Garcimartín Alférez* [Fn. 1], S. 245.

¹⁴¹ *Kieninger* [Fn. 78], S. 165; vgl. *Flessner* [Fn. 70], S. 552.

chen Recht unterliegen und die sie isoliert übertragen.¹⁴² Dazu bedürfte es einer jeweils gesonderten, kostenintensiven Prüfung.¹⁴³ Zudem steht das Forderungsstatut bei Vorauszessionen im Zeitpunkt der Abtretung nicht fest.¹⁴⁴ Der Zessionar kann die Erfordernisse, die er zur Herbeiführung der Drittwirkung erfüllen muss, noch nicht vorhersehen und dementsprechend keine Vorbereitungen treffen.¹⁴⁵

cc) Konkurrierende Abtretungen

Das Forderungsstatut ist (abgesehen von der Möglichkeit einer nachträglichen Rechtswahl im Verhältnis Zedent-Schuldner, Art. 3 II 1 Rom-I, bei der wiederum Art. 3 II 2 Rom-I schützt)¹⁴⁶ stabil.¹⁴⁷ Es bleibt bei der Anwendung einer Rechtsordnung; das Prioritätsproblem wird kohärent gelöst.¹⁴⁸

dd) Aufwertung durch Vorschlag B der BIICL-Studie?

Vorschlag B der BIICL-Studie¹⁴⁹ knüpft grundsätzlich ebenfalls an das Forderungsstatut an, Art. 14 I Rom-I (Vorschlag B). Gleichzeitig enthält er Sonderanknüpfungen in Art. 14 II Rom-I (Vorschlag B), sowie einen der Prioritätsregel in Vorschlag C entsprechenden Absatz III.

(1) Voraus- und Globalzessionen

Art. 14 II lit. b) Rom-I (Vorschlag B) enthält Ausnahmen für die Abtretung künftiger Forderungen und für Factoring. Für diese soll sich die Drittwirkung nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten richten. Insofern werden die dargestellten Probleme bei der Vorauszession vermieden. Ungelöst bleiben hingegen die praktischen Schwierigkeiten im Rahmen einer Globalzession.¹⁵⁰

(2) Bewertung Vorschlag B

Vorschlag B greift die Schwächen der Anknüpfung an das Forderungsstatut lediglich bedingt auf und sieht Ausnahmen nur für einzelne Bereiche vor. Diese genügen v. a. nicht der Globalzession. Hier wäre eine weitere Ausnahmeanknüpfung einzufügen. Klärungsbedürftig bliebe diesbezüglich eine einheitliche Definition¹⁵¹ – ein Problem, dass das BIICL

¹⁴² Kieninger, IPRax 2012, 289, 292.

¹⁴³ Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 497.

¹⁴⁴ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996), S. 712; vgl. Flessner [Fn. 70], S. 552.

¹⁴⁵ Heine [Fn. 7], S. 164; Kieninger, RabelsZ 62 (1998), 678, 699.

¹⁴⁶ Heine [Fn. 7], S. 163.

¹⁴⁷ Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 496; Mangold [Fn. 22], S. 191 f.; BIICL-Studie, S. 41.

¹⁴⁸ Heine [Fn. 7], S. 162 f.; Mangold [Fn. 22], S. 198 f.

¹⁴⁹ BIICL-Studie, S. 411.

¹⁵⁰ Vgl. Kieninger, IPRax 2012, 289, 294.

¹⁵¹ Kieninger, IPRax 2012, 289, 294.

in Bezug auf die Factoring-Ausnahme ausdrücklich anerkennt.¹⁵² Dies birgt das Risiko einer noch komplexeren Norm. Auch neigt Rom-I (mit Ausnahme der Schutzbestimmungen zugunsten von Verbrauchern und Arbeitnehmern) eher dazu, sektorale Ausnahmen zu vermeiden.¹⁵³ Vorschlag B trägt damit nicht wesentlich zu einer Aufwertung dieses Lösungsansatzes bei.

e) Anknüpfung an das Vertragsstatut

Eine letzte Lösungsmöglichkeit ist die Heranziehung des Vertragsstatuts als Drittwirkungsstatut und damit die einer Rechtswahl nach Art. 3 Rom-I.¹⁵⁴ In den Niederlanden war dieses Modell – einer Entscheidung des *Hoge Raad*¹⁵⁵ folgend – weitgehend anerkannt¹⁵⁶ und ist nun auch gesetzlich normiert.¹⁵⁷

aa) Drittwirkung als notwendige Folge des internen Übergangs

Zur Begründung der Heranziehung des Vertragsstatuts wird angeführt, dass die Abtretung als Verfügung *per definitionem* absolute Wirkung habe. Diese sei nicht bloß auf das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar beschränkt,¹⁵⁸ dessen dingliche Wirkungen Art 14 I Rom-I ordnet.

Als sachenrechtliches Prinzip gelte: Die Inhaberschaft selbst beinhalte ihre Drittwirkung.¹⁵⁹ Über die Forderung lasse sich im Rahmen der Abtretung, wie über Sachen, verfügen, weshalb sich das Problem der Drittwirkung erst stelle.¹⁶⁰ Insofern solle obiges Prinzip auch für Forderungen gelten.¹⁶¹ Die Drittwirkung sei eine notwendige Folge des Forderungsübergangs. Konsequenterweise müsse daher auf die Drittwirkung das gleiche Recht wie auf den Übergang im Innenverhältnis anzuwenden sein.¹⁶² Andernfalls läge eine „relative Verfügung“¹⁶³ vor.

¹⁵² Vgl. BIICL-Studie, S. 413.

¹⁵³ Vgl. BIICL-Studie, S. 399.

¹⁵⁴ *Flessner/Verhagen* [Fn. 8], S. 77 f.; *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 500; Rauscher (-*Freitag*) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 42; Staudinger (-*Hausmann*), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 71.

¹⁵⁵ HR 16.5.1997, Nederlandse jurisprudentie 1998, Nr. 585; vgl. *Struycken*, (1998) L.M.C.L.Q., 345 ff.; *Koppenol-Laforce*, Netherlands International Law Review 45 (1998), 129, 131; *Hartley*, (2011) 60 ICLQ, 29, 42 ff.

¹⁵⁶ Vgl. BIICL-Studie, S. 31; *Koppenol-Laforce*, Netherlands International Law Review 45 (1998), 129, 136.

¹⁵⁷ Art. 10 II ndl. Gesetz über das Kollisionsrecht des Sachenrechts (IPRax 2008, 560 ff.).

¹⁵⁸ *Flessner*, IPRax 2009, 35, 38; Staudinger (-*Hausmann*), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 71; Rauscher (-*Freitag*) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 41.

¹⁵⁹ *Lagarde* [Fn. 116], S. 419; *Flessner*, Choice of Law in International Property Law – New Encouragement from Europe, in: Westrik/van der Weide (Hrsg), Party Autonomy in International Property Law (2011), S. 11, 26; *Flessner*, IPRax 2009, 35, 40.

¹⁶⁰ *Lagarde* [Fn. 116], S. 419.

¹⁶¹ *Flessner*, IPRax 2009, 35, 40.

¹⁶² *Lagarde* [Fn. 116], S. 424; *Fentiman*, Law and Financial Markets Review 2010, 405, 407.

¹⁶³ Rauscher (-*Freitag*) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 41.

Diese Argumentation betont erneut die sachenrechtsähnliche Natur der Abtretung. Dennoch beachtet sie die unterschiedlichen nationalen Ausgestaltungen der Zessionsvoraussetzungen und -wirkungen nicht ausreichend. Sie wird dem Bedürfnis einer supranationalen Kollisionsregel insofern nicht vollständig gerecht, als sie insbesondere den dt. Rechtskreis berücksichtigt. Die Drittwirkung der Abtretung tritt dort ohne besondere Drittwirksamkeitserfordernisse ein.¹⁶⁴ Es liegt ein einheitlicher Verfügungstatbestand vor.¹⁶⁵ Die Abtretung entfaltet absolute Wirkung, es besteht eine absolute Forderungsinhaberschaft.¹⁶⁶ In romanischen Rechtsordnungen hingegen wird die Abtretung den verschiedenen Rechtsbeziehungen nach aufgespalten.¹⁶⁷ Ihre (absolute) Wirkung im Verhältnis zu Dritten ist oft noch von weiteren Voraussetzungen,¹⁶⁸ etwa Publizitätsakten¹⁶⁹ (z. B. Art. 1690 frz. Cc: *signification*)¹⁷⁰ abhängig, bis zu deren Erfüllung die Einigung der Abtretungsparteien nur *inter partes* (vgl. Art. 1689 frz. Cc: «*entre le cédant et le cessionnaire*»), zwischen Zedent und Zessionar wirkt und für den Zessionar zu einer bloß relativen Forderungsinhaberschaft führt.¹⁷¹ Zwar nimmt das frz. Recht hiervon beispielsweise die praktisch bedeutsamen Abtretungen nach der *loi Dailly* aus.¹⁷² Die These, die Drittwirkung sei *per se* notwendige Folge des Forderungsübergangs im Innenverhältnis und müsse daher auch notwendig demselben Recht unterfallen, trifft in dieser Allgemeinheit dennoch nicht zu. In Anbetracht dessen kann das angeführte Argument bei der Suche einer supranationalen Lösung nicht voll überzeugen.

bb) Parteiautonomie im Internationalen Sachenrecht

Die Anführung sachenrechtlicher Prinzipien und der sachenrechtsähnliche Charakter der Abtretung lenken den Blick wiederum auf das Internationale Sachenrecht. Dort wird eine Rechtswahlmöglichkeit weitgehend abgelehnt.¹⁷³ Dies solle entsprechend auch für die internationalprivatrechtliche Behandlung der Drittwirkung einer Abtretung gelten.¹⁷⁴

Der Ausschluss einer Rechtswahl im Internationalen Sachenrecht gründet insbesondere auf der Befürchtung, die Parteien könnten die Übertragung dem Recht entziehen, zu

¹⁶⁴ Zweigert/Kötz [Fn. 11], § 33, S. 450 f., 452; Heine [Fn. 7], S. 21.

¹⁶⁵ Heine [Fn. 7], S. 16; dem angenähert Belgien, Art. 1690 I Cc, vgl. Mangold [Fn. 22], S. 88 f.

¹⁶⁶ Mangold [Fn. 22], S. 112; Heine [Fn. 7], S. 21; Bauer [Fn. 7], S. 64; vgl. BIICL-Studie, S. 220.

¹⁶⁷ Heine [Fn. 7], S. 16 f.; Mangold [Fn. 22], S. 107 f.

¹⁶⁸ Mangold [Fn. 22], S. 108; Heine [Fn. 7], S. 17.

¹⁶⁹ Mangold [Fn. 22], S. 98 f., 111; Heine [Fn. 7], S. 21 f., 27; Kötz, Europäisches Vertragsrecht Band I (1996), § 14, S. 420.

¹⁷⁰ Von Bar/Clive (Hrsg.) [Fn. 97], Art. III.-5:113 DCFR, S. 1051, Note 3; Bénabent, Droit civil: Les obligations¹¹, Rn. 728 f.

¹⁷¹ Mangold [Fn. 22], S. 111 f.; Heine [Fn. 7], S. 21 f.; Cashin-Ritaine, Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes (2001), Tz. 63 f.; Stadler [Fn. 144], S. 640.

¹⁷² Grau, Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr (2005), S. 68 ff.

¹⁷³ BGH 25.9.1996, NJW 1997, 461, 462; von Bar, IPR II [Fn. 37], Rn. 752.

¹⁷⁴ Struycken, (1998) L.M.C.L.Q., 345, 356; Lagarde [Fn. 116], S. 425; vgl. Heine [Fn. 7], S. 156.

welchem er die engste Verbindung aufweist.¹⁷⁵ Dass dies im Zessionsrecht nicht in der gleichen Weise gelten kann, wird bereits am fehlenden Belegenheitsort für Forderungen deutlich.¹⁷⁶ Die Abtretung ist eben nur sachenrechtsähnlich. Zudem darf ihr schuldrechtlicher Charakter nicht ausgeblendet werden. Im Anwendungsbereich von Rom-I (vertragliche Schuldverhältnisse) herrscht der Grundsatz der Rechtswahlfreiheit, vgl. Art. 3 Rom-I.¹⁷⁷ Dass Rom-I eine Rechtswahl auch bei dinglichen Aspekten grundsätzlich anerkennt, belegt das Verfügungsstatut des Art. 14 I Rom-I (Erwägungsgrund (38)), freilich beschränkt auf das Innenverhältnis Zedent-Zessionar.

cc) Gleichlauf von Innen- und Außenverhältnis

Wie dargestellt, regelt Art. 14 I Rom-I bereits die dinglichen Aspekte der Abtretung im Verhältnis Zedent-Zessionar. Auch wenn sich eine Ausdehnung dieser Kollisionsregel auf sämtliche dinglichen Aspekte, auch gegenüber Dritten, nicht *per se* als notwendige Folge des Forderungsübergangs im Innenverhältnis begründen ließ, führt diese Konformität von Innen- (Zedent-Zessionar) und Außenverhältnis zur Anwendung nur eines, auf *inter partes*- und drittwirkende Beziehungen abgestimmten, Regelungssystems und verhindert so Angleichungsprobleme.¹⁷⁸ Anders als im Rahmen von Vorschlag C bleibt hierbei daneben der in Art. 14 I Rom-I vorgesehene Gleichlauf von dinglichen und obligatorischen Aspekten im Verhältnis Zedent-Zessionar bestehen.

dd) Global-, Voraus- und Sicherungszessionen

Gerade wenn, wie in England nach Ch. 45 Sec. 344 Insolvency Act 1986 eine Registrierungspflicht für Globalzessionen aufgestellt wird, macht eine günstige Rechtswahl solche Abtretungen attraktiver.¹⁷⁹ Die Drittwirkungen sämtlicher von der Globalzession erfassten Forderungen beurteilen sich bei Rechtswahl nach nur einer Rechtsordnung.¹⁸⁰ Auch ermöglicht das Vertragsstatut durch Rechtswahl die nach bestimmten nationalen Rechtsordnungen unzulässigen Voraus-¹⁸¹ und Sicherungsabtretungen. Somit ist eine für Zessionar und Zedent rechtssichere und flexible Lösung gefunden.

ee) Konkurrierende Abtretungen

Diese Flexibilität im Rahmen des Art. 3 Rom-I erlaubt dem Zedenten, mit konkurrierenden Zessionaren unterschied-

¹⁷⁵ *Struycken*, (1998) L.M.C.L.Q., 345, 356.

¹⁷⁶ *Stadler*, IPRax 2000, 104, 108; s.o. S. 11 f.

¹⁷⁷ Vgl. Erwägungsgrund (11); Schulze (-*Staudinger*), BGB⁷, Art. 3 Rom-I, Rn. 1.

¹⁷⁸ *Leible/Müller*, IPRax 2012, 491, 497; *Staudinger (-Hausmann)*, Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 67.

¹⁷⁹ *Staudinger (-Hausmann)*, Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 68; vgl. *Kieninger* [Fn. 78], S. 161.

¹⁸⁰ *Heine* [Fn. 7], S. 152; vgl. *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 435.

¹⁸¹ *Verhagen*, (2006) L.M.C.L.Q., 270, 273; *Flessner/Verhagen* [Fn. 8], S. 22.

liche Rechtsordnungen zu vereinbaren. Die konkurrierenden Abtretungen würden in diesem Fall nach verschiedenen Rechten beurteilt.¹⁸² Behandeln diese konkurrierenden Rechtsordnungen das Prioritätsproblem divergierend und ermöglicht das Statut der nachfolgenden Abtretung einen Forderungswegerwerb, wirkt sich die Flexibilität dieser Konzeption zulasten der scheinbar erlangten Rechtssicherheit des Erstzessionars aus.

(1) Lösung ohne Sonderanknüpfung

Einige Autoren behaupten, die beschriebene Konstellation ohne Sonderanknüpfung konsequent bewältigen zu können.

(a) Übertragung der Grundsätze aus dem Internationalen Sachenrecht

Eine Lösung ergebe sich aus einer Übertragung der aus dem Internationalen Sachenrecht bei sukzessiver Mobiliarverfügung nach unterschiedlichen Lageortrechten bekannten¹⁸³ Vorgehensweise: Ausgangspunkt sei die Anwendung der gleichen Kollisionsregel (Vertragsstatut als Drittwirksamkeitsstatut) für beide Abtretungen. Angenommen die Voraussetzungen eines vollwirksamen Forderungserwerbs seien bezüglich des zeitlich¹⁸⁴ vorrangig geschlossenen Abtretungsvertrages erfüllt. Das Recht des zeitlich nachfolgenden Abtretungsvertrages müsse nun den nach dem Erststatut eingetretenen abgeschlossenen Forderungsübergang auf den Erstzessionar zunächst „anerkennen“ und stelle die zweite Abtretung daher als Verfügung eines „Nichtberechtigten“ dar. Ein Forderungswegerwerb könne jedoch im Anschluss erfolgen, sofern das Zweitstatut einen solchen vorsehe und dessen Voraussetzungen vorlägen. In diesem Fall erleide der Erstzessionar einen Rechtsverlust.¹⁸⁵ Dies sei nicht ungewöhnlich, sähen doch viele europäische Rechtsordnungen einen Forderungswegerwerb vor.¹⁸⁶ Ein etwaiges Vertrauen des Erstzessionars in den Schutz der eigenen Forderungsinhaberschaft beruhe auf dem Vertrauen in die für die Erstzession maßgeblichen Drittwirksamkeitsvoraussetzungen. Hier bestünden sachrechtliche Divergenzen in Europa. Das Kollisionsrecht könne diese fehlende Harmonisierung nicht ausgleichen,¹⁸⁷ sondern setze eine solche Rechtsmehrheit gerade voraus. Aufgabe des Kollisionsrechts sei es insofern nicht, den Erstzessionar so zu stellen, wie wenn er in einem Gebiet mit Rechtseinheit aufgetreten wäre.¹⁸⁸

¹⁸² Kieninger/Schütze, IPRax 2005, 200, 203; Flessner [Fn. 70], S. 558.

¹⁸³ Flessner/Verhagen [Fn. 8], S. 34 f.; BIICL-Studie, S. 409 f.; vgl. Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht⁹, § 19 III, S. 771 f.

¹⁸⁴ Vgl. Selke, WM 2012, 1467, 1468.

¹⁸⁵ Flessner [Fn. 70], S. 558; Rauscher (-Freitag) [Fn. 5], Art. 14 Rom-I, Rn. 43; Verhagen/van Dongen, (2010) 6 JPIL, 1, 17 f.; Flessner/Verhagen [Fn. 8], S. 32 f.

¹⁸⁶ Verhagen, Party Autonomy and Assignment, in: Westrik/van der Weide (Hrsg), Party Autonomy in International Property Law (2011), S. 189, 196; Flessner [Fn. 70], S. 557 f.

¹⁸⁷ Vgl. Mann/Nagel, WM 2011, 1499, 1503.

¹⁸⁸ Flessner [Fn. 70], S. 559.

(b) Bewertung dieser Übertragung

Auch wenn sachrechtliche Unterschiede in Bezug auf die Drittwirkung tatsächlich bestehen, stellt sich primär die Frage, ob die Übertragung der sachenrechtlichen Grundsätze kohärent und zulässig ist. Ein Forderungswegerwerb setzt, sofern überhaupt in europäischen Rechtsordnungen vorgesehen, voraus, dass ein vollwirksamer Forderungserwerb noch nicht erfolgte, die Erstzession (etwa mangels Anzeige beim Schuldner, vgl. Art. 1690 frz. Cc) noch unvollendet blieb.¹⁸⁹ Die postulierte „Anerkennung“ durch das Zweitstatut führt nach dem dargestellten Vorgehen allerdings dazu, dass einerseits ein abgeschlossener, vollwirksamer Erwerb durch den Erstzessionar erfolgt, andererseits ein Wegerwerb durch den Zweitzessionar möglich ist. Beide Ergebnisse widersprechen sich.¹⁹⁰ Es erfolgt keine Anerkennung. Vielmehr wird dem Zweitstatut die Letztentscheidung ermöglicht und der Erstzessionar hierdurch benachteiligt.¹⁹¹ Dies lässt sich auch nicht mit sachrechtlichen Divergenzen rechtfertigen. Die Bevorzugung des Zweitstatuts erfolgt auf der Ebene des Kollisionsrechts. Abgesehen von diesem Widerspruch wird die Übertragung der Grundsätze des Internationalen Sachenrechts damit insgesamt hinfällig. Diese finden ihrer Rechtfertigung im Verkehrsschutz,¹⁹² der für vollwirksam erworbene Forderungen mangels Wegerwerbsmöglichkeit hingegen nicht besteht.¹⁹³ Die Behauptung, unter Rückgriff auf „allgemein bekannte“ Grundsätze eine Lösung erzielen zu können, ist widerlegt.

(2) Weitere Lösungsmodelle

Insofern ist auf andere, sich nicht unmittelbar aus dem Vertragsstatut ergebende Modelle zurückzugreifen.

(a) Rückgriff auf den sachrechtlichen Prioritätsgrundsatz

Betrachtete man die konkurrierenden Abtretungen isoliert nach ihrem jeweiligen Recht, so ließe sich dem Statut Vorrang einräumen, nach welchem die Abtretung zuerst drittwirksam vollendet wurde. Demzufolge wäre der Verlust einer drittwirksam erworbenen Forderung, im Unterschied zum oben erläuterten Modell, nicht möglich.¹⁹⁴ Begründen ließe sich dies mit einem Rückgriff auf den sachrechtlichen Prioritätsgrundsatz¹⁹⁵ und die damit verbundene, soeben dargelegte Festigkeit des drittwirksamen Erwerbs. Konsequenz wäre die Wahl einer Rechtsordnung, welche die Drittwirksamkeit an möglichst wenige

¹⁸⁹ Bauer [Fn. 7], S. 225 f; Selke, WM 2012, 1467, 1469, 1473; Einsele, RabelsZ 74 (2010), 91, 114 f.

¹⁹⁰ Bauer [Fn. 7], S. 224.

¹⁹¹ Selke, WM 2012, 1467, 1471.

¹⁹² MüKo (-Wendehorst), BGB⁵, Bd. 11, Art. 43 EGBGB, Rn. 120.

¹⁹³ Selke, WM 2012, 1467, 1473.

¹⁹⁴ Einsele, RabelsZ 74 (2010), 91, 115; Pardoel [Fn. 53], Tz. 606, 608.

¹⁹⁵ Pardoel [Fn. 53], Tz. 606, 608; vgl. Bauer [Fn. 7], S. 228.

Erfordernisse knüpft.¹⁹⁶ Die Lösung des Prioritätskonflikts ergäbe sich hiernach unmittelbar auf sachrechtlicher Ebene. Die für das Kollisionsrecht relevante Reihenfolge würde aus einer materiell-rechtlichen Prüfung folgen. Das diese Prüfung beherrschende Sachrecht hat jedoch umgekehrt dem Ergebnis der kollisionsrechtlichen Anknüpfung nachzufolgen.¹⁹⁷ Dieser Ansatz setzt sich damit dem Vorwurf einer der „Vorschaltfunktion des IPR“¹⁹⁸ widersprechenden Vorgehensweise aus.

(b) Sonderanknüpfung an das Forderungsstatut

In Anbetracht dieser Unstimmigkeiten wird für den Fall konkurrierender Abtretungen nach divergierenden Rechten eine (neben das Vertragsstatut tretende) Sonderanknüpfung an das stabile Forderungsstatut erwogen.¹⁹⁹ Abgesehen davon, dass Prioritätskonflikte nicht den Schuldnerschutz im Sinne des Art. 14 II Rom-I berühren, führt eine solche Sonderanknüpfung zu einer Aufspaltung der Drittwirkungen, abhängig von der Person des Dritten (Zessionar).²⁰⁰ Dies sei mit einem Verlust an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit verbunden.²⁰¹ Die Kritik vermag indes nicht gänzlich zu überzeugen. Das Forderungsstatut ist für den Zessionar in der Regel leicht zu bestimmen.²⁰² Außerdem sind die maßgeblichen Drittwirksamkeitsvoraussetzungen regelmäßig mit den Erfordernissen zur Herbeiführung der Wirksamkeit gegenüber dem Schuldner identisch²⁰³ bzw. wird allgemein von „Dritten“ gesprochen (vgl. Art. 1690 frz. Cc).²⁰⁴ Insofern ist der Zessionar nicht zusätzlich belastet.²⁰⁵ Die Sonderanknüpfung an das Forderungsstatut ist damit die einzige (bisher diskutierte) zufriedenstellende Lösung für konkurrierende Abtretungen nach divergierenden Rechten.

f) Stellungnahme zu den dargestellten Lösungsansätzen

Lässt man die Vor- und Nachteile der einzelnen Lösungsansätze Revue passieren, bleibt zunächst festzustellen, dass keiner eine in sich vollumfängliche Lösung bietet.

aa) Global- und Vorauszessionen

Unter Anwendung des Forderungsstatuts werden Global- und Vorauszession unmöglich bzw. unkalkulierbar.²⁰⁶ Bei Globalzessionen muss der Zessionar kostenintensiv eine

¹⁹⁶ Mann/Nagel, WM 2011, 1499, 1503; Einsele, RabelsZ 74 (2010), 91, 115.

¹⁹⁷ Heine [Fn. 7], S. 159; vgl. von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Erster Band, Allgemeine Lehren², § 4 Rn. 4.

¹⁹⁸ Von Bar/Mankowski, IPR I [Fn. 197], § 4 Rn. 5.

¹⁹⁹ Stadler, IPRax 2000, 104, 109; Einsele, ZVglRWiss 90 (1991), 1, 23.

²⁰⁰ Mangold [Fn. 22], S. 200.

²⁰¹ Heine [Fn. 7], S. 158; Kieninger/Schütze, IPRax 2005, 200, 203.

²⁰² Leible/Müller, IPRax 2012, 491, 496; Mann/Nagel, WM 2011, 1499, 1503.

²⁰³ Mangold [Fn. 22], S. 112 f.

²⁰⁴ Heine [Fn. 7], S. 27; Mangold [Fn. 22], S. 112; Zweigert/Kötz [Fn. 11], § 33 III, S. 447.

²⁰⁵ Stadler, IPRax 2000, 104, 109.

²⁰⁶ BIICL-Studie, S. 21; Bauer [Fn. 7], S. 292.

Vielzahl verschiedener Drittwirkungsvoraussetzungen erfüllen; bei Vorauszessionen kann er die Erfüllung etwaiger Drittwirkungsvoraussetzungen mangels Kenntnis des anwendbaren Rechts im Zeitpunkt der Abtretung nicht vorbereiten.²⁰⁷ Vorschlag B der BIICL-Studie konnte allenfalls in Bezug auf die Vorauszession Abhilfe schaffen. Dieser Lösungsansatz befriedigt die wirtschaftlichen Bedürfnisse daher nicht. Unter Geltung des Aufenthaltsrechts des Zedenten sind Global- und Vorauszession von den nationalen Anforderungen an diesem Aufenthaltsort abhängig. Demgegenüber ermöglicht eine Rechtswahl Sonderformen der Abtretung stets. Die eingeräumte Flexibilität geht einher mit einer Vereinfachung der Transaktionen; sie erhöht die Umlauffähigkeit von Forderungen und macht diese der Nutzung als grenzüberschreitendes Wirtschaftsgut bzw. Sicherungsmittel zugänglicher.²⁰⁸

bb) Konkurrierende Abtretungen

Allein die Anknüpfung an das Forderungsstatut führt nicht zu Problemen bei konkurrierenden Abtretungen. Anders bei Anknüpfung an das Vertragsstatut bzw. den Zedentenaufenthalt: Die Anknüpfung an den Zedentenaufenthalt ist – wenn auch angesichts des Aufwandes einer Aufenthaltsverlegung in geringerem Maße²⁰⁹ – der Gefahr eines Wechsels des anwendbaren Rechts ausgesetzt. Vorschlag C der BIICL-Studie bietet zwar für die Anknüpfung an den Zedentensitz eine den Statutenwechsel ausdrücklich regelnde Norm. Diese bevorzugt jedoch einseitig das Zweitstatut. Unter Geltung des Vertragsstatuts hat eine Sonderanknüpfung an das Forderungsstatut zu erfolgen. Nachteil ist die mögliche personale Aufspaltung der Drittwirkungen. Dennoch bleibt es bei der Anwendung von nur zwei Rechtsordnungen.²¹⁰ Die Kritik an der Sonderanknüpfung ist daher nicht geeignet, die ansonsten gegebenen Vorteile der Flexibilität und Rechtssicherheit sowie der allgemeinen Konformität von Innen- und Außenverhältnis vollständig zu schmälern.

Daher sollte die Drittwirkung einer Abtretung im Grundsatz an das Vertragsstatut angeknüpft werden.

3. Anknüpfung an das Vertragsstatut: Modifikationsmöglichkeiten

Dies als Ausgangspunkt nehmend, wird im Folgenden der der Anknüpfung an das Vertragsstatut am ehesten entsprechende Vorschlag A der BIICL-Studie kritisch untersucht [a)]. Ferner wird eine Möglichkeit diskutiert, die aufgezeigten Defizite bei konkurrierenden Abtretungen auszuräumen [b)].

²⁰⁷ Heine [Fn. 7], S. 164 f.

²⁰⁸ Verhagen, (2006) L.M.C.L.Q., 270, 277; Staudinger (-Hausmann), Art. 14 Rom-I (2011), Rn. 30.

²⁰⁹ Heine [Fn. 7], S. 202; Kieninger, IPRax 2012, 289, 294.

²¹⁰ Stadler, IPRax 2000, 104, 109.

a) **Vorschlag A der BIICL-Studie: Beschränkte Rechtswahl**

Vorschlag A²¹¹ kombiniert die zentralen Lösungsansätze zu einer Anknüpfungskaskade. Art. 14 I lit. a) Rom-I (Vorschlag A) ermöglicht eine beschränkte Rechtswahl. Das Vertragsstatut ist hiernach maßgeblich, sofern eine Rechtswahl nach Art. 3 Rom-I erfolgt und das gewählte Recht entweder dem der Forderung oder dem am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten entspricht. Sollten diese Voraussetzungen nicht kumulativ vorliegen, verweist Art. 14 I lit. b) Rom-I (Vorschlag A) subsidiär auf das Forderungsstatut im Zeitpunkt der Abtretung. Ist das Forderungsstatut nicht ermittelbar (etwa im Fall der Vorauszession), greift das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten, Art. 14 I lit. c) Rom-I (Vorschlag A).²¹²

aa) **Vorteile Vorschlag A**

Das BIICL bezeichnet Vorschlag A als "*flexible party autonomy-based approach*".²¹³ Eine Rechtswahlmöglichkeit räumt in der Tat Flexibilität ein. Doch wird sie in Vorschlag A nur teilweise gewährt. Gebunden bleiben Zedent und Zessionar an das Forderungsstatut oder das Aufenthaltsrecht des Zedenten. Durch diese Begrenzung der Rechtswahl wird es seltener zu unterschiedlichen Rechtsordnungen bei Mehrfachabtretungen kommen. Die diesbezüglichen Probleme werden entschärft.²¹⁴

bb) **Nachteile Vorschlag A**

Mit Blick auf die Abtretung künftiger Forderungen fällt Folgendes auf: Bei Wahl des Forderungsstatuts bestehen erhebliche Rechtsunsicherheiten, sofern das Statut noch nicht bestimmbar ist. Die Parteien laufen hier Gefahr, in Unkenntnis dieser Unbestimmbarkeit die Drittwirksamkeitserfordernisse des Forderungsstatuts zu erfüllen, obwohl sie die gemäß lit. c) am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten maßgeblichen Voraussetzungen hätten erfüllen müssen.²¹⁵ Angesichts einer fehlenden Definition des Begriffs der Bestimmbarkeit in Vorschlag A²¹⁶ ist die Gefahr einer solchen Unkenntnis nicht von der Hand zu weisen. Erkennen die Parteien die fehlende Bestimmbarkeit, bleibt ihnen nur die Wahl des Rechts am Aufenthaltsort des Zedenten. Das gilt ebenso für Globalzessionen. Es erscheint unwahrscheinlich, dass alle Forderungen einem einheitlichen Recht unterfallen. Hier muss die Rechtswahl praktisch auf das Recht am Aufenthaltsort des Zedenten fallen. Zedent und Zessionar sind nach dieser Konzeption bei Voraus- und Globalzessionen also vielfach auf das Recht am Aufenthaltsort des Zedenten beschränkt. Die postulierte

²¹¹ BIICL-Studie, S. 408 f.

²¹² Vgl. *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 291 f.

²¹³ BIICL-Studie, S. 19.

²¹⁴ *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 293.

²¹⁵ Vgl. *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 292.

²¹⁶ *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 292.

Flexibilität wird damit nicht erreicht. Zwar mag die (bei unbestimmbarem Forderungsstatut zwingende) Anknüpfung an den Zedentensitz eine Vorauszession teilweise überhaupt erst möglich machen.²¹⁷ Da dort indes ebenfalls Beschränkungen der (Global- und) Vorauszessionen möglich sind, ist dies nicht stets der Fall. Derartigen Einschränkungen können die Parteien hier nur durch freie Rechtswahl entgehen.

cc) **Bewertung Vorschlag A**

Das BIICL wird dem eigenen Anspruch, eine flexible und übersichtliche Lösung zu finden,²¹⁸ nicht gerecht. Flexibilität wird allein bei der Einzelabtretung bereits bestehender Forderungen eingeräumt,²¹⁹ was den eingangs beschriebenen, auf Voraus- und Globalzessionen liegenden, praktischen Schwerpunkt verkennt. Vorschlag A bietet damit gegenüber der Anknüpfung an das Vertragsstatut mit dessen freier Rechtswahlmöglichkeit keine entscheidenden Vorteile. Im Gegenteil: Die dargestellten Vorzüge einer Rechtswahl bestehen hiernach nur begrenzt.

b) **Konkurrierende Abtretungen: „Hybride Vorschrift“ aus Kollisionsnorm und materiell-rechtlicher Norm**

Die Lösung von Konflikten bei konkurrierenden Abtretungen nach divergierenden Rechten wurde ausnahmsweise dem Forderungsstatut zugewiesen. Eine andere, bislang nicht diskutierte Alternative könnte die Einführung einer „hybriden Vorschrift“ sein. Diese enthielte als Kollisionsregel für Drittwirkungen die Anknüpfung an das Vertragsstatut mit der Möglichkeit einer freien Rechtswahl. Hinzu träte eine den Erstzessionar schützende materiell-rechtliche Vorschrift, welche im Tatbestand das Erfordernis eines durch den Erstzessionar zu erfüllenden förmlichen Verfahrens (z. B. die Benachrichtigung des Schuldners) enthielte. Als Rechtsfolge ergäbe sich, dass der Prioritätskonflikt zwischen Erst- und Zweitzessionar mit der Anzeige allein dem auf die Erstzession anwendbaren Recht unterfiele.²²⁰ Das BIICL denkt eine „hybride Vorschrift“ (wenn auch bezogen auf einen Sitzwechsel, d. h. bei Anknüpfung an den Sitz des Zedenten) lediglich an, ohne diesen Ansatz in seiner Studie weiter zu vertiefen.²²¹

aa) **Tatbestandsmerkmale der materiell-rechtlichen Vorschrift**

Für die rechtliche Ausgestaltung des vom Erstzessionar zu erfüllenden Verfahrens bieten die für sachrechtliche Prioritätskonflikte geltenden Modelle der europäischen Rechtsordnungen eine Orientierung. Rechtsvergleichend ergibt sich dabei, dass die Mehrzahl der

²¹⁷ Vgl. *Verhagen/van Dongen*, (2010) 6 JPIL, 1, 20.

²¹⁸ BIICL-Studie, S. 19, 402.

²¹⁹ *Kieninger*, IPRax 2012, 289, 292.

²²⁰ Vgl. BIICL-Studie, S. 401.

²²¹ BIICL-Studie, S. 401.

europäischen Rechtsordnungen den Vorrang vom Eingang einer Notifikation beim Debitor abhängig macht.²²² Das Erfordernis einer Benachrichtigung des Schuldners durch den Erstzessionar ist also ein (jedenfalls sachrechtlich) geläufiges Verfahren.

Vom BIICL nicht aufgeworfen wird die Frage nach einer zeitlichen Grenze der Anzeigemöglichkeit. Ohne eine solche wäre dem Erstzessionar ein uneingeschränkter Vorrang gewährt. Regeln zur Anzeige bestehen auf sachrechtlicher Ebene vielfach als *first-to-notify rule*: Die Anzeige hat vor der eines Konkurrenten zu erfolgen.²²³ Übertragen auf das Kollisionsrecht könnte der zuerst anzeigende Zessionar hiernach das anwendbare Recht festlegen.

bb) Bewertung einer „hybriden“ Lösung

Auch wenn das BIICL eine „hybride Vorschrift“ nicht weiter verfolgt, schließt es sie als künftigen Ansatz grundsätzlich nicht aus: "*such hybrid solutions [...] may merit further consideration*".²²⁴

Anzeigeobliegenheiten hemmen die Nutzung von Forderungen zu Finanzierungszwecken.²²⁵ Damit erschweren sie insbesondere Globalzessionen mit einer Vielzahl von Schuldnern²²⁶ (jedenfalls in Rechtsordnungen, denen Anzeigeefordernisse bei der Abtretung fremd sind). Auch ist eine Entwicklung hin zur mitteilungslosen Abtretung zu beobachten;²²⁷ in Frankreich etwa mit der *loi Dailly*²²⁸ bzw. im Rahmen des *Projet Catala*²²⁹ und faktisch durch verstärkten Rückgriff auf die publizitätslose *subrogation*.²³⁰ Ein zusätzliches Erfordernis für den Erstzessionar ließe sich indes durchaus mit dessen gesteigertem Schutz rechtfertigen.

Unter Zugrundelegung einer kollisionsrechtlichen *first-to-notify rule* bestünde ein Anzeigeverfahren vielfach kollisions- sowie sachrechtlich (vgl. Art. 1265 ital. Cc). Dann – und ebenso in Rechtsordnungen, die sachrechtlich keine Publizitätsakte zur Herbeiführung der Drittwirksamkeit vorsehen – wäre mit der Anzeige nicht bloß die Frage des anwendbaren Rechts, sondern gleichzeitig die des materiellen Rechtserwerbs geklärt. Die erste (kollisionsrechtliche) Frage würde sich erübrigen; die Norm würde in der Sache faktisch selbst entscheiden. Einer Kollisionsvorschrift ist ein solche Rechtsfolge fremd.²³¹ Die „hybride

²²² Von Bar/Clive (Hrsg.) [Fn. 97], Art. III.–5:121 DCFR, S. 1076 f., Note 1; vgl. Art. 11:401 Abs. 1 PECL.

²²³ Vgl. von Bar/Clive (Hrsg.) [Fn. 97], Art. III.–5:121 DCFR, S. 1075, Comment B.

²²⁴ BIICL-Studie, S. 401.

²²⁵ Von Bar/Zimmermann [Fn. 12], Art. 11:104 PECL, S. 672.

²²⁶ Eidenmüller, AcP 204 (2004), 457, 476; vgl. Grau [Fn. 172], S. 65.

²²⁷ Von Bar/Clive (Hrsg.) [Fn. 97], Art. III.–5:121 DCFR, S. 1021, Comment I; Flessner/Verhagen [Fn. 8], S. 6.

²²⁸ Kötz [Fn. 169], § 14, S. 421; Stadler [Fn. 144], S. 624.

²²⁹ Vgl. Art. 1254 II des Vorentwurfs einer Reform des Schuldrechts (*Projet Catala*).

²³⁰ Stadler [Fn. 144], S. 623.

²³¹ Von Bar/Mankowski, IPR I [Fn. 197], § 4 Rn. 4.

Vorschrift“ wäre insofern tatsächlich eine, der vorherrschenden materiell-rechtlichen Prioritätsregel entsprechende, reine Sachnorm im IPR, was nach dem soeben Gesagten systematischen Bedenken begegnete. Isoliert für das IPR betrachtet, verdient die Idee daher, entgegen dem BIICL, keiner weiteren "*consideration*".

4. Abschließendes Fazit zum Drittwirkungsstatut

Die dargestellten Modifikationen konnten die Kritikpunkte nicht ausräumen. Ungeachtet dessen sollte die Anknüpfung nach den obigen Ausführungen an das Vertragsstatut erfolgen – mit Sonderanknüpfung an das Forderungsstatut bei konkurrierenden Abtretungen nach divergierenden Rechtsordnungen.

Resümee

In Anbetracht der europaweiten Kontroverse um das Drittwirkungsstatut ist es zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten wünschenswert, dass der europäische Verordnungsgeber eine ausdrückliche, der wirtschaftlichen Bedeutung der Abtretung gerecht werdende Regelung in Art. 14 Rom-I aufstellt. Diese sollte die Drittwirkung an das eine freie Rechtswahl ermöglichende Vertragsstatut anknüpfen. Spannend bleibt, wie die Europäische Kommission die Vorschläge des BIICL in ihrem Bericht bewerten und umsetzen wird.

Gerade mit Blick auf die Ausführungen zur „hybriden Vorschrift“ bleibt anzumerken, dass das Kollisionsrecht Unterschiede der nationalen Abtretungssysteme und die divergierenden Schwerpunktsetzungen auf schuldrechtlichem bzw. sachenrechtsähnlichem Charakter der Abtretung nicht ausräumen kann. Die neben der Vielschichtigkeit der Interessen maßgebliche Ursache der Diskussion um das Drittwirkungsstatut entfällt daher nicht. Insofern sind auch die Erfolgchancen für die Einführung eines diesbezüglich vollumfänglich zufriedenstellenden IPR-Regelungssystems als eher gering zu bewerten. Eine solch umfängliche Lösung lässt sich nicht isoliert im IPR und nicht in dessen partieller Ergänzung um Sachnormen finden, sondern nur durch europäische Sachrechts-harmonisierung verwirklichen.²³²

²³² Vgl. *Bauer* [Fn. 7], S. 293; BIICL-Studie, S. 401.

Drucken Sie doch einfach. Mit Ihrer Online-Druckerei viaprinto.



Immer persönlich:

Vom ersten Tag an mit persönlichem Berater an Ihrer Seite.



Immer perfekt:

Bestnoten für Produkt-Qualität, Services und Sicherheit.



Immer flexibel:

Bedarfsgerecht in allen Auflagen, Formaten und Versandoptionen.



Immer schnell:

Im Overnight-Service von Deutschlands schnellster Online-Druckerei.

A year at Harvard Law School

von

Anastasios Moraitis, M.L.E. (Hannover), LL.M. civ. (Athen)

“We have searched the world for you and we have found you. We picked you because you have the gift of pursuing your dreams - and because your dreams can change the world.” With those words Dean Martha Minow greeted the incoming JD and LLM classes in September 2013 in her welcome address. And those phrases capture pretty succinctly the essence of Harvard Law School: it is not just another excellent academic institution, not simply a place of fruitful interaction between teachers and students, not only a hub of truly exquisite scientific activity; it is *par excellence* a mentality, a way of living and thinking that profoundly suffuses its students. Although the experience at Harvard Law School can mean different things to different people, the capacity of a Harvard student and/or graduate binds the members of this community tightly together; even the strong competition within the university cannot loosen that bond.

The road to Harvard begins at least a year before the Dean’s welcome address (notwithstanding the academic credentials that one gathers over years of studies before applying for an LL.M. program). The application procedure is quite time-consuming, costly and complicated. Usually one may resort to the LSAC (Law School Admission Council), an organization that gathers all the necessary documentation, evaluates it and issues a report for the applicant, in which his or her hitherto academic career is appraised in a manner understandable for an American academic. Harvard University still allows applicants to submit their materials without making use of the LSAC, but this service, albeit somewhat costly, can save the applicants a lot of money and trouble, when they wish to apply to multiple universities; in this case, an applicant only has to submit one set of transcripts, recommendation letters, etc. to LSAC and then, after the accreditation has been completed, LSAC forwards everything to the applicant’s universities of choice.

That being said, the major difficulty in the application procedure consists of the timely gathering of all necessary documents, especially if one has studied in various countries. It is highly advisable that any applicant begins assembling the application file well in advance of the beginning of the application procedure, ideally sometime around the end of the previous summer. The application procedure (for the following academic year) usually opens around early September and closes by early to mid-December, which means that the

applications for U.S. universities close earlier than most European LL.M. programs. In some cases, like e.g. the NYU early admissions program, an early application may be particularly advantageous, since an applicant can learn already in January if he or she was admitted to the school of choice and plan accordingly; regarding such early admissions programs, the deadline is usually sometime in November. The applicant must gather university transcripts, copies of diplomas (although sometimes it suffices if the award of the diploma is mentioned on the transcript), ranking certifications and recommendation letters. Ideally the issuing university and the recommending professors should send those directly to the university to which one is applying or to LSAC; however, since oftentimes this is not possible, it suffices if the applicant receives the respective documents in sealed envelopes containing, apart from the transcripts or the recommendations letter, a standard document (either by LSAC or the respective recipient university) identifying the applicant as the person to whom the documentation pertains. Needless to say that all documents must be in English; if not, official translations must also be submitted. LSAC explicitly requires that both the originals and the translations are submitted, regardless of the original language; as far as the universities are concerned, their policies on this issue vary.

Another major issue that any applicant should consider well in advance is financing. In order to be able to study in the U.S., the U.S. government required this year (2013-2014) that each incoming student at Harvard University applying for a visa must show sufficient funds of approximately 79.000 USD; of those the tuition fees were about 53.000 USD and the rest necessary living and housing expenses, book costs, insurance fees, etc. Therefore, financing a LL.M. program in the U.S. can be a major source of concern for any incoming student, especially a European who is not used to having to deal with such costs for higher education. The situation concerning scholarships becomes even more perplex, when one takes into account the fact that some scholarship-granting institutions begin their application procedures more than a year before the beginning of the respective academic program (in Austria, for example, as well as in other countries, if someone wished to apply for a Fulbright scholarship for the academic year 2013-2014, he or she should have submitted his or her application already in the spring of 2012; in Greece for the same academic year the application procedure began in the fall of 2013, simultaneously with the application to the U.S. universities). However, depending on the candidate's provenance and specific social and other characteristics, there is a great number of scholarships that can cover the high costs of studying in the U.S. and, in some cases, the concurrent use of more than one scholarships is allowed; therefore, one should not shy away from an American LL.M. program only because of its high costs and a thorough search for available grants is both feasible and necessary.

After all the application procedure is over, admissions are usually announced at some point between late February and mid- to late March. And so begins the second race (required medical exams, visa application procedure, housing applications, pre-arrival preparations, etc.) that finally leads to the U.S. The program begins in mid-August with a three-week long orientation. Already upon the welcome a main difference between the U.S. and the European educational system becomes readily apparent: in Europe the student is more or less “left on his/her own” to find his/her ways along the daedal ways of the academia, to discover what he/she likes, how he/she will cope with the workload and challenges, what works best for him/her. In the United States, on the other hand, once a university, especially one like Harvard, selects a student, the university staff does its best to offer comprehensive guidance to the admitted students through their initial steps in the new academic environment and to ensure that the overall experience will be as successful and rewarding as possible.

Many of us cherish numerous dear memories from those early days at Harvard Law School: The HLS campus with its impressive buildings: the oldest one, the Austin Hall, is built in Romanesque revival style, while the most recent one, the imposing Wasserstein Hall, was completed only a couple of years ago. The HLS campus is almost adjacent to the Harvard College campus, the Harvard Yard, which is the oldest university in the United States, dating back to 1636; and such a sense of historicity is a rare thing in the United States, a nation just over 200 years old. Some of my classmates went as far as describing the admissions experience as akin to being admitted to Hogwarts (perhaps under the spell of the majestic neo-gothic building of the Harvard Memorial Hall). And the classmates are certainly an indispensable part of this remarkable experience: 180 students from over 70 nations around the world, all of them truly remarkable individuals with high achievements on their record and the most fascinating topics to talk about and ideas to discuss. Together we were introduced to the extraordinary resources and facilities that Harvard Law School has to offer: the huge library, the rich course catalog, the endless number of extra-curricular activities, such as law journals, student practice organizations, clinical courses, innumerable lectures and conferences with speakers including Supreme Court Justices, industry magnates, high-profile lawyers, human rights activists, acclaimed scientists and researchers. One of many surprises during orientation was when we were informed that, if the existing clinics do not fully meet our interests, we may come up with our own project, find a NPO or NGO that would be willing to work with us on that and then turn to the Harvard Law School Office of Clinical and Pro Bono Programs in order to explore ways in which we could initiate and bring the venture to fruition in the most efficient manner. Some of my fellow students ended up travelling to Pakistan in order to advocate for indefinitely held detainees and death-row convicts, examining on site the legal and policy

issues behind the ongoing conflict in Palestine, working on counterterrorism and the rule of the law in cooperation with the Attorney General's department in Oman or conducting fact-finding trips on the current status of human rights in Myanmar.

Together with the same new friends we also set out to discover step-by-step Cambridge and Boston, one of the oldest American cities, with lots of beautiful historical sites, cozy neighborhoods, nice restaurants and bars and a port with wonderful views over the Atlantic Ocean. And beyond: in the early fall term, before we all became overwhelmed with the workload, we made a short class trip to Maine for the leaf-changing season. After having lived in the United States already for more than half a year, it becomes distinctly clear to me how multifaceted this country is, how rich with contradictions, how many different travel destinations it offers, each one featuring something new in terms of everyday life, sightseeing and mentality, and how diverse experiences a person can make while getting to know the United States. It goes without saying that it becomes a truly Herculean task to balance the hard requirements of the study program at Harvard with the extra-curricular activities and the challenge of getting acquainted with a new country and a different mentality in all its distinct features; in fact, many different mentalities, when one takes into account the diverse backgrounds of each one of the LL.M. students.

To be sure, studying at Harvard is hard and intensive; but so exciting and eye-opening. There is a great amount of materials to cover for each lecture, the professors expect us to be well prepared for class and cold-calling is a usual practice, while all courses are particularly high-level and very demanding. Quite often, depending on the choice of courses, one should also expect an intense interdisciplinary element, especially into the field of economics and business; besides, as HLS students we are allowed to cross-register and attend courses at the Harvard Business School or the Harvard Kennedy School. The academic year consists of the fall term (from early September till late December), the winter term (January) and the spring term (from late January till early May). The LL.M. students are free to choose whichever courses they wish, but attending at least one of the core American-law courses, such as Constitutional Law, Civil Procedure, Contracts, Torts or Corporations, is mandatory. For the greatest part, the classes are visited jointly by the law students (the JDs) and the LLM students, with only a handful of classes being reserved only to final-year law students and LL.Ms. Each year there is a number of visiting professors from other American law schools, which further adds to the variety that the course program offers. The LLM students may also apply for one of three study concentrations, in Corporate Law and Governance, Tax Law or Human Rights, but this is not mandatory; if a student becomes admitted to one of those concentrations, he will have to attend a certain number of concentration-specific courses, in order to fulfil the concentration requirements.

The exams are also a very intense experience, at least with regard to their components that are not usual in Europe: At HLS there are three types of exams, in-class exams that usually last three hours, one-day take home exams and any-day take home exams. The last two are exams which the student may respectively take only on a particular day or on any day that she prefers within a given date range and they last 8 hours; the student must upload her answers to the exam software platform within 8 hours from downloading the exam. And, as anybody who has taken such an exam may attest, the exam questions are designed in such a manner as to fully require the 8 hours that each student is given to answer them.

The beginning of fall term classes also signals the time when the LL.M. class seizes meeting on a regular basis and we become dispersed across the courses, depending on our choices, and, therefore, more integrated into the student community of Harvard Law School. Interactions between JDs and LL.M.s are rather sporadic at first, but they increase as time goes by. And in any case the social program abounds with chances for the students to get together: there are all kinds of events, more formal like the Harvard Masquerade Ball or the Barristers' Ball, or rather casual, like the LL.M. International Party, social gatherings organized by the Graduate Program or various events open to all HLS students. Furthermore, the friendships that form this year are truly remarkable in many respects, since rarely does one have a chance to spend a longer period of time with such a diverse group from around the world covering all ethnicities, age groups, social, political and religious backgrounds, scientific interests and life mentalities. In my view, this is perhaps one of the most astonishing aspects of the LL.M. experience at Harvard, its truly global perspective, international outlook and fruitful interactions with like-minded people – or people with whom you may radically disagree – from all around the world. Especially a European or, more generally, any jurist coming from a civil-law background can profit greatly from a year at any American university, because the hands-on exposure to the common law and a totally different legal and law-teaching tradition can be exceptionally insightful, very productive and spiritually stimulating.

As I am now quickly approaching the end of my year at Harvard and I am pondering over what to write for this short account of my stay here, one phrase keeps coming to mind: life-forming experience. This year has been incredibly fascinating and, at the same time, constructively hard; inspiring and exhausting; challenging and puzzling; entertaining and copious; surprising and intimidating. It is no coincidence that the informal motto of Harvard students is “work hard, play harder”. But above and beyond all of this, this year has left an indelible brunt on all of us: as much as the experience that each one of us has made at Harvard depends on his or her age, background, provenance and numerous other factors, being a Harvardian means much more than being a graduate of this school: it

decisively affects the way that one thinks, acts and interacts later on in life. Exactly that is the most enduring legacy of this school with its hoards of remarkable graduates over the two centuries that Harvard Law School spans: the feeling of gratitude for having been offered the chance to partake of the tradition of this great academic environment; and the feeling of responsibility, the urge to put to good use the tools that studying at Harvard offers to its students.

Veröffentlichungen, laufende Forschungsprojekte und Auszeichnungen aus dem European Legal Studies Institute 2012/2013

Veröffentlichungen

Athen, Marco

- "Hinterm Horizont geht's weiter!" - Einbeziehung des Luftverkehrs in den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2012, S. 337-341.
- Kommentierungen von Artt. 343-345 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 51. EL 2013 (gemeinsam mit Prof. Dr. Oliver Dörr).

von Bar, Christian

- Deutschland und Polen in der Europäischen Rechtsgemeinschaft (herausgegeben zusammen mit Arkadiusz Wudarski), München 2012.
- The Draft Common Frame of Reference: scope and purpose, in: Vincent Saegert, Mathias Strome and Evelyne Terryn (Hrsg.), The Draft Common Frame of Reference: National and comparative perspectives, Cambridge 2012, S. 3-6.
- Konkurrenz der Rechtsordnungen und „Law made in Germany“, in: Liber Amicorum Ole Lando, Kopenhagen 2012, S. 13-25.
- Concorrência entre as ordens jurídicas e “Law made in Germany”, *Julgar* 17 (2012), S. 153-165 und *BFD* (Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito) 87 (2011), S. 429-444 (Übersetzung ins Portugiesische von Dr. José Carlos de Medeiros Nóbrega).
- The Battle to Establish a European Contract Law in: *The Jersey and Guernsey Law Review* 2012 S. 107-118.
- Préface, in: Denis Voinot, Juliette Sénéchal, *Vers un droit européen des contrats spéciaux/Towards a European law of specific contracts*, Bruxelles 2012, S. 7-8.
- *Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache*, 9. Aufl., München 2013.

- Beseitigung und Schadensersatz, in: Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2012, Versicherungsrecht Schriftenreihe*, Bd. 50, Karlsruhe 2013, S. 141-142.
- Interview, in: Sandru, Banu (Hrsg.), *Interviewing European Union*, Wilhelm Meister in EU Law, Bukarest 2013, S. 309-316.
- *The Role of Comparative Law in the Making of European Private Law*, *Juridica International* 2013, S. 5-11.
- Besprechung von André Janssen (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einem Europäischen Privatrecht*, *Beiträge aus 20 Jahren von Reiner Schulze*, *RabelsZ* 77 (2013), S. 877-879.
- *The Struggle for a European Law of Contract*, in: Bronisław Sitek, Jakub J. Szczerbowski, Aleksander W. Bauknecht (Hrsg.), *Comparative Law in Eastern and Central Europe*, Newcastle Upon Tyne 2013 S. 4-12.
- *Real Things' Loss of Capacity to be owned when subsumed within a Parcel of Land*, *TfR (Tidsskrift for Rettsvitenskap)*, Oslo) 126 (2013) S. 429-448.

Busch, Christoph

- *La influencia del derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el § 651 BGB [Der Einfluss des europäischen Verbraucherrechts auf die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht gem. § 651 BGB]*, *Anuario de Derecho Civil* 65 (2012) S. 717-739.
- *Vertragsrecht in Zeiten des Klimawandels*, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), *Denker für morgen*, Freiburg 2012, S. 51-55.
- *Scope and Content of an Optional European Contract Law*, *Contratto e impresa*, (<http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealosmoner/public/Busch%20%20EN.pdf>), 2012.
- *From the Horizontal Instrument to a Common European Sales Law: The Development of European Consumer and Market Law in 2011*, *Europäische Zeitschrift für Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR)* 2012, S. 11-16 (gemeinsam mit Ronny Domröse).
- Rezension: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Service Contracts*, Mohr Siebeck: Tübingen 2010, *Common Market Law Review (CMLRev)* 2012, S. 1259-1260.
- Rezension: Reiner Schulze / Jules Stuyck (Hrsg.): *Towards a European Contract Law*, Sellier: München 2011, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2012, S. 221-222.

- Contract Terms in Favour of Third Parties, in: Dannemann/Vogenauer (Hrsg.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford 2013, S. 502-520 (gemeinsam mit Andrew Burrows).
- Die aufgeklärte Entscheidung? Modalitäten der Einwahl und der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz, in: Gebauer (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Anwendungsbereich und kollisionsrechtliche Einbettung*, München 2013, S. 89-101.
- Transnational Legal Education – A German Perspective, in: *Hankook Global Law Review* 2013, S. 145-155.
- Fundamental Rights and Civil Litigation in Germany: Changing Tides Between Karlsruhe, Luxembourg and Strasbourg, in: Barsotti (Hrsg.), *La costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Florenz 2013, S. 63-78.
- From European Sales Law to Online Contract Law: The CESL in the European Parliament, *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR)* 2013, S. 33-36.
- Towards a European Contract Law for E-Commerce and Digital Content: A Report on the European Law Institute's Projects Conference 2013, *Zeitschrift für Europ. Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR)* 2013, S. 238-239.
- Rezension: Reiner Schulze / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht*, 4. Auflage, Nomos: Baden-Baden 2012, in: *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens und Verbraucherrecht (EUVR)* 2013, S. 48-49.

Devetzi, Stamatia

- Reformen in Europa für erwerbsunfähige Personen im Rechtsvergleich – Entwicklungen und Aktivierungsbeispiele, *DRV* 2012, S. 137-146
- Kommentierung der Art. 11-16 VO 883/04, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), *EU-Sozialrecht, Kommentar*, Losebl., Berlin. Laufende Ergänzungslieferungen, zuletzt 4. Ergänzungslieferung März 2013.

Dörr, Oliver

- Kommentierung von Art. 263 AEUV (Nichtigkeitsklage), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*. Loseblatt, EL 49, 2012.
- Kommentierung von Art. 264 AEUV (Nichtigerklärung), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*. Loseblatt, EL 49, 2012.

- Kommentierung von Article 2 (4) UN Charter (Gewaltverbot), in: Simma/Khan/Nolte/Paulus (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 3. Auflage 2012 (gemeinsam mit Albrecht Randelzhofer).
- Nationality in: R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com> (online März 2012), in der Druckfassung vol. VII (2012), S. 496-510.
- Use of Force, Prohibition of, in: R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com> (online März 2012), in der Druckfassung vol. X (2012), S. 607-620.
- *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012 (Hrsg. mit Kirsten Schmalenbach)
- Introduction: On the Role of Treaties in the Development of International Law, in: Dörr und Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012.
- Kommentierung von Artikel 18 (Frustrationsverbot), in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012 .
- Kommentierung der Artikel 31-33 (Auslegung völkerrechtlicher Verträge), in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012.
- Vergabeprimärrecht, in: M. Müller-Wrede (Hrsg.), *Kompendium des Vergaberechts*, 2. Aufl. 2013, S. 101-125.
- Kommentierung von Art. 343 AEUV (Vorrechte und Befreiungen der EU), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt*, EL 51, 2013 (gemeinsam mit Marco Athen).
- Kommentierung von Art. 344 AEUV (Ausschließlichkeit der Streitbeilegung vor den Unionsgerichten), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt*, EL 51, 2013 (gemeinsam mit Marco Athen).
- Kommentierung von Art. 335 AEUV (Innerstaatliche Rechtsfähigkeit der EU), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt*, EL 50, 2013 (gemeinsam mit Marco Athen).
- Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2. Auflage, 2013.
- Kommentierung von § 97 GWB: Einleitung, Abs. 1 (Wettbewerbs- und Transparenzgebot), Abs. 2 (Gleichbehandlungsgebot), Abs. 6 (Verordnungsermächtigung) und Abs. 7 (Subjektive Bieterrechte), in: Dreher/Motzke (Hrsg.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, 2. Auflage, 2013.

- Kommentierung von § 98 GWB (Auftraggeberbegriff), in: Dreher/Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage, 2013.
- Kommentierung von Art. 265 AEUV (Untätigkeitsklage), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt, EL 50, 2013.
- Kommentierung von Art. 266 AEUV (Urteilsfolgen), in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Loseblatt, EL 50, 2013.
- Völkerrechtliche Deliktsansprüche Privater – auf der Grundlage und in den Grenzen einer völkerrechtlichen Schutznormlehre, in: Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein, hrsg. v. M. Breuer/A. Epiney u.a., 2013, S. 765-782.
- Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz (EMRK/GG), 2. Aufl. 2013 (Hrsg. mit Rainer Grote und Thilo Marauhn)
- Freiheit der Person, in: O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006; 2. Aufl. 2013
- Entschädigung und Schadensersatz, in: O. Dörr/R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2006; 2. Aufl. 2013

Groß, Thomas

- § 16 Rechtsschutz im Umweltrecht, in: K. Hansmann/D. Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl. 2012, S. 1209 ff.
- Überlegungen zur Reform der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planfeststellungsverfahren, baurecht 2012, S. 1340 ff.
- Unabhängige EU-Agenturen – eine Gefahr für die Demokratie?, JZ 2012, S. 1087 ff.
- Chronik Verfassungsrecht, Bundesrepublik Deutschland, Eur. Zeitschrift des öffentl. Rechts (REDP/ERPL) 2012, S. 1501 ff.
- Rezension Albrecht Weber, Europäische Verfassungsvergleichung, in: ZaöRV 72 (2012), S. 219 ff.
- Rezension Martin Burgi/Wolfgang Durner, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG, in: DÖV 2012, S. 483 f.
- Rezension Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band III, Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, in: Die Verwaltung 45 (2012), S. 251 ff.

- Rezension Lars Wildhagen, Persönlichkeitsschutz durch präventive Kontrolle, in: AöR 137 (2012), S. 311 ff.
- We the people – Was ist ein Volk?, in: M. Bäuerle/Ph. Dann/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven, FS Brun-Otto Bryde, 2013, S. 157 ff.
- Regelungsdefizite der Bundesverkehrswegeplanung, VerwArch 2013, S. 1 ff.
- §§ 10, 47, 51, 68 KrWG, in: A. Schmehl (Hrsg.), GK-KrWG, 2013
- Migrationsrelevante Freiheitsrechte der EU-Grundrechtecharta, ZAR 2013, S. 106 ff.
- Plädoyer für die Abschaffung der Optionsklausel im Staatsangehörigkeitsrecht, InfAuslR 2013, S. 235 ff.
- §§ 93, 94 BauGB (Aktualisierung), in: W. Ernst/W. Zinkahn/W. Bielenberg/M. Krautzberger (Hrsg.), BauGB, 108. Erg.-Lief. April 2013.
- Europäische Freizügigkeitsrechte; Ausländerrecht, in: K.-H. Meier-Braun/R. Weber (Hrsg.), Deutschland Einwanderungsland, 2013, S. 106 f., 108 ff.

Kalouta, Galateia

- Implementation of the Consumer Credit Directive in Cyprus, IMCO 2012 Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A, Economic and Scientific Policy.
- Misleading packaging Practices in Cyprus, IMCO 2012, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A, Economic and Scientific Policy.
- Wohnungsbau auf Griechisch aus deutscher Sicht, BauR 3 (2012), S. 431-439 (gemeinsam mit Thorsten Tepsäbe).
- Die künstliche Befruchtung und die daraus entstehenden Gleichheitsfragen - Deutschland und Griechenland im Vergleich, IJVO 17 (2011/12) S. 60-93.
- Die Rom II-VO & das Computerrecht im Cloud-Zeitalter. So neu und trotzdem schon veraltet?, in: Jürgen Taeger (Hrsg.), Law as a Service – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, Edeweicht 2013, S. 271-287.

Magri, Geo

- National reports (Italy) for studies requested by the European Parliament: Implementation of the Consumer Credit Directive - IP/A/IMCO/ST/2011-15, PE 475.083 (Brussels 2012) and Misleading Packaging Practices - IP/A/IMCO/NT/2011-19, PE 475.081 (Brussels 2012).

- Beiträge zum italienischen Recht für das Forschungsprojekt „EC Consumer Law Compendium“ (Leitung: Prof. Schulte-Nölke), Datenbank zum EU-Verbraucherrecht auf Deutsch, Englisch und Französisch, abrufbar unter www.eu-consumer-law.org, Stand: März 2012.
- Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. L'evoluzione del diritto europeo in materia di tutela dei consumatori dai messaggi pubblicitari ingannevoli ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano. In: Ana Luisa Celino Coutinho, Ana Paula Basso, Maria Áurea Baroni Cecato, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (Hrsg.), *Direito, Cidadania e Desenvolvimento*, Florianópolis (Brasilien) 2012, S. 163-197.
- La vendita di beni di consumo torna alla Corte di Giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della direttiva 99/44 sul diritto tedesco ed italiano, nota a Corte di Giustizia U. E. (Prima Sezione) 16 giugno 2011, (Cause riunite C-65/09 e C-87/09), *Giur. it.* 2012, S. 534-539.
- Quale futuro per la funzione sociale della proprietà? Abbandonare Weimar per tornare a Locke?, *Bocconi Legal Papers* 2012, S. 3-31.
- Beni culturali e acquisto a non domino, *Riv. dir. civ.*, 2013, S. 741-766.

de Medeiros Nóbrega, José Carlos

- Mitarbeit an: Jayme/Neuss (Hrsg.), *Wörterbuch Recht und Wirtschaft*, Band 1: Portugiesisch-Deutsch. *Dicionário jurídico e económico*, Tomo I: Português-Alemão, 2. Aufl., München 2012 (überarbeitet von S. Müller-Bromley).
- Übersetzung ins Portugiesische: *Christian von Bar*, *Concorrência entre as ordens jurídicas e “Law made in Germany”*, in: *Julgar* 17 (2012), S. 153-165 und *BFD* (Universidade de Coimbra, *Boletim da Faculdade de Direito*) 87 (2011), S. 429-444.
- National reports (Portugal) for studies requested by the European Parliament: Implementation of the Consumer Credit Directive - IP/A/IMCO/ST/2011-15, PE 475.083 (Brussels 2012) and Misleading Packaging Practices - IP/A/IMCO/NT/2011-19, PE 475.081 (Brussels 2012).
- Consumer vulnerability in Spanish Law, in: *Compilation of Briefing Papers on Consumer Vulnerability – IP/A/IMCO/NT/2011-20*, PE 475.082 (Brüssel 2012), (gemeinsam mit Begoña Alfonso de la Riva), S. 63-79.
- Beiträge zum portugiesischen und italienischen Recht für das Forschungsprojekt „EC Consumer Law Compendium“ (Leitung: Prof. Schulte-Nölke), Datenbank zum EU-Verbraucherrecht auf Deutsch, Englisch und Französisch, abrufbar unter www.eu-consumer-law.org, Stand: März 2012.
- Sachenrecht und Sachenrechtsreform in den lusophonen Ländern (Dissertation, Osnabrück 2013)

Schulte-Nölke, Hans

- Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, München 2012 (herausgegeben gemeinsam mit Fryderyk Zoll, Nils Jansen, Reiner Schulze).
- Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 7. Auflage 2012 (hrsg. gemeinsam mit Reiner Schulze, Heinrich Dörner, Ina Ebert, Thomas Hoeren, Rainer Kemper, Ingo Saenger, Klaus Schreiber, Ansgar Staudinger), Überarbeitung/Neukommentierung von: Vor §§ 305-310 (Allgemeine Geschäftsbedingungen), §§ 305-310, §§ 312-312g (Besondere Vertriebsformen), §§ 675-676c (Zahlungsdienste, gemeinsam mit Reiner Schulze), Vor §§ 854-1296 (Sachenrecht), §§ 854-872 (Besitz), Vor §§ 903-924 (Eigentum), §§ 903-905, Vor §§ 929-1011 (Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen), §§ 929-1011, §§ 1030-1089 (Nießbrauch), Vor § 1204 (Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten), §§ 1204-1296.
- Kommentierung von Art. 229 § 1 BGB, in: NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch – Band 1: Allgemeiner Teil, EGBGB, herausgegeben Thomas Heidel, Rainer Hüßtege, Heinz-Peter Mansel, Ulrich Noack, 2. Auflage 2012.
- Kommentierung von §§ 286-291 BGB, in: NomosKommentar Bürgerliches Gesetzbuch – Band 2: Schuldrecht, herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen, 2. Auflage 2012.
- Kommentierung von Art. 1-6, 9-12 CESL, in: Common European Sales Law (CESL) – Commentary, hrsg. von Reiner Schulze, Baden-Baden 2012.
- El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa (übersetzt durch Esther Arroyo Amayuelas), in: La Revision De Las Normas Europeas Y Nacionales De Proteccion De Los Consumidores, Sergio Cámara Lapuente und Esther Arroyo Amayuelas (Hrsg.), Cizur Menor (Spanien) 2012, S. 63-80.
- Starting from e-Commerce instead of Sales Contracts – Choosing the right field of application of the EU Optional Instrument, Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego, Warschau 2012, S. 83-95 (gemeinsam mit Fryderyk Zoll).
- Europäisches Verbraucherrecht im BGB und im Entwurf für ein optionales europäisches Vertragsgesetzbuch, Providence Law (Vol. 1 May 2012), Taiwan 2012, S. 67-92.
- Consumer Law in the Proposal for a Common European Sales Law, Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvC) 2012, S. 260-267.

- Die Zwecke des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts: Marktförderung und Verbraucherschutz, in: *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Moderner Ansatz oder praxisferne Vision?*, in: Hahn (Hrsg.), München 2012, S. 25-32.
- Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht* (herausgegeben gemeinsam mit Fryderyk Zoll, Nils Jansen, Reiner Schulze), München 2012, S. 1-20.
- *Compilation of Briefing Papers on Consumer Vulnerability: Vulnerable Consumers in German Law*, Study requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Affairs (gemeinsam mit Shaun Charlton und Wiebke Voß), Februar 2012 (online abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201202/20120217ATT38466/20120217ATT38466EN.pdf>).
- *Data Protection in the Internal Market Information System (IMI)*, Study requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (zus. mit Shaun Charlton), Mai 2012 (online abr. unter <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201205/20120525ATT45849/20120525ATT45849EN.pdf>).
- *Remedies for buyers in B2C contracts: General aspects*, Study requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs (zusammen mit Fryderyk Zoll und Shaun Charlton), Juni 2012 (online abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120618ATT47124/20120618ATT47124EN.pdf>).
- Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11 (Eingeschränkte Nacherfüllungspflichten beim Handelskauf), Case Note, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvC)* 2013, S. 281-284.
- Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Drucksache 17/10491 vom 15.08.2012), Januar 2013, (online unter <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223>)
- Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages (BT-Drucksache 17/12637); April 2013 (online abrufbar unter: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2930&id=1223>).
- Briefing Note für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments (JURI), *Increasing the legal certainty and attractiveness of CESL: a comparative per-*

spective, Juli 2013, online abrufbar unter:
<http://www.europarl.europa.eu/committees/de/JURI/studiesdownload.html?lang>

- Discrimination of Consumers in the Digital Single Market, Study requested by the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (gem. mit Fryderyk Zoll, Elwira Macierzynska-Franaszczyk, Sebastian Stefan, Shaun Charlton, Marc Barmscheid und Monika Kubela), Nov. 2013 (http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/507456/IPOL-IMCO_ET%282013%29507456_EN.pdf).
- Kundenschutz statt Verbraucherschutz, Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (EUVR) 2013, S. 1-2.
- Rezension: Martin Löhnig, Rechtsvereinheitlichung trotz Rechtsbindung. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen von 1879-1899, Tübingen 2012, ZNR 2013, S. 151-152.
- Interview „Mr. van de Week“, 21. Oktober 2013 (online abrufbar unter: <http://www.mr-online.nl/mr-van-de-week/mr-van-de-week/mr-van-de-week-hans-schulte-noelke.html>).

Schusterova, Magda

- Astrologia minor neboli nahlédnutí do geomancie brýlemi poradce krále Jiříka (Astrologia Minor - an Insight into Geomancy from the Point of View of the Counsel of the King Georg), in: Pocta Karlu Schellemu k 60. narozeninám, Ost-rava 2012, p. 513-520.
- National reports (Czech Republic) for studies requested by the European Parliament: Implementation of the Consumer Credit Directive - IP/A/IMCO/ST/2011-15, PE 475.083 (Brussels 2012) and Misleading Packaging Practices - IP/A/IMCO/NT/2011-19, PE 475.081 (Brussels 2012).
- The European peace project of George of Poděbrady within the practice of the late medieval peace treaties, in: Battle and Bloodshed. The Medieval World at War, Lorna Bleach, Keira Borrill (Hrsg.), Cambridge 2013, S. 231-248.
- “Streithäuser” aneb malé poohlédnutí za patrovým vlastnictvím („Streithäuser“- A Brief retrospection on Tenement Ownership), Vojáček, Ladislav - Tauchen, Jaromír (eds). I. česko-slovenské setkání doktorských studentů a post-doktorandů oboru právní historie a římského práva (Sborník z konference). Brno: Masarykova univerzita, 2013, p. 248-261.
- Kvazilenní vztah adhaerentia a její zakotvení v učeném právu (The Quasi-feudal Legal Relationship of „Adhaerentia“ and its Position in the Ius Commune), in: Býkov 2012. Naděje právní vědy. Setkání mladých vědeckých pracovníků, 2013, p. 111-118.

Tepasse, Thorsten

- Wohnungsbau auf Griechisch aus deutscher Sicht, *BauR* 3 (2012), S. 431-439 (gemeinsam mit Galateia Kalouta).

Zoll, Fryderyk

- Starting from e-Commerce instead of Sales Contracts – Choosing the right field of application of the EU Optional Instrument, *Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego*, Warschau 2012, S. 83-95 (gem. mit Hans Schulte-Nölke).
- Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, München 2012 (hrsg. gemeinsam mit Hans Schulte Nölke, Nils Jansen und Reiner Schulze).
- Das Dienstleistungsrecht im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München 2012, S. 279-296.
- The binding power of the contract: Protection of performance in the system of the Common European Sales Law, in: *Journal of International Trade Law and Policy* 2012, S. 259-265.
- Der Tod der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: v. Bar/Wudarski (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, Sellier 2012, S. 223-235.
- The System of Judicial Appointment in Poland – a Question of the Legitimacy of the Judicial Power, in: Shimon Shetreet, Christopher Forsyth, *Culture of Judicial Independence*, Martinus Nijhoff, Leiden und Boston 2012, S. 301-310.
- Zwei Konzepte des Einbaus vorvertraglicher Informationspflichten in ein System der Vertragsordnung, in: Rudolf Welsch, *Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss in Zentral- und Osteuropa*, Manz 2012, S. 265-273.
- Common European Sales Law (CESL) - Commentary, in: Reiner Schulze (ed.), *Baden-Baden 2012*, S. 397-532 und (gem. mit Jonathon Watson), S. 602-634.
- O procesie integracji prawa cywilnego - synteza czy iluzja syntezy europejskich porządków prawnych, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Prof. Andrzeja Zoll*, LEX Wolters Kluwers, Warsaw 2012 Bd. I, S. 491- 497.
- Zarzut bezwzględnej nadmierności kosztów usunięcia niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową w projekcie wspólnych europejskich przepisów o sprzedaży. Uwagi na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Weber/Putz, in: J. Pisuliński/P. Tereszkiwicz/F. Zoll, *Rozsprawy z Prawa Cywilnego, Własności Intelektualnej i Prawa Prywatnego. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, LexisNexis, Warsaw 2012.

- Die Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch – Kodifikation in einer schwierigen Zeit, in: OsteuropaR 2/2012, S. 29-39.
- Oświadczenie o poddaniu się egzekucji jako klauzula abuzywna. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 września 2010, in: Monitor Prawa Bankowego 9/2012, S. 40-45.
- Założenia projektu struktury części szczegółowej zobowiązań. W poszukiwaniu nowego modelu” (zusammen mit Marlena Pecyna), in: Transformacje Prawa Prywatnego nr 1/2012, S. 25-60.
- Problem negatywnego uzgodnienia cech rzeczy sprzedanej - w oczekiwaniu na wspólne europejskie prawo sprzedaży”, in: Transformacje Prawa Prywatnego 2/2012, S. 167-174.
- Kommentar zu Ross G. Anderson, „Non-Performance in Sales Contracts: Principle, Practice and Harmonisation, in: ZEuP 4/2012, p. 834 (859).
- Współredaktor (Co-editor): Rozsprawy z Prawa Cywilnego, Własności Intelktualnej i Prawa Prywatnego. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Bogusławowi Gawlikowi, LexisNexis, Warsaw 2012 (with J. Pisuliński, P. Tereskiewicz).
- The Law of Obligations in Europe: A New Wave of Codifications, München 2013 (herausgegeben gemeinsam mit Reiner Schulze).
- Contract Law in the Draft of the New Polish Civil Code: Formation of Contract, Performance and Non-Performance of Obligations, in: Schulze/Zoll, The Law of Obligation in Europe, A New Wave of Codifications, Sellier 2013.
- Study “Discrimination of Consumers in the Digital Single Market“, Policy Department of the European Parliament (Hrsg.), Brüssel 2013 (gemeinsam mit Hans Schulte-Nölke u.a.).
- Chapter IV “Testament” and Chapter V “Rozrządzenia testamentowe” (Testamentarische Verfügungen), in: System Prawa Prywatnego, 2. Aufl., Band 6, Prawo Spadkowe (Erbrecht), Bogudar Kordasiewicz (Hrsg.), Warschau 2013, S. 293-456.
- Umowy o świadczenie usług (Dienstleistungsverträge), in: System Prawa Handlowego, Band 9, Międzynarodowe prawo handlowe (Internationales Handelsrecht), Wojciech Popiołek (Hrsg.), Warschau 2013, S. 1179-1208.
- Der immer werdende Vertrag. Einige Bemerkungen zur Frage nach dem Bedarf einer neuen Regelung der Vorschriften über den Abschluss von Verträgen, in: Stelmach/Schmidt (Hrsg.), Krakauer Augsburger Rechtsstudien: Die Rolle des Rechts in der Zeit der wirtschaftlichen Krise, Warschau 2013, S. 133-140.
- “Krótki esej o zmierzchu umowy sprzedaży i przyszłości umów o świadczenie usług, a także koniecznej rewolucji prawa cywilnego” (Kurzes Essay über den

Untergang des Kaufvertrages und die Zukunft des Vertrages über Dienstleistungen sowie der unerlässlichen Revolution des Zivilrechts, in: Wojciech Dajczak/Adam Dassuj/Mikołaj Labijak (Hrsg.), Posen 2013, S. 33-38.

- On judges writing commentaries: Is it appropriate for a judge to do other things?, in: *Judges on Trial: The Independence and Accountability of the English Judiciary*, Simon Shetreet/Sophie Turenne (Hrsg.), Cambridge 2013.
- Methodenlehre als Momentaufnahme? Zugleich eine Rezension zu Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, GPR 2013, S. 317-321.
- Das elektronische Mahnverfahren in Polen – Das Ringen um die Effizienz des Zivilverfahrens bis an die Grenzen der Gerechtigkeit, *OsteuropaRecht* 2013, S. 423-428.
- Doręczenie korespondencji posiadaczowi rachunku (Zustellung der Korrespondenz an den Kontoinhaber – glosa do wyroku SN (Glosse zu dem Urteil des Obersten Gerichtshofes) z 14 grudnia 2012 r. (ICSK 350/12), *Monitor Prawa Bankowego*, 10/2013, S. 30-35.
- Czy odwołalność testamentu zawsze powinna być nieograniczona (Sollte der Widerruf des Testaments immer grenzenlos sein), in: *Rozsprawy cywilistyczne, Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi (Gedenkschrift für Prof. Edward Drozd)*, Marlena Pecyna/Jerzy Pisuliński/Małgorzata Podrecka (Hrsg.), Warschau 2013, S. 553-560.
- Theme V, Consumer Notion (Johan Vannerom, Theme IV): Suretyship, in: *Landmark Cases of EU Consumer Law: In honour of Jules Stuyck*, Veerle Colaert/Evelyne Terryn/Gert Straetmans (Hrsg.), Cambridge 2013, S. 73-82.
- The Scope of the Proposal for the Optional Instrument – factors increasing risks for businesses (Der Anwendungsbereich des Entwurfs eines optionalen Instruments - Faktoren, die das Unternehmensrisiko steigern), in: *Spory o własność intelektualną, Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi (Streit um das geistige Eigentum, den Professoren Janusz Barta und Ryszard Markiewicz gewidmete Festschrift)*, Warschau 2013, S. 1505-1520.
- Das Pandektensystem und die Vorschriften über den Vertragsschluss in der Struktur des polnischen Zivilgesetzbuches, in: *Baldus/Dajczak (Hrsg.), Der Allgemeine Teil des Privatrechts*, Frankfurt a.M. 2013, S. 129-137.

Forschungsverbände

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar, FBA

- Ständiges Seminar zum Gemeineuropäischen Sachenrecht
- Mitglied im Council des European Law Institute seit 2011

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (Lond.)

- Osnabrück Jean-Monnet Centre of Excellence in European Studies gefördert von der Europäischen Kommission

Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke

- Mitglied im Council des European Law Institute (Vorsitzender von 2011-2013)
- Koordinator des EU-Exzellenznetzwerkes „Joint Network on European Private Law“ (CoPECL-Netzwerk) im 6. EU Forschungsrahmenprogramm (Academic Draft Common Frame of Reference of European Contract Law und begleitende Forschungen)

Prof. Dr. Dr. h.c. Fryderyk Zoll

- Ständiges Mitglied der polnischen Kodifikationskommission im Justizministerium, Leiter des Ausschusses für Dienstleistungsrecht
- Mitglied im Council des European Law Institute (Vorsitzender von 2011 – 2013)

Auszeichnungen

2012

- Professor Christian von Bar: Verleihung der Ehrendoktorwürde der Schlesischen Universität in Kattowitz (Polen)
- Professor Hans Schulte-Nölke: Nominierung als Berater des American Law Institute
- Professor Fryderyk Zoll: Verleihung einer Belvedere-Professur; Verleihung des Förderpreises des polnischen nationalen Wissenschaftszentrums für das von ihm initiierte Projekt "Made in Europe - Entwicklung eines neuen europäischen Dienstleistungsrechts"
- Dipl.-Jur. Frederick Rieländer: Landesbestenehrung der Ersten Juristischen Prüfung in Niedersachsen

2013

- Professor Christian von Bar: Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universität Ermland-Masuren in Allenstein (Polen)
- Professor Hans Schulte-Nölke: Berufung zum Professor für deutsches Recht an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Radboud Universität Nijmegen (Niederlande)
- Professor Fryderyk Zoll: Verleihung des Förderpreises des polnischen nationalen Wissenschaftszentrums für das Projekt: "Made in Europe - Entwicklung eines neuen europäischen Dienstleistungsrechts".
- Dipl.-Jur. Denis Schlimpert: Auszeichnung mit dem Schindhelm-Förderpreis (3. Platz) zum Wirtschafts- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück und mit dem ZEuP-Preis 2013 (1. Platz) für seine Studienarbeit „Das Internationale Privatrecht der rechtsgeschäftlichen Forderungsübertragung“, abgedruckt in dem vorliegenden IJVO-Jahresheft.



Verzeichnis der Jahreshefte

Jahresheft 1989/90	IJVO 1	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 1991/92	IJVO 2	
Jahresheft 1992/93	IJVO 3	
Jahresheft 1994/95	IJVO 4	
Jahresheft 1995/96	IJVO 5	
Jahresheft 1996/97	IJVO 6	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 1997/98	IJVO 7	
Jahresheft 1998/99	IJVO 8	
Jahresheft 1999/00	IJVO 9	
Jahresheft 2000/01	IJVO 10	
Jahresheft 2001/02	IJVO 11	
Jahresheft 2003/05	IJVO 12	
Jahresheft 2006	IJVO 13	<i>(nicht mehr erhältlich)</i>
Jahresheft 2007	IJVO 14	
Jahresheft 2008	IJVO 15	
Jahresheft 2009/10	IJVO 16	
Jahresheft 2011/12	IJVO 17	
Jahresheft 2013	IJVO 18	

Internationale Juristenvereinigung Osnabrück e.V.

<http://www.elsi.uni-osnabrueck.de>  IJVO e.V.