

Schriften zum Internationalen Recht

Band 238

Gemeineuropäisches Privatrecht in Rumänien

**Neue Kodifikationen zwischen französischen, deutschen
oder österreichischen und europäisch internationalen Einflüssen**

Herausgegeben von

Oliver Remien und Liviu Zidaru



Duncker & Humblot · Berlin

OLIVER REMIEN und LIVIU ZIDARU (Hrsg.)

Gemeineuropäisches Privatrecht in Rumänien

Schriften zum Internationalen Recht

Band 238

Gemeineuropäisches Privatrecht in Rumänien

Neue Kodifikationen zwischen französischen, deutschen
oder österreichischen und europäisch internationalen Einflüssen

Herausgegeben von

Oliver Remien und Liviu Zidaru



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7646
ISBN 978-3-428-18906-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58906-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Am südöstlichen Rand Europas und auch der Europäischen Union gelegen, ist Rumänien gewissermaßen doch im Zentrum der europäischen Entwicklungen des Zivilrechts angesiedelt: Nähe vor allem zum französischen Code civil, aber auch Einflüsse des österreichischen ABGB und des deutschen Rechts sowie anderer Rechtsordnungen und dann ein europäisch-international offenes neues ZGB von 2011. Aus der Zusammenarbeit der Juristischen Fakultäten der Universität Bukarest und der Julius-Maximilians-Universität Würzburg in den vergangenen Jahren ist dieser Band hervorgegangen. Er bietet kein komplettes Kompendium, zeigt hoffentlich aber doch, wie faszinierend und fruchtbar der vergleichende europäische Blick auf das rumänische Zivilrecht sein kann. Beiträge haben dankenswerterweise Kollegen von verschiedenen rumänischen Universitäten geliefert, die eine Nähe zum deutschen oder österreichischen Recht aufweisen.

Das Erscheinen dieses Bands hat unser hochgeschätzter lieber Kollege Christian Alunaru von der „Vasile Goldis“ Universität in Arad leider nicht mehr erleben dürfen. Er hat nicht nur unsere gemeinsamen Sommerschulen in Rumänien bereichert, sondern auch viele europäische und deutsche Konferenzen belebt. Seine lebensfrohe, offene und kulturell interessierte Art wird nicht nur die Herausgeber dieses Bandes, sondern viele Menschen beeindruckt haben. Sein Zeugnis Europas oder Mitteleuropas ist für uns unvergessen. Sein Beitrag zu diesem Band unterstreicht dies wissenschaftlich.

Es wäre schön, wenn dieser Band einen Anstoß zur weiteren europäisch-vergleichenden Betrachtung des rumänischen Zivilrechts geben könnte. Vom Schwarzen Meer bis zum Atlantik ist Europa auch rechtlich nach wie vor ein vielfältiger, aber in sich verwobener Kontinent. Es gilt, ihn auch rechtlich zu entdecken.

Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls Remien in Würzburg danken wir herzlich für ihre Unterstützung bei den editorischen Arbeiten für diesen Band.

Würzburg und Bukarest, im März 2023

*Oliver Remien
und Liviu Zidaru*

Inhaltsverzeichnis

<i>Oliver Remien</i>	
Rumänien und die europäische Rechtsgeographie	9
<i>Dan Oancea</i>	
Die Europäisierung des rumänischen Zivilrechts. Allgemeiner Teil der Schuld- verhältnisse (Buch V. des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches)	23
<i>Ionuț-Florin Popa</i>	
Nichterfüllung, Vertragsverletzung und Rechtsbehelfe im rumänischen Zivilge- setzbuch	59
<i>Christian Alunaru</i>	
Das rumänische Sachenrecht zwischen deutschen, österreichischen und franzö- sischen Einflüssen	93
<i>Radu Rizoïu</i>	
How ‘Real’ is a Security Interest? Security Interests as Derivative Proprietary Interests	129
<i>Camelia Toader</i>	
Erbrechtsverordnung der Europäischen Union und nationale Einflüsse	147
<i>Dan Andrei Popescu</i>	
Überlegungen zur Anwendung der Europäischen Erbrechtsverordnung in Ru- mänien	173
<i>Christa Jessel-Holst</i>	
Zur Europäisierung des rumänischen Internationalen Privatrechts	187
<i>Liviu Zidaru</i>	
Die Rechtsmittel in der neuen rumänischen Zivilprozessordnung und in den Modellregeln ELI/Unidroit. Ein vergleichender Blick	193
Nachwort	223
Autorenverzeichnis	225

Rumänien und die europäische Rechtsgeographie

Von *Oliver Remien* †

I. Rechtskreislehre für die Welt und europäische Entwicklungen

Einen ordnenden Überblick über die Rechtsordnungen der Welt will die inzwischen klassische Rechtskreislehre¹ verschaffen. Wenn sie auch grundsätzlich einen weltweiten Blick haben will, ist oder war sie aber vielfach doch eher eurozentrisch oder transatlantisch ausgerichtet.² Demgegenüber ist seit längerem und spätestens in der heutigen Zeit ein wirklich weltweiter, also globaler Blick erforderlich, der die fünf Kontinente auch rechtlich umspannt. Dies ist die eine, die weltweite Seite – sie strebt gleichzeitig nach dem, was man meines Erachtens in der Rechtsvergleichungsvorlesung als einen „Juristischen Weltatlas“³ bezeichnen kann.

Andererseits haben sich die Verhältnisse in der Welt und die Beziehungen der Staaten untereinander in den vergangenen Jahrzehnten vielfältig verändert und ein bemerkenswerter Faktor dabei ist die europäische Integration.⁴ Von einem europäischen Rechtsraum ist die Rede und neben vielen Akten der europäischen Rechtsangleichung,⁵ die in Teilbereichen zu einem Europäischen Privatrecht geführt haben,⁶

¹ Wegweisend immer noch *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. 1996; zuvor schon *Arminjon/Nolde/Wolff*, *Traité de droit comparé*, 3 Bände, 1950/1951; die Rechtskreislehre „weder in den Himmel heben noch verdammen“ will *Hein Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, 493, 504; Überblick zu Vorläufern, Nachfolgern, Problemen und der Gesamtentwicklung bei *Jaako Husa*, Legal families, in: Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2. Aufl. 2012, 491 ff.; s. a. schon *Malmström*, The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in Comparative Law, Scand. Studies in Law 13 (1969) 127 ff.

² Vgl. auch *Michael Bogdan*, Comparative Law, 1994, 88, der dies mit dem auf westliche Juristen zielenden pädagogischen Anliegen erklärt; auch *Husa*, in: Elgar Encyclopedia 382, 389. Krit. auch etwa *Mattei*, AJCL 45 (1997) 5.

³ Ähnlich offenbar bereits *Ole Lando* und *Wigmore*, wie *Bogdan* (vorige Fn.) 86 berichtet. Von einer „legal map of the world“ spricht auch schon *Malmström* (oben Fn. 1), Scand. Studies in Law 13 (1969) 127, 130, 131, mit Hinweis auf Leibniz' Gedanken eines *theatrum legale mundi*.

⁴ Eingehende Überblicke über die Bereiche bei *Schulze/Kadelbach/Janssen* (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die europäische Rechtspraxis, 4. Aufl. 2020.

⁵ Zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt etwa *Remien*, in: Schulze/Kadelbach/Janssen (Hrsg.), 4. Aufl. 2020, § 14.

haben die Europäischen Verträge zudem einen „Raum der Freiheit, der Sicherheit, und des Rechts“ begründet.⁷ Er umfasst auch die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, die im Laufe der Jahre erheblichen Umfang angenommen hat. Dies alles ruft nach einem über die klassische Rechtskreislehre hinausgehenden, deutlich konkreteren Blick auf die europäischen Rechtsordnungen und ihre Beziehungen zueinander.

II. Europäische Rechtsgeographie?

Wie die europäischen Rechtsordnungen zueinander in Beziehung stehen, kann man durch eine die Rechtskreislehre fortschreibende und sie detaillierter ausarbeitende europäische Rechtsgeographie beschreiben. Sie baut auf der gewiss nicht perfekten, aber dennoch hilfreichen Rechtskreislehre auf, versucht aber den innerhalb Europas leichter möglichen, wie auch erforderlichen genaueren Blick. Sie kann zudem die Entwicklungen der vergangenen Jahrzehnte klarer zeigen.

Von „Rechtsgeographie“ ist juristisch zunächst eher vereinzelt, insgesamt später aber in unterschiedlicher Weise und vornehmlich in besonderen Kontexten gesprochen worden. So ging es etwa um die kartographische Darstellung rechtshistorischer Gegebenheiten, um eine „geschichtliche Rechtsgeographie“.⁸ Dabei wurden interessante Parallelen zum „deutschen Sprachatlas“ der Mundartenforschung gezogen.⁹ Ausdrücklich hieran anknüpfend war später auch im Zusammenhang mit neu oder wieder entstandenen Staaten mit regional unterschiedlichen Teilrechtsordnungen schon von „Rechtsgeographie“ die Rede, etwa hinsichtlich der aus verschiedenen Rechtsterritorien zusammengesetzten Polnischen Republik vor allem der Zwischenkriegszeit.¹⁰ Manche Themen des Öffentlichen Rechts und insbesondere Verfassungsrechts kann man als Fragen der Rechtsgeographie adressieren.¹¹ Ferner wird

⁶ Dazu etwa *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 5. Aufl. 2020; auch schon *Remien*, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277–284.

⁷ Artt. 3 Abs. 2 EUV, 67 ff. AEUV. Dazu etwa *Remien*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in: Sechs Dekaden europäischer Integration – eine Standortbestimmung, Symposium anlässlich des 60-jährigen Bestehens der Stiftung Europa-Kolleg Hamburg, hrsgg. von Peter Behrens, Markus Kotzur, Konrad Lammers, 2015, 93–110.

⁸ Programmatisch *Walther Merk*, Wege und Ziele der geschichtlichen Rechtsgeographie, in: Festschrift für Professor Traeger, 1926, dazu Rezension von *Ulrich Stutz* in SavZ Germ. Abt. 47 (1927) 706–713. Zu „Rechtssprachgeographie“ *Eberhard Freiherr von Künßberg*, Rechtssprachgeographie, Mit einer Grundkarte und 20 Deckblättern, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse (1926/27, 1. Abhandlung), Heidelberg 1926, verfügbar unter <https://digi.hadw-bw.de/view/sbhadwphkl>.

⁹ *Merk* (vorige Fn.) 85 ff., auch 92, 104, 113, 115, 132.

¹⁰ *Georg Geilke*, Zur polnischen Rechtsgeographie, Jahrbuch für Ostrecht IV (1963) 105–175, s. dort 105 f. und die Karten 173–175.

¹¹ S. etwa *Matteo Nicolini*, Boundaries and Identity: The Legal Geography of the European Union and the United States of America, Sant’Anna Legal Studies, STALS Research Paper

in der Geographie selbst sogar häufiger von „Rechtsgeographie“ oder „legal geography“ gesprochen, doch scheint dies eher die Bezüge zwischen Raum und Recht bzw. das angebliche Fehlen eines solchen Bezuges zu betreffen.¹² Auch anthropologisch wird das Thema angesprochen.¹³

„Rechtsgeographische“ Karten finden sich heute sogar in der Praxis. Dies gilt etwa bei Überblickskarten zu den Vertragsstaaten völkerrechtlicher Übereinkommen, z. B. des internationalen Einheitsrechts.¹⁴ Zum internationalen Finanz- und Kapitalmarktrecht hat *Philip R. Wood* eine Reihe von Karten vorgelegt.¹⁵ In den mit ihren fünfzig einzelstaatlichen Rechten vielfältigen Vereinigten Staaten von Amerika kommt es sogar vor, dass eine Anwaltskanzlei die unterschiedlichen Regeln zum Mitverschulden im Haftungsrecht¹⁶ auf einer bunten Karte mit vier Farben und Kategorien – pure contributory, pure comparative,¹⁷ modified comparative 50 % bar, modified comparative 51 % bar rule und einem grauen Kästchen mit Stern für den Sonderfall South Dakota – veranschaulicht.¹⁸ Wahrscheinlich gibt es noch diverse weitere Beispiele aus der Praxis.

Mag der Terminus „Rechtsgeographie“ sich somit zwar als wenig bestimmter, eher fluider Ausdruck erweisen, so ist eine rechtsgeographische Ordnung und Darstellung doch praktisch und aufschlussreich. Will man einen Überblick über die mitgliedstaatlichen Zivilrechtsordnungen innerhalb der EU oder Europas gewinnen, so scheint mir der Ausdruck europäische Rechtsgeographie dies doch recht gut zu bezeichnen. Man könnte dies für Einzelfragen – wie beim Mitverschulden –, vor allem aber für die Zivilrechtssysteme insgesamt tun. Die tatsächliche Geographie Europas ist allgemein – hoffentlich – einigermaßen bekannt, aber die rechtliche? Wo gibt es eine Übersicht zu den Zivilrechtsordnungen Europas? Eine Darstellung der „Rechts-

2/2015, verfügbar unter http://www.stals/santannapisa.it/sites/default/files/Matteo_Nicokini_STALS.pdf.

¹² Vgl. etwa *Luke Bennett/Antonia Layard*, Legal Geography: Becoming Spatial Detectives, *Geography Compass* 9 (2015) 406–422.

¹³ Etwa *Franz von Benda-Beckmann/Keebet von Benda-Beckmann/Anne Griffiths* (Hrsg.), *Spatializing Law, An Anthropological Geography of Law in Society*, 2009; *Tayanah O'Donnell/Daniel F. Robinson/Josephine Gillespie* (Hrsg.), *Legal geography, perspectives and methods*, 2020.

¹⁴ S. etwa die Karten zum „status of convention“ zur UNIDROIT Convention on International Factoring auf <https://unidroit.org/staus-1988-factoring?id=1774>; zur UNIDROT Convention on International Interests in Mobile Equipment <https://www.unidroit.org/status-2001capetown?id=1772> und andere mehr; zum UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration die Karte https://uncitral.org/sites/uncitral.un.org/files/styles/panoply_image_full/public/general/map_arbitration_rules.png?itok=fdueP03C, doch scheint UNCITRAL leider nicht (mehr) generell solche Karten anzubieten.

¹⁵ *Wood*, *Maps of World Financial Law*, 6. Aufl. 2008.

¹⁶ Dazu *Corpus Juris Secundum*, §§ 247 ff.

¹⁷ Vgl. C.J.S. § 307, auch zum Folgenden.

¹⁸ <https://www.cordiscosaile.com/images/cordiscosaile.com/State-Negligence-Laws.jpg>.

geographie“ kann die – mehr oder weniger ausgeprägten – Nähebeziehungen zwischen den einzelstaatlichen Zivilrechten zeigen.

III. Ein europäischer Rechtskreis oder eine Rechtskarte in kleinem Maßstab?

Allerdings mag man vorab im Hinblick auf die nun doch schon ehrwürdig jahrzehntealte Rechtskreislehre sowie die fortentwickelte europäische Integration und die teilweise Herausbildung eines Europäischen Privatrechts fragen, ob man nicht inzwischen von einem einzigen „europäischen Rechtskreis“ oder „EU-Rechtskreis“ sprechen sollte.¹⁹ Dies könnte im Sinne der Globalisierung sogar den Vorteil versprechen, dass neben diesen fast wie von selbst andere nicht europäische Rechtskreise oder Kontinente träten.

Indes hat die europäische Rechtsangleichung nach wie vor partikularen, vor allem „binnenmarktfinalen“²⁰ Charakter. Gewiss ist sie beachtlich vorangeschritten, sehr viel an grundlegenden wie speziellen Regeln wie Institutionen ist aber nach wie vor national beherrscht und geprägt und wird dies wohl noch lange bleiben. Dies gilt auch heute noch. Nicht zuletzt ist dies ein Gebot der – auf EU-Ebene aber chronisch unterentwickelten – Demokratie und der Vielfalt. Große Pläne für ein EuZGB sind nicht verwirklicht worden.²¹ Umfangreiche akademische Entwürfe, zum Teil damals politisch gefördert, vergilben in den Regalen.²² Es hatte an Realismus und Bescheidenheit gefehlt.²³ Auch das vorgeschlagene optionale Gemeinsame Europäische Kaufrecht ist politisch gescheitert.²⁴ Gleichmachend von einem europäischen

¹⁹ Einige Lehrbücher zur Rechtsvergleichung gehen auch besonders auf die EU ein, s. etwa *de Cruz*, *Comparative Law in a Changing World*, 2. Aufl. 1999, 139 ff.; sowie *Glendon/Carozza/Picker*, *Comparative Legal Traditions*, 3. Aufl. 2008, 313 ff.

²⁰ Prägnant schon *Müller-Graff*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, Das Privatrecht der europäischen Integration, NJW 1993, 13, 17, 18; dazu auch *Remien*, in: *Schulze/Kadelbach/Janssen* (Hrsg.) (oben Fn. 4) § 4 Rn. 4.

²¹ Dazu etwa *Jayme*, *Ein Europäisches Zivilgesetzbuch: Die Initiative der Niederlande*, IPRax 1997, 375; von *Bar*, *The Study Group on a European Civil Code*, Festschrift für Dieter Henrich, 2000, 1 ff.; kritischer Überblick bei *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, 2003, 68 ff.

²² Vgl. von *Bar/Clive* (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, 2009.

²³ Für Bescheidenheit schon *Remien* (vorvorige Note) 579 f. Andere propagieren hingegen unverdrossen ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch, s. *Lehmann/Schmidt/Schulze*, *Das Projekt eines Europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs*, ZRP 2017, 225 ff.; *Scholl*, *Der Vertrag von Aachen – auf dem Weg zu einem Europäischen Wirtschaftsgesetzbuch?*, EuP 2019, 441 ff.; krit. dazu *d'Avout*, *Das erstaunliche Projekt eines europäischen Wirtschaftsgesetzbuchs*, ZEuP 2019, 653 ff.

²⁴ Dazu etwa *Remien/Herrler/Limmer* (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. 10. 2011, 2012.

Rechtskreis zu sprechen würde daher, wenn man von speziellen Bereichen des Europarechts – vielleicht etwa Kartellrecht, Markenrecht, Vergaberecht, Zollrecht – absieht, der Wirklichkeit nicht gerecht. Zu beobachtende spontane Angleichungsprozesse sind zudem nicht auf Europa beschränkt, sondern finden sich in verschiedenen Teilen der Welt.²⁵

Im Gegenteil ist innerhalb Europas ein von jedem abgehobenen Zentralismus absehender, die einzelnen Länder näher betrachtender Blick erforderlich. Kartographisch gesprochen ist der große Maßstab der Rechtskreislehre für innereuropäische Zwecke hin auf einen kleinen – und damit den genaueren Blick gestattenden – Maßstab herabzusetzen. So lassen sich die europäischen Rechtsordnungen zumindest grob ordnen. Dieser kleinere Maßstab sollte das gegenseitige Verständnis fördern und die Zusammenarbeit im europäischen Rechtsraum erleichtern.

So erscheinen etwa einige Vorabentscheidungsersuchen mitgliedstaatlicher Gerichte an den EuGH nach Art. 267 AEUV zu Vorschriften des Europäischen Privatrechts als durch die besondere Situation der jeweiligen Rechtsordnungen bedingt, die mit ihrer rechtsgeographischen Einordnung zusammenhängt.²⁶ Da die Europäische Union nach Art. 3 AEUV zwar wichtige, aber doch überschaubare ausschließliche Zuständigkeiten hat und die geteilten Zuständigkeiten nach Art. 4 AEUV vorherrschen und die Politiken der Mitgliedstaaten in weiteren Bereichen von der EU nach Artt. 5 und 6 AEUV allenfalls koordiniert, ergänzt oder unterstützt werden, spielen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten für die EU insgesamt auch allgemein eine ganz erhebliche Rolle. In sie ist die praktische Anwendung des EU-Rechts vielfach eingebettet. Sie näher zu untersuchen, zu kennen und zu verstehen, ist daher auch ein europäisches Gebot. Dazu hilft europäische Rechtsgeographie.

IV. Grundzüge einer europäischen Rechtsgeographie

1. Die klassische Rechtskreislehre

Europa ist in der Rechtskreislehre der klassischen Rechtsvergleichung kaum ein Einteilungskriterium, aber in ihr doch umso stärker vertreten. *Zweigert* und *Kötz*²⁷ handeln in ihrer Einführung in die Rechtsvergleichung vom romanischen Rechts-

²⁵ Man mag etwa an die Reform des japanischen Minpo im Jahr 2020, das am 1. 1. 2021 in Kraft getretene ZGB der Volksrepublik China oder die Aktivitäten der OHADA in Afrika denken.

²⁶ Aus deutscher Sicht etwa wohl erklärungsbedürftig EuGH 17.12.2009 – Rs. C-227/08 (Eva Martín Martín ./ EDP Editores, S.L.), Slg. 2009, I-11939: Widerrufsrecht und Nichtigerklärung von Amts wegen?; EuGH 9.11.2016 – Rs. C-149/15 (Sabrina Wathelet ./ Garage Bietheres & Fils SPRL), ECLI:EU:C:2016:840: Begriff Verkäufer könne sich auch auf einen „für Rechnung einer Privatperson handelnden Gewerbetreibenden erstrecken“.

²⁷ *Zweigert/Kötz*, oben Fn. 1. Von *Zweigert/Kötz* inspiriert *Posch*, Grundzüge fremder Privatrechtssysteme, Ein Studienbuch, 1995, S. XI.

kreis,²⁸ vom deutschen Rechtskreis,²⁹ vom anglo-amerikanischen Rechtskreis,³⁰ vom nordischen Rechtskreis,³¹ vom „Recht im fernen Osten“³² sowie von religiösen Rechten, dabei islamisches und Hindu-Recht darstellend.³³ Bereits *Arminjon/Nolde/Wolff*, die um 1950 schon recht ähnlich sieben Rechtsfamilien klassifizierten,³⁴ hatten das französische Recht und seine Verwandten,³⁵ das deutsche Rechtssystem und seine Verwandten,³⁶ die skandinavischen Rechtssysteme,³⁷ das englische Rechtssystem,³⁸ das sowjetische Rechtssystem,³⁹ die islamischen Rechtssysteme,⁴⁰ die Rechtssysteme von Indien und Burma⁴¹ (letzteres das heutige Myanmar) unterschieden. Die neuere französische Lehre geht für Kontinentaleuropa heute eher von einer „famille romano-germanique“ aus,⁴² *David/Jauffret-Spinosi* stellen daneben das russische Rechtssystem,⁴³ das common law⁴⁴ sowie andere Konzepte von Gesellschaftsordnung und Recht,⁴⁵ nämlich islamisches Recht, Rechte des Fernen Ostens, Rechte Afrikas und Madagaskars. In manchen anderen rechtsvergleichenden Werken findet man einigermaßen ähnliche Einteilungen wie bei *David* und *Zweigert/Kötz*, mit gewissen Variationen.⁴⁶ So behandelt *Fromont* in seinen „Grands systèmes de droit étrangers“⁴⁷ in sechs Teilen deutsches Recht, romanistische Rechte Westeuropas, englisches Recht, amerikanisches Recht, die anderen common law-Rechtsordnungen (Kanada und Indien), die anderen romanistischen Rechte (Brasilien, Russland, China, Japan). *Legeais* sieht englisches, französisches und deutsches Recht als grundlegende Rechtssysteme, spricht dann aber ausführlich von einer vergleichen-

²⁸ *Zweigert/Kötz* 73 ff.

²⁹ 130 ff.

³⁰ 177 ff.

³¹ 270 ff.

³² 280 ff.

³³ 296 ff., genauer 296 ff. und 306 ff.

³⁴ *Arminjon/Nolde/Wolff* (oben Fn. 1) I 49 Nr. 20.

³⁵ I 117 ff. Nr. 60 ff. – genauer gesagt: „Le système juridique français et ceux qui en sont dérivés“ – an sich also Ableitungen oder Abkömmlinge.

³⁶ II 189 ff.

³⁷ II 437 ff.

³⁸ II 491 ff. und III 1–226.

³⁹ III 227 ff.

⁴⁰ III 399 ff.

⁴¹ III 535 ff.

⁴² *David/Jauffret-Spinosi*, *Les grands systèmes de droit comparé*, 11. Aufl. 2002, 25 ff. Vgl. demgegenüber aber *Arminjon/Nolde/Wolff* (oben Fn. 1) I 50 Nr. 20.

⁴³ 125 ff.

⁴⁴ 221 ff.

⁴⁵ 347 ff.

⁴⁶ *Bogdan* (oben Fn. 2) hat Kapitel zum englischen, französischen, deutschen, sozialistischen, chinesischen und muslimischen Recht.

⁴⁷ 8. Aufl. 2018.

den Annäherung an auch andere Rechte sozialistischer, wenig rechtsstaatlicher, geringer juristischer Tradition oder von als jung zu betrachtenden Staaten Afrikas und Asiens⁴⁸ – das wird zum Teil als vereinfachende Gegenüberstellung von Okzident und Orient kritisiert.⁴⁹

Constantinesco sieht schon lange Rechtskreise als Ausprägungen der Kulturkreise.⁵⁰ Auch wenn man die Welt nicht einfach zweiteilt in „civil law“ und „common law“,⁵¹ so wurde jedenfalls oft Europa als Sitz der Mutterrechtsordnungen der Mehrzahl der wichtigen Rechtskreise der Welt dargestellt. Von Globalisierung oder jedenfalls weltweitem Blick zeigte sich zeitweise oft kaum eine Spur.⁵² In jüngeren Werken hat sich dies doch wohl geändert, *Sacco/Rossi* sprechen von einer „Aufgabe der eurozentristischen Sichtweise“.⁵³

2. Öffnungen

Deutlich zeigen sich Öffnungen für andere Teile der Welt. *David/Jauffret-Spionisi/Goré*⁵⁴ widmen heute gemischten Rechten (*Droits mixtes*), dem islamischen Recht, dem Recht Indiens, den Rechten des Fernen Ostens sowie den Rechten Afrikas und Madagaskars eigene Abschnitte. *Cuniberti*⁵⁵ behandelt in acht Kapiteln die kontinentale Rechtstradition, englisches Recht, amerikanisches Recht, chinesisches Recht, japanisches Recht, islamisches Recht, indisches Recht und traditionelle afrikanische Rechte, hält die Suche nach Rechtsfamilien aber wohl für eine Illusion.⁵⁶ Resultat scheint nun allerdings eine Art Aneinanderreihung wichtiger Rechtsordnungen oder Rechtsordnungsgruppen. *Glenn* behandelt in seinen „Legal Traditions of the World“ chthonische (chthonic), talmudische, civil law, islamische, hindu und konfu-

⁴⁸ *Raymond Legeais*, Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative, 3. Aufl. 2016.

⁴⁹ *Cuniberti*, Grands systèmes de droit contemporains, Introduction au droit comparé, 4. Aufl. 2019, 24 f. Nr. 8.

⁵⁰ *Constantinesco*, Die Kulturkreise als Grundlage der Rechtskreise, ZfRvgl. 81, 161 ff.

⁵¹ *Glendon/Carozza/Picker*, Comparative Legal Traditions in a Nutshell, 3. Aufl. 2008, behandeln „civil law tradition“ und „common law tradition“, s. a. 14 ff.

⁵² Krit. auch *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, Rn. 21.

⁵³ *Sacco/Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017, 188.

⁵⁴ *David/Jauffret-Spionisi/Goré*, Les grands systèmes de droit contemporains, 12. Aufl. 2016.

⁵⁵ *Gilles Cuniberti* (oben Fn. 49).

⁵⁶ Ebd. 26 Nr. 10, auch 28 Nr. 13. Er behauptet allerdings einerseits, dass es eine „tradition continentale“ gebe, unterscheidet indes andererseits amerikanisches und englisches Recht. Das wirft Fragen auf. Der Band Bussani/Mattei (Hrsg.), The Cambridge Companion to Comparative Law, 2012, enthält im Teil „Comparative law in the flux of civilizations“ Beiträge zur ostasiatischen, jüdischen, islamischen, sub-Sahara sowie lateinamerikanischen und karibischen Rechtstradition, den Mixed legal systems und schließlich über „Democracy and the Western legal tradition“.

zianische Rechtstradition.⁵⁷ Für dogmatische Zivilrechtsvergleichung bleibt dabei aber wohl wenig Raum.

Sicher gab⁵⁸ und gibt es zudem gewiss auch andere globale Ansätze; aber bei diesen scheint auch wieder fraglich, ob eine Einteilung in eine westliche, eine afrikanische, eine asiatische und eine islamische Rechtskultur⁵⁹ nicht viel zu abgehoben ist und historische Beeinflussungen der Rechtsordnungen verkennt. Das dürfte auch für einen hierarchischen Ansatz gelten, der auf oberster Ebene zwischen säkular-staatlichem Recht, Religiösen Rechten und Gewohnheitsrechten unterscheidet⁶⁰ – ebenso für eine weltweite Obereinteilung in rule of professional law, of political law oder of traditional law.⁶¹ International gibt es heute also eine beinahe verwirrende Vielfalt an Rechtskreiseinteilungen oder auch deren Ablehnung unter aber Präsentation von „grands systèmes“. Nicht von Rechtskreisen, sondern „Rechtskontexten“ spricht demgegenüber Uwe Kischel.⁶² Das alles betrifft allerdings eher Europa in der Welt, weniger Europa als solches.

3. Europäische Rechtsgeographie und das Schicksal des sozialistischen Rechtskreises

Ein besonderes Kapitel ist – nicht nur, aber zumal in Europa – der sozialistische Rechtskreis. Er ist bei *Zweigert/Kötz* in der Neuauflage von 1996 ersatzlos entfallen,⁶³ während *Posch* ein Jahr zuvor einen „Übergangsrechtskreis“ der Reformstaaten des östlichen Europa“ darstellt⁶⁴ und das russische Recht und sein sowjetischer Vorläufer bei *David/Jauffret-Spinosi*⁶⁵ sowie auch bei *Bogdan*⁶⁶ oder *de Cruz*⁶⁷ durchaus behandelt werden. Die betreffenden Länder und ihre Rechtsordnungen hatten

⁵⁷ Glenn, *Legal Traditions of the World, Sustainable Diversity in Law*, 5. Aufl. 2014.

⁵⁸ Etwa Schnitzer und gewissermaßen auch Sauser-Hall, s. *Malmström* 132 ff.

⁵⁹ So *Van Hoecke/Warrington*, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, ICLQ 47 (1998) 495–536, 502 ff. Sowohl Nähe als auch Kritik bei *Heiss*, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung*, ZVglRWiss. 100 (2001) 396–424, 415 f.

⁶⁰ So *Heiss*, ebd.

⁶¹ *Mattei*, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, AJCL 45 (1997) 5, 16 ff.

⁶² *Kischel* (oben Fn. 52) 240 ff. Rn. 49 ff.

⁶³ *Kötz* (oben Fn. 1) schreibt im Vorwort S. V, dass „mit dem Zusammenbruch des Sowjetkommunismus auch der ‚sozialistische Rechtskreis‘ vom Erdboden fast verschwunden ist und damit auf einen Schlag 60 Druckseiten eingespart werden konnten“; auch *Husa*, in: *Elgar Encyclopedia* 382, 389 sagt, „Socialist law has dropped out“.

⁶⁴ *Posch* (oben Fn. 27) 169 ff.

⁶⁵ *David/Jauffret-Spinosi* (oben Fn. 42) 125 ff. Nr. 114 ff.

⁶⁶ *Bogdan* (oben Fn. 2) 198 ff., der 87 den sozialistischen Rechtskreis allerdings als „on the road to extinction or reduction to insignificance“ beschrieb.

⁶⁷ *de Cruz* (oben Fn. 19) 183 ff. mit einem recht ausführlichen Kapitel über „Socialist Law an other Types of Legal Systems“.

sich ab 1989/1990 der Transformation gestellt.⁶⁸ *Constantinesco* hatte zwar schon im Jahr 1981 geschrieben: „Mit dem Verzicht auf diese Ideologie würde der sowjetische Rechtskreis seine Existenzgrundlage aufgeben“⁶⁹ – das war heilsichtig, auch wenn dann die Transformation zu „blühenden Landschaften“ kaum auf einen Schlag in wenigen Jahren zu bewältigen war.

In einem Beitrag zum europäischen Privatrecht habe ich damals im Jahr 1992 für einen gesamteuropäischen Blick vorgeschlagen, von sechs Gruppen auszugehen:⁷⁰ common law, nordischer Rechtskreis, romanischer Rechtskreis, deutscher Rechtskreis, eine Zwischengruppe von Ländern mit einst frankreichgeneigter, nun aber auch deutsch beeinflusster neuer gemischter Kodifikation sowie die vormals sozialistischen Transformationsstaaten. Das ist natürlich nur ein Versuch einer groben Ordnung zur damaligen Zeit und die Abgrenzungen mögen schwierig sein. Zudem wird man inzwischen etliche damalige Transformationsstaaten der Gruppe der gemischten neuen Kodifikationen zuschlagen. Einige osteuropäische oder westasiatische Länder hingegen wird man einem russischen Rechtskreis zuordnen – und in versprengten Gebieten mag es noch Überbleibsel des sozialistischen Rechtskreises geben.⁷¹ Dies mag einen gewissen Überblick zur europäischen Rechtsgeographie geben, mindestens einen Versuch dazu. Wo ist in der europäischen Rechtsgeographie nun Rumänien angesiedelt?

V. Rumänisches Zivilrecht in Europa und der Weg zum Nou Cod Civil

1. Rumänische Entwicklungen

Eines der Länder der Gruppe der damaligen Transformation ist Rumänien – ein in vielerlei Hinsicht, auch rechtsvergleichend gesehen, sehr interessantes Land, dem dieses Buch sich widmet. Wie ist Rumänien im Einzelnen in diese europäische Rechtsgeographie einzuordnen? Rechtsvergleichung ist von der Geschichte und auch der Rechtsgeschichte nicht zu trennen. *Hein Kötz* bezeichnet Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte gekonnt in sprachlicher Eleganz als „Holz vom gleichen Stamm“.⁷² Auf alle Fälle prägt die Geschichte auch die Rechtsordnungen.

⁶⁸ Zivilrechtlicher Überblick bei *Lajos Vékás*, Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung, ZEuP 2004, 454–476.

⁶⁹ *Constantinesco*, ZfRvgl 81, 161, 175.

⁷⁰ *Remien*, Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts, JZ 1992, 277–284, 277 f.

⁷¹ Etwa Nordkorea, Kuba, Transnistrien, vielleicht aber noch weitere Gebiete. Dies scheint in der Rechtsvergleichung derzeit wenig untersucht zu werden.

⁷² *Kötz*, Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?, JZ 1992, 20–22, 20; dazu *Mathias Reimann*, Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte im Dialog, ZEuP 1999, 496–511, 496 ff.; krit. zur Bedeutung historischer Aspekte bei der Einteilung nach Rechtskreisen *Kischel* (oben Fn. 52) Rn. 50.

Rumänien ist heute das 1918/19 durch die „große Vereinigung“ (*Marea Unire*) entstandene große Rumänien, das neben der Moldau und der Walachei sowie der Dobruđa auch Siebenbürgen (Transsilvanien), das Banat, das Kreischgebiet und Teile der Bukowina umfasst; Bessarabien und die Süddobruđa hingegen waren nur zeitweilig im rumänischen Staatsverband. Mit dieser Ausdehnung von 1918/19 wurde Rumänien, da nicht sogleich eine Vereinheitlichung des Rechts erfolgte,⁷³ ein „gesetzliches Mosaik“;⁷⁴ damit wurde es rechtsvergleichend gesehen noch viel interessanter als zuvor. Im zuvor österreich-ungarischen Siebenbürgen und weiteren Gebieten galt das ABGB,⁷⁵ – mit Ausnahme einiger dem ungarischen Privatrecht unterstellten Gemeinden.⁷⁶ Nun war zwar im Fürstentum Moldau der Cod Calimach von 1817 an das ABGB von 1811 angelehnt gewesen.⁷⁷ Aber in der Walachei stützte man sich eher auf byzantinische und französische Rechtstraditionen⁷⁸ und der – nach der Vereinigung von Moldau und Walachei im damals neuen Rumänien erlassene – rumänische Cod civil von 1865 folgte sehr dem französischen Code civil.⁷⁹ Daher war recht klar, wollte man nicht einen einheitlichen romanisch-germanischen Rechtskreis annehmen,⁸⁰ hatte man Rumänien zu Beginn des 20. Jahrhunderts wohl sicher dem französischen Rechtskreis zuzuordnen.⁸¹ Nach 1945 aber zählte es ebenso gewiss zum sozialistischen Rechtskreis.⁸²

⁷³ Siehe *Bob*, Der Einfluss des ABGB 1811 auf das rumänische Zivilrecht, in: Geistlinger (Hrsg.), 200 Jahre ABGB – Ausstrahlungen, die Bedeutung für andere Staaten und andere Rechtskulturen, 2011, 143, 145, auch zum dann geschaffenen „siebenbürgischen Gericht“ innerhalb des Bukarester Kassationshofes.

⁷⁴ *Bob*, ebd. 143, 145.

⁷⁵ *Alunaru*, Das ABGB in Rumänien (frühere Geltung und heutige Ausstrahlung), in: Fischer-Czermak (Hrsg.) Festschrift 200 Jahre ABGB, 2011, 101–122; *Bob* (oben Fn. 73) 143, 144; *Kodek*, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Das ABGB im Wandel der Zeit, in: *Kodek* (Hrsg.), 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) und Europäisches Vertragsrecht, 23. Europäische Notarentage 2011, 2012, 15–31, 22; *Olechowski*, Das ABGB – Rechtseinheit für Zentraleuropa, in: *Kodek* (Hrsg.), ebd., 33–53, 41, 43, 46, siehe dort auch die Karten 52–52.

⁷⁶ Näher *Alunaru* (vorige Fn.) 102; *Bob*, ebd. 143, 144.

⁷⁷ Eingehend *Alunaru* (oben Fn. 75) 101, 102, 104 ff.; *Bob* (oben Fn. 73) 143 f.; kurz *Guțan*, in: *Baias/Bob*, Droit de la Roumanie, 2018, 12.

⁷⁸ Siehe *Alunaru* (oben Fn. 75) 103.

⁷⁹ *Guțan*, in: *Baias/Bob* (oben Fn. 77) 13 f.; *Arminjon/Nolde/Wolff* (oben Fn. 1) I 150 Nr. 83 sprechen von einer „traduction légèrement amendée du Code civil“ und nennen dann einige Besonderheiten mit Ursprung im belgischen Hypothekenrecht und im byzantinischen Recht, auch dem Kodex Calimach. Der Cod Calimach wurde aufgehoben, *Alunaru* (oben Fn. 75) 102, 103 f.; *Bob* (oben Fn. 73) 144.

⁸⁰ So, wie verbreitet in der französischen Rechtsvergleichung, klar *Guțan*, in: *Baias/Bob* 13 f.: „L’influence française est restée importante, surtout dans le cas du Code civil, marquant en cela l’entrée du système juridique roumain dans la famille romano-germanique“.

⁸¹ So im Jahr 1950 auch noch *Arminjon/Nolde/Wolff* (oben Fn. 1) I 50 150 ff. Nr. 83 mit Andeutung der revolutionären Nachkriegsentwicklungen am Ende auf S. 152.

⁸² Siehe auch *Guțan*, in: *Baias/Bob* (oben Fn. 77) 15.

In Siebenbürgen (Transsilvanien) ist der rumänische Cod civil von 1865 erst 1943 unter Marschall Antonescu eingeführt worden,⁸³ allerdings nur im zu jener Zeit Rumänien verbliebenen südlichen Teil. Dabei wurden gewisse dortige Regelungen aufrechterhalten und insbesondere im Grundstücksbereich besondere Vorschriften vorgesehen. In Nordsiebenbürgen, das nach dem Zweiten Wiener Schiedsspruch von 1940 über Klausenburg bis zum Szeklerland wieder zu Ungarn gehört hatte, erfolgte dies 1945.⁸⁴ Dieser Cod civil von 1865 hat auch die sozialistische Zeit überstanden, wenn man vom 1954 durch ein Familiengesetzbuch⁸⁵ abgelösten Personenrecht sowie dem neu geregelten Verjährungsrecht absieht.⁸⁶ Wohl kein anderes sozialistisches Land Osteuropas hatte sein „modernes“ Zivilgesetzbuch aufrechterhalten.⁸⁷ Ein schon 1940 verkündetes neues Zivilgesetzbuch (Codul civil „Carol II“) mit auch modernen deutschen, schweizerischen und italienischen Einflüssen war nie in Kraft getreten.⁸⁸

2. Noul Cod Civil 2011

Der Cod civil von 1865 wurde schließlich am 1. 10. 2011 und somit einige Jahre nach dem Beitritt Rumäniens zur Europäischen Union vom Nou Cod civil abgelöst.⁸⁹ Von diesem wird gesagt, dass er vor allem vom Nouveau Code civil du Québec, aber auch vom französischen und italienischen Recht, dem schweizerischen Obligationenrecht und europäischen Grundregeln – Principles of European Contract Law

⁸³ Decret-Lege nr. 381 din 21 iunie 1943 privind extinderea legislației civile și comerciale în România de peste Carpați, M.Of. nr 142/22 jun. 1943, verfügbar http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.http_act_text?id=33576. S. a. *Olechowski* (oben Fn. 75) 46.

⁸⁴ Lege nr 260 din 4 aprilie 1945 privitoare la legislația aplicabilă în Transilvania de Nord, precum și la drepturile dobândite în acest teritoriu, în timpul operațiunii ungare, verfügbar <http://www.monitoruljuridic.ro/act/lege-nr-260-din-4-aprilie-1945-privitoare-la-legislatia-aplicabila-in-transilvania-de-nord-precum-si-la-drepturile-dobandite-in-acest-teritoriu-in-tiempul-operatii-ungare-35.htm>. S. a. *Olechowski* (oben Fn. 75) 46.

⁸⁵ S. *Guțan*, in: *Baias/Bob* (oben Fn. 77) 16.

⁸⁶ *Nicolae/Bob*, La refonte du Code civil roumain et le Code civil du Québec, *La Revue du barreau canadien* 85 (2009) 445–453, 445 f.

⁸⁷ *Guțan*, in: *Baias/Bob* (oben Fn. 77) 15.

⁸⁸ *Nicolae/Bob* (oben Fn. 86) ebd. 446.

⁸⁹ Französische Übersetzung in: *Nouveau Code Civil Roumain, traduction commentée de la loi roumaine no. 287 du 17 juillet 2009 portant Code civil, telle que modifiée par la loi no. 71 de 3 juin 2011 de mise en application* = *Noul Cod civil*, hrsgg. von Borcan/Ciuruc, 2013; erläuternd dazu *Baias/Dinca* (Hrsg.), *Le nouveau Code civil roumain: Vu de l'intérieur – Vu de l'extérieur. Le colloque international*, 23, 24 et 25 octobre 2013, 2 Bände, 2014; Beiträge zu einzelnen Gebieten auch in *Attila Menyhárd/Emőd Veres* (Hrsg.), *New Civil Codes in Hungary and Romania*, 2017. Die Wendungen Codul civil oder Noul Cod civil enthalten bereits den im Rumänischen angehängten bestimmten Artikel, hier -ul, weshalb hier im fließenden deutschen Text nach dem deutschen Artikel der rumänische nicht genannt wird, also etwa „der Cod civil“.

und UNIDROIT Principles of International Contracts – beeinflusst sei.⁹⁰ Zur Zeit der Arbeiten am Nou Cod civil war der quebecer Kodex das neueste Zivilgesetzbuch, Kanada gewährte Rumänien Unterstützung und Quebec und Rumänien teilen die französische Rechtstradition, bei Quebec mit Inkorporation anglo-amerikanischer Einflüsse.⁹¹ In den damaligen Zeiten etlicher Diskussionen mit dem Etikett „Europäisches Zivilgesetzbuch“ hat sich Rumänien – wie die Niederlande schon etwa zwanzig Jahre zuvor – zu Recht für eine neue nationale Kodifikation entschieden – aber mit europäischen Elementen.

Der Nou Cod civil ist ein Einheitsgesetzbuch, das wie der italienische Codice civile auch das Handelsrecht umfasst,⁹² allerdings unter Auslassung des Gesellschaftsrechts.⁹³ Er enthält neben einem kurzen Einleitungstitel (Artt. 1–24) sieben Bücher: Personen (Artt. 25–257), Familie (Artt. 258–534), Vermögens- bzw. Sachenrecht (Artt. 535–952), Erbe und Schenkung (Artt. 953–1163), Schuldrecht (Artt. 1164–2499), Verjährung, Verfall und Fristberechnung (Artt. 2500–2556), IPR (Artt. 2557–2663).

Der rumänische Nou Cod civil ist damit eines der neuesten europäischen Zivilgesetzbücher. Die Einflüsse sind anders als bei dem Cod civil von 1865 vielfältig europäisch.⁹⁴ So wird etwa in Art. 1271 NCC nun auch die Störung der Geschäftsgrundlage geregelt.⁹⁵ Kreditsicherheiten sind ein Kapitel für sich.⁹⁶ Im Immobiliarsachenrecht wurde an dem der ABGB-Tradition entsprechenden Grundbuchsystem festgehalten und ganz anders als im französischen Recht sogar allgemein der Eintragungs- oder Intabulationsgrundsatz eingeführt.⁹⁷ Bei den gemischten neuen Kodifikationen hat damit der Nou Cod Civil Rumäniens seinen Platz in der europäischen Rechtsgeographie.

⁹⁰ Insbesondere zum Einfluss der Principles *Oancea*, in diesem Band unten S. 23–57.

⁹¹ Vgl. *Nicolae/Bob* (oben Fn. 86) ebd. 450.

⁹² Zum „monistischen“ Ansatz etwa *Veress*, The New Romanian Civil Code – Difficulties in the Transition Towards a Monist Private Law, 27–34, in: Attila Menyhard/Emód Veress (Hrsg.), *New Civil Codes in Hungary and Romania*, 2017; s. aber auch *Zsolt Fegyeveresi*, The Persistence of Some Characteristics of Commercial Law in the Monist Romanian Civil Law, in: ebd., 35–42.

⁹³ Kurz zum Unternehmensrecht *Selegean*, in: *Baias/Bob* (oben Fn. 77) 93.

⁹⁴ Eher Globalisierung denn Europäisierung sieht *Józson*, The Influence of European Private Law on the New Romanian Civil Code, ZEuP 2012, 568, 586.

⁹⁵ *Szekrényes*, Unforseeable Changes in Circumstances in the New Romanian Civil Code, in: Menyhard/Veress (Hrsg.), *New Civil Codes in Hungary and Romania*, 2017, 145–157; *Orga-Dumitriu*, L'imprévision dans le Nouveau Code Civil roumain – remède et défis, in: *Baias/Dinca* (Hrsg.), *Le nouveau Code civil roumain* (oben Fn. 89) 251–271.

⁹⁶ Dazu etwa *Rizoiu*, Sailing in a Stormy Sea: Recent Romanian High Court Decisions Affecting Secured Transaction, ZEuP 2019, 534.

⁹⁷ *Alunaru*, Das ABGB in Rumänien (frühere Geltung und heutige Ausstrahlung), in: Fischer-Czermak (Hrsg.), *Festschrift 200 Jahre ABGB*, 2011, 101–122, 113 ff., 117 ff.

VI. Mehr zu Einzelheiten in diesem Band

Einzelheiten werden in den weiteren Beiträgen dieses Bandes entfaltet. Insgesamt zeigt sich damit, dass das rumänische Zivilrecht einen Platz inmitten Europas einnimmt – eben bei den Ländern der neuen gemischten Kodifikationen, die Anregungen von verschiedenen Rechtsordnungen der klassischen Rechtskreise aufnehmen und diese miteinander verbinden. Für Europa und die Welt könnte dies insgesamt durchaus zukunftsweisend sein. Einzelheiten dazu enthalten die nachfolgenden Beiträge.

Dem Schuldrecht sind die ersten zwei Beiträge gewidmet. Die Europäisierung der Regeln des Allgemeinen Schuldrechts im Buch V des neuen Kodex zeigt in einer Rundreise durch das Rechtsgebiet *Oancea* (S. 23–57). Spezifischer den Fragen von Nichterfüllung, Vertragsverletzung und Rechtsbehelfen geht der Beitrag von *Popa* nach (S. 59–92).

Das rumänische Sachenrecht verortet *Alunaru* zwischen deutschen, österreichischen und französischen Einflüssen (S. 93–128). Das Problem der Dinglichkeit von Kreditsicherungsrechten behandelt *Rizoiu* (S. 129–146).

Die Europäische Erbrechtsverordnung und die Rechtsprechung des EuGH zu dieser untersucht *Toader* (S. 147–172). Überlegungen zur Anwendung dieser Verordnung in Rumänien stellt sodann *Popescu* an (S. 173–185).

Eine übergreifende Sicht zur Europäisierung des rumänischen Internationalen Privatrechts bietet *Jessel-Holst* (S. 187–192).

Schließlich folgt ein prozessrechtlicher Beitrag von *Zidaru* zu den Rechtsmitteln in der gleichfalls neuen rumänischen Zivilprozessordnung (S. 193–221) – in einem sehr europäisch-vergleichenden Blick.

Die Europäisierung des rumänischen Zivilrechts

Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse (Buch V. des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches)

Von *Dan Oancea*¹

I. Ein modernes europäisches Gesetzbuch aus Rumänien

Aufgrund der Bestimmungen von Art. 220 des Gesetzes Nr. 71/2011 zur Einführung des Gesetzes Nr. 287/2009 über das Bürgerliche Gesetzbuch² ist das Neue Bürgerliche Gesetzbuch Rumäniens (Gesetz Nr. 287/2009) am 1. November 2011³ in Kraft getreten.

Einer modernen Struktur entsprechend ist das Neue Bürgerliche Gesetzbuch in 7 Bücher unterteilt, denen jeweils ein Titel vorangestellt ist: (i) Buch I „Über Personen“, (ii) Buch II „Über die Familie“, (iii) Buch III „Über Vermögensgegenstände (bunuri)“, (iv) Buch IV „Über Erbschaft und Vermögensübertragung“, (v) Buch V „Über Schuldverhältnisse“, (vi) Buch VI „Über die Verjährung“, (vii) Buch VII „Bestimmungen des internationalen Privatrechts“.

Wie vom rumänischen Gesetzgeber in der Begründung und im Beschluss Nr. 277 vom 11. März 2009 für die Genehmigung der vorläufigen Thesen des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches, die im Rumänischen Amtsblatt Nr. 213 vom 2. April 2009 veröffentlicht wurden,⁴ festgehalten worden ist, erfolgte die Neuabfassung des rumänischen Zivilrechts unter Zugrundelegung der modernen Gesetzbücher und zwar:

- des französischen Bürgerlichen Gesetzbuches – Code civil,
- des Bürgerlichen Gesetzbuches der Provinz Quebec in Kanada – Code civil du Québec,
- des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches – Codice civile,

¹ Die Übersetzung der rumänischen Gesetzesbestimmungen erfolgte durch Dan Oancea, Bukarest, in Zusammenarbeit mit Peter Boldiszar, Klausenburg/Cluj-Napoca.

² Lege nr. 287 din 17 iulie 2009 privind Codul civil, Monitorul oficial nr. 511 din 24 iulie 2009.

³ Lege nr. 71 din 3 iunie 2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287 privind Codul civil, Monitorul oficial nr. 409 din 10 iunie 2011.

⁴ Hotărâre nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prelabile ale proiectului de lege – Codul civil, Monitorul oficial nr. 213 din 2 aprilie 2009.

- des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuch – Código civil,
- des schweizerischen Zivilgesetzbuchs,
- des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches,
- des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuches – Codigo civil.

In der Begründung zum Neuen Bürgerlichen Gesetzbuch wurden auch die nachstehenden internationalen Dokumente, die bei der Ausarbeitung des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches in Erwägung gezogen wurden, erwähnt:⁵

- die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten,
- das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes aus dem Jahr 1989,
- das Haager Übereinkommen vom 23. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption,
- das Europäische Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, unterzeichnet in Oviedo am 4. April 1997 und das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin über das Verbot des Klonens von menschlichen Lebewesen, unterzeichnet in Paris am 12. Januar 1998,
- die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, angenommen von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948,
- der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, angenommen von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 16. Dezember 1966,
- der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, angenommen von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 16. Dezember 1966,
- das Übereinkommen über die Erklärung des Ehewillens, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschließungen, angenommen von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 7. November 1962,
- das Europäische Übereinkommen über die Adoption von Kindern vom 24. April 1967,
- das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder, abgeschlossen in Straßburg am 15. Oktober 1975,

⁵ Auf Fundstellennachweise zu diesen zahlreichen Rechtstexten wird hier verzichtet. Rechtsakte der EU sind im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht zugänglich auch unter <https://eur-lex.europa.eu/>, Übereinkommen der Haager Konferenz sind u. a. zugänglich unter <https://www.hcch.net/>.

- das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980,
- das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption,
- das Übereinkommen über den Umgang mit Kindern, angenommen in Straßburg am 15. Mai 2003,
- das Haager Übereinkommen über das auf eheliche Güterstände anwendbare Recht vom 14. März 1978,
- das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf,
- das in New York abgeschlossene UN-Übereinkommen vom 14. Juni 1974 über die Verjährung beim internationalen Warenkauf und das in Wien abgeschlossene Änderungsprotokoll vom 11. April 1980 zum Übereinkommen,
- die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts der Kommission für europäisches Vertragsrecht.

Eine Analyse der Bestimmungen des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches verdeutlicht, dass die Verfasser des neuen Rumänischen Gesetzbuches sich außer den vorangehenden Rechtstexten auch an anderen Quellen ausgerichtet haben:

- andere Quellen aus dem nationalen Recht anderer europäischer Staaten,
- andere gemeinschaftliche Rechtsquellen,
- moderne Projekte nationalen und gemeinschaftlichen Rechts,
- europäische Rechtsprechung,
- Rechtslehre europäischer Staaten,

und zwar wie folgt (in der Reihenfolge der Behandlung der einzelnen Bereiche im Neuen Bürgerlichen Gesetzbuch):

- das schweizerische Obligationenrecht,
- das französische Landwirtschaftsgesetzbuch – Code rural,
- die französische Doktrin,
- die Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitznutzungsrechten an Immobilien,
- die UNIDROIT-Grundregeln für Internationale Handelsverträge,
- der Vorentwurf der Reform des Schuldrechts und des Verjährungsrechts (Vorentwurf Catala),
- der Vorentwurf des Europäischen Vertragskodex,
- das Einheitliche Handelsgesetzbuch (Uniform Commercial Code),

- die Grundsätze des Europäischen Rechts – Geschäftsführung ohne Auftrag,
- die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (z. B. das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Simone Leitner gegen TUI Deutschland GmbH & Co. KG vom 12. März 2002 betreffend den immateriellen Schaden),
- die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr,
- die in New York abgeschlossene UN-Konvention von 2001 zur Abtretung von Forderungen im internationalen Handelsverkehr,
- das Bürgerliche Gesetzbuch aus Luxemburg – Code civil du Luxembourg,
- das französische Handelsgesetzbuch – Code de commerce,
- die Rechtsprechung der Provinz Quebec,
- das Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf (Genf, 17. Februar 1983),
- die Richtlinie 86/653/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter,
- die Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates,
- das griechische Bürgerliche Gesetzbuch,
- der englische Gesetzesentwurf über das Verjährungsrecht aus 2001 (Limitation Bill 2001),
- das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch,
- das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- das belgische Gesetz über das internationale Privatrecht (Juli 2004),
- das italienische Gesetz über das internationale Privatrecht (1995),
- das schweizerische Gesetz über das internationale Privatrecht (1987),
- die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht,
- das Haager Übereinkommen zum internationalen Schutz Erwachsener vom 13. April 2000,
- das Haager Übereinkommen über das auf eheliche Güterstände anwendbare Recht aus dem Jahr 1978,
- das Grünbuch der Europäischen Kommission vom 17. Juli 2006 über die Ausarbeitung einer Europäischen Regelung zu den Kollisionsnormen im Güterrecht,

- das Grünbuch der Europäischen Kommission vom 14. März 2005 über das auf die Ehescheidung anwendbare Recht und die Zuständigkeit,
- die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten,
- der Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates, Stand: Oktober 2007,
- das Haager Erbrechtsübereinkommen vom 1. August 1989,
- das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht,
- das Grünbuch der Kommission zum Erb- und Testamentsrecht vom 1. März 2005, angesichts der Ausarbeitung eines Verordnungsentwurfs über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht und die Anerkennung von Entscheidungen in Erbsachen,
- das Genfer Abkommen vom 7. Juni 1930 über die Vereinheitlichung des Wechselrechts,
- das Genfer Abkommen vom 19. März 1931 über das Einheitliche Scheckgesetz,
- das Haager Übereinkommen von 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung.

Bestimmungen all dieser Quellen wurden entweder in der gleichen Form übernommen oder sie wurden abgeändert, um den rumänischen Gegebenheiten angepasst zu werden oder sie haben der Abfassung verschiedener Bestimmungen als Vorlage oder aber als rechtsvergleichende Anhaltspunkte gedient.

Einige wurden unmittelbar aus der Quelle übernommen, andere über das nationale Recht, das sie schon vor der Ausarbeitung des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches übernommen hatte.

Der Großteil der von den Verfassern des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches in Betracht gezogenen gesetzlichen Anhaltspunkte stammt aus dem europäischen Raum und es handelt sich dabei entweder um Normen des nationalen Rechts von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder um gemeinschaftliche Rechtsnormen.

Das vielleicht wichtigste Argument für die europäische Option des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches ist ein mit dem Text verbundenes Argument, da unter Art. 5 des NBGB im Kapitel I des Einleitenden Teils Folgendes eindeutig vorgesehen ist:⁶

ART. 5

Prioritäre Anwendung des Rechts der Europäischen Union

In den durch das vorliegende Gesetzbuch geregelten Sachen findet das Recht der Europäischen Union prioritär Anwendung, der Eigenschaft oder des Status der Parteien ungeachtet.

II. Struktur

Im Folgenden werden wir uns anhand ein paar Beispielen auf die Vorstellung einiger im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse geregelten wichtigen Normen und neuer Institutionen, die vom rumänischen Gesetzgeber unter Bezugnahme auf diese gesetzlichen Anhaltspunkte geschaffen wurden, beschränken.

Als allgemeine Anmerkung ist festzuhalten, dass das Neue Bürgerliche Gesetzbuch die Schuldverhältnisse einheitlich behandelt. Es wurde auf die tradierte Unterteilung in zivil- und handelsrechtliche Verhältnisse verzichtet und dafür eine rechtliche Unterscheidung im Hinblick auf die gewerbsmäßige bzw. nicht-gewerbsmäßige Eigenschaft der Beteiligten am Schuldverhältnis eingeführt. Ebenso wurde auch die Gewährleistung eines entsprechenden Verbraucherschutzes berücksichtigt, was sich in den Bestimmungen über den Abschluss des Vertrages, die Einbeziehung von Standardklauseln in den Vertrag, die Reduzierung der Strafzahlungsklausel und über den Ersatz immateriellen Schadens niederschlägt.

Die Neuerungen sind im V. Buch des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches, unter den Titeln I–VIII enthalten, die sich in nachstehender Reihenfolge folgenden Bereichen widmen: (i) Allgemeine Bestimmungen, (ii) Quellen für Schuldverhältnisse, (iii) Arten von Schuldverhältnissen, (iv) Komplexe Schuldverhältnisse, (v) Erfüllung von Schuldverhältnissen, (vi) Übertragung und Umwandlung von Schuldverhältnissen, (vii) Erlöschen von Schuldverhältnissen und (viii) Rückerstattung von Leistungen, wie folgt:

⁶ Sicherlich steht schon in Art. 148 Abs. 2 der Verfassung, dass das (verbindliche) europäische Recht Anwendungsvorrang genießt und die Exekutive, die Legislative und Richterliche Gewalt dafür Sorge zu tragen haben. Trotzdem ist das ausdrückliche Bekenntnis der neuen Gesetzbücher zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts wichtig *per se*, auch weil neuerdings verschiedene, eher euroskeptische Kräfte die Geltung des EU-Rechts argumentativ einschränken wollen, mit Verweis auf (oft vermeintliche) nationale Identitätsmerkmale der rumänischen Verfassung (obwohl dessen Art. 148 wenig Zweifel aufkommen lassen sollte). Auf nähere Verweise soll hier verzichtet werden.

III. Quellen und Allgemeines zum Vertrag

1. Der Umfang der Schuldverhältnisquellen wurde ausgeweitet, da neben dem Vertrag, dem einseitigen Rechtsgeschäft, der Geschäftsführung, der ungerechtfertigten Bereicherung, der nicht geschuldeten Zahlung und der unerlaubten Handlung „jede sonstige Handlung oder Tatsache, die nach der Rechtsordnung zur Begründung von Schuldverhältnissen geeignet ist“ eingeführt wurde. Es wurde befunden, dass das Gesetz in einer beispielhaften Aufzählung nicht unter den Quellen der Schuldverhältnisse zu erwähnen ist, da es sich um außergewöhnliche Fälle handelt und die Schuldverhältnisse meist nicht unmittelbar aus dem Gesetz entstehen, sondern aus Rechtsgeschäften oder Handlungen, denen das Gesetz diese Wirkung zuerkennt:

ART. 1165

Quellen der Schuldverhältnisse

Schuldverhältnisse entstehen aus Vertrag, aus einseitigem Rechtsgeschäft, aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus nicht geschuldeter Zahlung, aus unerlaubter Handlung oder aus jeder sonstigen Handlung oder Tatsache, die nach der Rechtsordnung zur Begründung von Schuldverhältnissen geeignet ist.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1173 des Italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 1372 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

2. In einer positiven Formulierung wurde die Vertragsfreiheit, nicht lediglich ihre Einschränkungen festgeschrieben:

ART. 1169

Vertragsfreiheit

Die Parteien sind innerhalb der vom Gesetz, der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten auferlegten Grenzen frei, jegliche Verträge zu schließen und deren Inhalte zu bestimmen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art.1:102 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art.1.1 der Unidroit-Grundregeln für Internationale Handelsverträge (im Weiteren die „Unidroit-Grundregeln“), Art.19 des schweizerischen Obligationenrechts, Art.1322 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

3. Eine besondere Stellung wurde der Regelung von Treu und Glauben, einem fundamentalen Grundsatz des Zivilrechts, eingeräumt. Der Grundsatz von Treu und Glauben wird durch die öffentliche Ordnung auferlegt und kann daher durch Vereinbarung der Parteien weder beschränkt noch ausgeschlossen werden:

ART. 1170

Treu und Glauben

Die Parteien haben sowohl bei der Verhandlung und beim Abschluss des Vertrages als auch während der gesamten Vertragserfüllung im Einklang mit den Geboten von Treu und Glauben zu handeln. Die Parteien können diese Pflicht nicht ausschließen oder beschränken.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art.1:201 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art.1.7. und 1.8. der Unidroit-Grundregeln.

4. In Erwägung der zahlreichen praktischen Anwendungen wurde der Rahmenvertrag definiert:

ART. 1176

Der Rahmenvertrag

(1) Der Rahmenvertrag ist eine Vereinbarung, in der die Parteien die Verhandlung, den Abschluss oder die Unterhaltung vertraglicher Beziehungen vereinbaren, deren wesentliche Merkmale durch diesen festgelegt sind.

(2) Die Durchführungsmodalitäten des Rahmenvertrags, insbesondere der Zeitpunkt und der Umfang der Leistungen sowie gegebenenfalls der Preis der Leistungen werden im Wege nachträglicher Vereinbarungen festgelegt.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1102–6 aus dem Vorentwurf der Reform des Schuldrechts und des Verjährungsrechts („Vorentwurf Catala“).

5. Im Abschnitt über den Vertragsabschluss wurden Bestimmungen eingeführt, um ein Festfahren von Vertragsverhältnissen zu vermeiden, wenn die Parteien sich nachträglich nicht über bestimmte sekundäre Aspekte einigen können. Diese ermöglichen die richterliche Ergänzung der Einwilligung hinsichtlich Aspekten, die nachträglichen Verhandlungen vorbehalten waren oder der Entscheidung einer dritten Person überlassen wurden. Die richterliche Vertragsergänzung greift natürlich nur, falls die Parteien nicht eine andere Regelung zur Füllung der Vertragslücken getroffen haben:

ART. 1182

Der Vertragsabschluss

(1) Der Vertrag wird im Wege von Verhandlungen zwischen den Parteien oder durch die vorbehaltlose Annahme eines Angebots zum Vertragsabschluss abgeschlossen.

(2) Es ist ausreichend, wenn die Parteien sich über die wesentlichen Elemente des Vertrages einigen, selbst wenn sie sekundäre Elemente einer Einigung weiteren Verhandlungen oder der Bestimmung durch eine dritte Person überlassen.

(3) Wenn die Parteien gemäß den unter Abs. (2) vorgesehenen Bedingungen keine Vereinbarung über die sekundären Elemente erreichen oder die dritte Person, welcher deren Bestimmung überlassen wurde, keine Entscheidung trifft, entscheidet das Gericht auf Antrag einer jeglichen Partei, den Umständen nach, über die Ergänzung des Vertrages unter Berücksichtigung der Natur desselben und der Absicht der Parteien.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Zum Abs. (3) – Art. 2 des schweizerischen Obligationsrechts, Art. 2.1.14 und Art. 4 der Unidroit-Grundregeln.

IV. Verhandlungen sowie Standardvertragsklauseln

6. Im gleichen Abschnitt wurden Treu und Glauben bei Verhandlungen, die Vertraulichkeit bei vorvertraglichen Verhandlungen, die Standardvertragsklauseln und die überraschenden Klauseln geregelt.

a) Artikel 1183 befasst sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben bei Verhandlungen und stellt den Grundsatz der Vertragsfreiheit mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Einklang. So darf eine Partei Verhandlungen nicht treuwidrig führen, wenn sie in selbige beispielsweise in der Absicht eintritt, keine Vereinbarung abzuschließen. Des Weiteren kann eine Partei, wenn Verhandlungen hinreichend fortgeschritten sind, selbige nicht unangebracht und unbegründet abbrechen. Die vorvertragliche Haftung ist auf die von der jeweils anderen Partei im Zuge der Verhandlungen getragenen Ausgaben und auf die durch die entgangene Gelegenheit zum Abschluss eines anderen Vertrages entstandenen Schäden beschränkt. Die treuwidrig handelnde Partei ist aber nicht angehalten, die andere Partei für den in Folge des nicht abgeschlossenen Vertrages entgangenen Gewinn zu entschädigen:

ART. 1183

Treu und Glauben bei Verhandlungen

(1) Die Parteien sind frei, Verhandlungen einzuleiten, zu führen und abzubreaken und haften nicht, wenn keine Einigung erzielt wird.

(2) Eine Partei, die eine Verhandlung eingeht, hat die Gebote von Treu und Glauben einzuhalten. Die Parteien können diese Pflicht nicht ausschließen oder beschränken.

(3) Ein Verstoß gegen die Gebote von Treu und Glauben liegt unter anderem dann vor, wenn eine Partei Verhandlungen einleitet oder diese fortsetzt, ohne tatsächlich den Vertrag abzuschließen zu beabsichtigen.

(4) Eine Partei, die treuwidrig Verhandlungen einleitet, fortsetzt oder abbricht, haftet für die Schäden, die der anderen Partei daraus entstanden sind. Zwecks Ermittlung dieser Schäden werden die mit den Verhandlungen angefallenen Ausgaben, der Verzicht der anderen Partei auf andere Angebote und jegliche ähnliche Umstände in Betracht gezogen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 2.301 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 2.1.15 der Unidroit-Grundregeln, Art. 6 (4) des Vorentwurfs des Europäischen Vertragskodex.

b) Art. 1202 und 1203 befassen sich mit der Einbeziehung von Standardvertragsklauseln in Verträge. Standardvertragsklauseln sind sämtliche für allgemeine und wiederholte Benutzung durch eine Partei vorbereiteten Klauseln, die ohne Verhandlung mit der anderen Partei effektiv verwendet werden. Die Bestimmungen der Art. 1202–1203 finden ungeachtet der Tatsache Anwendung, ob diese Klauseln von der diese benutzenden Partei, einer anderen Person oder einer Gruppe von Personen (wie beispielsweise Berufsverbände) abgefasst wurden. Gleichgültig ist auch die Art, in der diese Klauseln in den Vertrag integriert sind, ihre Bedeutung oder ihre Art (es können Hauptklauseln sein, die beispielsweise den Umfang der Leistungen bestimmen oder, ganz im Gegenteil, Nebenklauseln wie Schiedsklauseln oder strafrechtliche Klauseln). Der Abschluss von Verträgen durch Einbeziehung von Standardvertragsklauseln untersteht den allgemeinen Regelungen. Der Vertrag wird nur bei Vorliegen der Willenserklärungen der Parteien abgeschlossen. Das Vorliegen und die Art der Einholung der Willenserklärungen sind eine faktische Angelegenheit:

ART. 1202

Standardvertragsklauseln

(1) Vorbehaltlich der Bestimmungen des Art. 1.203 finden die Bestimmungen des vorliegenden Abschnitts auch dann entsprechend Anwendung, wenn beim Vertragsabschluss Standardvertragsklauseln benutzt werden.

(2) Standardvertragsklauseln sind Klauseln, die im Voraus von einer Partei zwecks allgemeiner und wiederholter Benutzung festgelegt worden sind und die ohne Verhandlung mit der anderen Partei in den Vertrag aufgenommen sind.

(3) Verhandelte Klauseln haben Vorrang vor den Standardvertragsklauseln.

(4) Wenn beide Parteien Standardvertragsklauseln benutzen und sich hinsichtlich dieser nicht einigen können, wird der Vertrag trotzdem aufgrund der vereinbarten Klauseln und jeglicher nach dem Inhalt gemeinsamer Standardvertragsklauseln abgeschlossen, außer wenn eine Partei die jeweils andere Partei entweder vor oder unmittelbar nach dem Abschluss des Vertrages davon in Kenntnis setzt, dass sie sich durch einen derartigen Vertrag nicht zu verpflichten beabsichtigt.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 2.1.19 der Unidroit-Grundregeln, die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts.

c) Einmal in den Vertrag integriert, ist eine Standardvertragsklausel wie jegliche sonstige Vertragsklausel wirksam, ungeachtet der Tatsache, ob der anderen Partei deren Auswirkungen bekannt sind oder sie selbige im Detail versteht.

In Erwägung der Tatsache, dass die Partei, die Standardvertragsklauseln einsetzt, dadurch einen unlauteren Vorteil zum Nachteil der jeweils anderen Partei erzielen könnte, werden durch Art. 1203 bestimmte Einschränkungen auferlegt.

So wird vorgesehen, dass bestimmte Standardvertragsklauseln, die durch ihren Inhalt der vorschlagenden Partei einen bedeutenden Vorteil gewähren, nur dann in den Vertrag aufgenommen werden können, wenn sie von der anderen Partei ausdrücklich akzeptiert wurden:

ART. 1203

Überraschende Klauseln

Standardvertragsklauseln, die zu Gunsten der vorschlagenden Partei die Einschränkung der Haftung, das Recht zur einseitigen Kündigung, zur Suspendierung der Pflichterfüllung oder zum Nachteil der anderen Partei den Rechtsverlust oder die vorzeitige Fälligkeit, die Einschränkung des Rechts auf Vorbringung von Ausnahmen, die Einschränkung der Freiheit, mit anderen Verträge abzuschließen, die stillschweigende Vertragsverlängerung, das geltende Recht, Schiedsklauseln oder Klauseln, im Wege derer von der Zuständigkeit der Gerichte abgewichen wird, vorsehen, sind unwirksam, außer wenn sie von der anderen Partei ausdrücklich und schriftlich angenommen worden sind.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 2.1.20 der Unidroit-Grundregeln.

V. Irrtum

7. In der Hinsicht des Willensmangels wurde das Modell der modernen Gesetzgebungen befolgt und vorgesehen, dass einzig der wesentliche Irrtum den Weg für die Nichtigkeitsklage gegen den Vertrag öffnet und dass die subjektiven Gründe, die dem wirtschaftlichen Vertragszweck fremd sind, nicht Teil der Willenserklärung sind, so dass ein Irrtum in ihrer Hinsicht nicht als wesentlich gilt, außer wenn ihnen die Bedeutung von entscheidenden Gründen zugemessen wurde:

ART. 1207

Irrtum

(1) Die Partei, die sich bei Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befand, kann um die Nichtigerklärung des Vertrages ersuchen, wenn die andere Partei wusste oder hätte wissen müssen, dass die dem Irrtum unterliegende Tatsache für den Vertragsabschluss wesentlich war.

(2) Ein Irrtum ist wesentlich:

1. wenn er die Art oder den Gegenstand des Vertrages betrifft;

2. wenn er die Identität oder eine Eigenschaft des Leistungsgegenstandes oder einen sonstigen Umstand betrifft, der von den Parteien als ausschlaggebend angesehen wird und in dessen Abwesenheit es nicht zum Abschluss des Vertrages gekommen wäre;

3. wenn er die Identität oder eine Eigenschaft der Person betrifft, in deren Abwesenheit es nicht zum Abschluss des Vertrages gekommen wäre;

(3) Ein Rechtsirrtum ist wesentlich, wenn er eine nach dem Willen der Parteien für den Vertragsabschluss entscheidende Rechtsnorm betrifft.

(4) Der Irrtum, der die einfachen Gründe des Vertrages betrifft, ist nicht wesentlich, außer wenn solche Gründe durch den Willen der Parteien für entscheidend befunden wurden.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1428–1429 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 4.103 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 3.5 der Unidroit-Grundregeln.

8. Im gleichen Bereich wurde auch der übernommene Irrtum geregelt. Art. 1209 legt fest, dass die Partei, die das Risiko des Irrtums übernommen hat oder nach den Umständen selbiges hätte tragen müssen, wie beispielsweise bei Verträgen spekulativer Art, nicht um die Nichtigerklärung des Vertrages ersuchen kann:

ART. 1209

Übernommener Irrtum

Ein Vertrag wird wegen eines Irrtums, der von der sich darauf berufenden Partei übernommen wurde oder nach den Umständen von ihr getragen werden sollte, nicht für nichtig erklärt.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 4.103 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 3.5 der Unidroit-Grundregeln.

9. Es wurde die Unterscheidung zwischen zwei Arten von Irrtümern eingeführt: dem tatsächlichen Berechnungsirrtum (mathematischer Berechnungsirrtum auf-

grund konkreter Daten) und dem Irrtum über den Umfang, bestehend in der falschen Darstellung der Wirklichkeit hinsichtlich der arithmetischen Daten oder mathematischen Formeln, die der Berechnung zu Grunde liegen. Letzterer kann zur Nichtigklärung des Vertrages führen, wenn er wesentlich ist. Art. 1210 zieht die Möglichkeit der falschen Bewertung der eigenen Interessen durch eine der Parteien nicht in Betracht:

ART. 1210

Berechnungsirrtum

Der Berechnungsirrtum führt nicht zur Nichtigklärung des Vertrages, sondern nur zur Berichtigung, außer er erweist sich als Irrtum über den Umfang und war für die Einwilligung ausschlaggebend. Der Berechnungsirrtum ist auf Antrag einer jeglichen Partei zu berichtigen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 24 des schweizerischen Obligationenrechts, Art. 1430 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

10. Im gleichen Zusammenhang wurde auch der Erklärungs- oder Übermittlungsirrtum geregelt. Festgelegt wurden die anwendbaren Regeln, wenn zwischen der Willenserklärung und der Absicht des Erklärenden eine unbewusste Unstimmigkeit besteht, wie im Falle des Irrtums über die Erklärung selbst und des Irrtums über den Inhalt der Willenserklärung:

ART. 1211

Erklärungs- oder Übermittlungsirrtum

Die Vorschriften über den Irrtum finden auch dann entsprechende Anwendung, wenn der Irrtum die Willenserklärung betrifft oder wenn die Erklärung durch eine andere Person oder durch Fernkommunikationsmittel unrichtig übermittelt wurde.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art.4.104 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art.119 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 27 des schweizerischen Obligationenrechts, Art. 141 des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 1433 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

11. Die Berufung auf einen Irrtum hat in jedem Fall und seiner Art ungeachtet nach den Geboten von Treu und Glauben zu erfolgen:

ART. 1212

Berufung auf Irrtum nach Treu und Glauben

Die Berufung auf Irrtum ist für die benachteiligte Partei unstatthaft, wenn sie Treu und Glauben widerspricht.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 25 des schweizerischen Obligationenrechts, Art. 148 des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuches an.

12. Was die Täuschung anbelangt, wurde die von einem Dritten verübte Täuschung geregelt, und es wurde unterschieden zwischen der von einem Vertreter der einen Partei verübten Täuschung und der von einem Dritten verübten Täuschung,

d. h. von einer Person, die mit keiner der Parteien verbunden ist und aus einer Zusammenarbeit mit ihnen keinen Nutzen zieht.

Die von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung ermöglicht es der getäuschten Partei nur dann um die Nichtigkeitserklärung des Vertrages anzusuchen, wenn die andere Partei zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen müssen:

ART. 1215

Absichtliche Täuschung durch einen Dritten

(1) Die von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung hindert die Verbindlichkeit für die getäuschte Partei nur, wenn die andere Partei zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen müssen.

(2) Der Nichtigkeitserklärung des Vertrages ungeachtet, haftet der Urheber der absichtlichen Täuschung für die eventuell entstehenden Schäden.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 28 des Schweizerischen Obligationenrechts, Art. 148 des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

13. Hinsichtlich der Gewalt wurden die Androhung der Ausübung eines Rechts und die von einem Dritten ausgeübte Gewalt geregelt.

a) Hinsichtlich der Androhung wird zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger Androhung unterschieden. Während die unrechtmäßige Androhung immer unerlaubt ist, ist die Androhung der Ausübung eines Rechts nur dann unerlaubt, wenn sie mit dem Zweck der Erlangung eines dem angerufenen Recht nicht entsprechenden Vorteils ausgeübt wird. Die Androhung der Ausübung eines Rechts gilt nur dann als Gewalt, wenn damit die Erlangung eines übermäßigen Vorteils verfolgt wird:

ART. 1217

Androhung der Ausübung eines Rechts

Als Gewalt gilt auch die Furcht vor der Geltendmachung eines Rechtes mit dem Zweck der Erlangung unlauterer Vorteile.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 29 des schweizerischen Obligationenrechts, Art. 1114–1 des Vorentwurfs Catala, Art. 1438 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

b) Im Unterschied zur absichtlichen Täuschung begründet selbst die von einem Dritten ausgeübte Gewalt eine Nichtigkeitserklärung, auch wenn der Vertrag nach den Geboten von Treu und Glauben abgeschlossen wurde. Die Gewalt hat eine *ad-rem*-Wirkung, da im Unterschied zur absichtlichen Täuschung das Opfer keinen eigenen Willen hat, sondern den Vertrag abschließt, indem es sich für das kleinere Übel entscheidet. Das Opfer kann natürlich gegen den Urheber der Gewalt eine Schadenersatzklage erheben:

ART. 1220

Von einem Dritten ausgeübte Gewalt

(1) Gewalt begründet auch dann die Nichtigkeitserklärung des Vertrages, wenn sie von einem Dritten ausgeübt wird, aber nur wenn die Partei, deren Willenserklärung nicht beeinträchtigt

worden ist, die vom Dritten ausgeübte Gewalt kannte oder nach Umständen hätte kennen müssen.

(2) Der Nichtigerklärung des Vertrages ungeachtet, haftet der Urheber der Gewalt für die eventuell entstehenden Schäden.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 3.11 der Unidroit-Grundregeln, Art. 29 des schweizerischen Obligationenrechts, § 123 (1) des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

VI. Unangemessene Ausnutzung

14. Das Konzept der unangemessenen Ausnutzung ist generell berufen, die benachteiligte Partei in einem Vertragsverhältnis zu schützen und die durch das unrichtige Verhalten der anderen Partei hervorgerufenen schweren vertraglichen Missverhältnisse zu beheben.

Im Lichte der modernen Regelungen, einschließlich der Projekte zur Vereinheitlichung des Privatrechts auf europäischer und weltweiter Ebene, wurde der Anwendungsbereich der unangemessenen Ausnutzung ausgeweitet. In der zeitgenössischen Gesellschaft ist es tatsächlich geboten, dass der Gesetzgeber die Partei, die sich gegenüber den von der stärkeren Partei verübten Missbräuchen wirtschaftlich oder informationell bedeutend im Nachteil befindet, schützt.

Die unangemessene Ausnutzung setzt die Erfüllung mehrerer objektiver und subjektiver Bedingungen voraus:

- (i) Objektiv gesehen, muss ein objektives und offensichtliches Missverhältnis zwischen den versprochenen Leistungen bestehen. Das Vertragsverhältnis wird so untersucht, wie es zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses besteht, ohne die im Laufe der Vertragserfüllung eingetretenen Missverhältnisse in Betracht zu ziehen. Das Missverhältnis hat unter Beachtung der Marktlage, der Lauterkeit des Handels, der zwischen Gewerbetreibenden üblichen Preisen usw. objektiv zu sein. Der tatsächliche Wert wird nicht in die Berechnung einbezogen und kann nicht den Gegenstand von unangemessenen Ausnutzungshandlungen darstellen. Das Missverhältnis muss offensichtlich, d.h. für jeden sichtbar und in der Größenordnung außerordentlich sein (siehe in diesem Sinne die durch Art. 1222 auferlegte Einschränkung).
- (ii) Aus subjektiver Sicht konkretisiert das Gesetz den Willensfehler durch mehrere typische Situationen (Notlage, Unerfahrenheit oder Unwissenheit der anderen Partei).

Wesentlich ist die Anmerkung, dass das einfache wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Parteien wegen der Marktbedingungen nicht ausreicht, um den Vertrag als durch unangemessene Ausnutzung behaftet zu befinden.

Es ist unwichtig, ob das Opfer sich wegen eigenen Verschuldens in dieser Lage befindet.

Die andere Partei muss diese Lage kennen und die Absicht haben, diesen Umstand auszunutzen, um der anderen Partei unverhältnismäßige Leistungen aufzuerlegen.

Im Unterschied zur absichtlichen Täuschung unternimmt der „Begünstigte“ der unangemessenen Ausnutzung keine Handlungen, um den Willen des Opfers zu beeinflussen, sondern er nutzt dessen Lage aus, um einen übermäßigen Gewinn zu erzielen. Daher kann es sich nicht um eine Ausnutzung handeln, wenn die andere Partei frei und bewusst einer ungleichen Leistung zustimmt:

ART. 1221

Unangemessene Ausnutzung

(1) Eine unangemessene Ausnutzung liegt vor, wenn die eine Partei unter Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder der Unwissenheit der anderen eine Leistung zu ihren Gunsten oder zu Gunsten einer anderen Person festlegt, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einem offenbaren Missverhältnis zur eigenen Gegenleistung steht.

(2) Eine unangemessene Ausnutzung wird auch nach der Art und dem Zweck des Vertrages beurteilt.

(3) Eine unangemessene Ausnutzung kann auch dann vorliegen, wenn ein Minderjähriger im Verhältnis zu seiner Vermögenslage, zu den Vorteilen aus dem Vertrag und zur Gesamtheit der Umstände eine übermäßige Verpflichtung eingeht.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 4.109 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 3.10 der Unidroit-Grundregeln, Art. 21 des schweizerischen Obligationenrechts, § 138 (2) des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die Nichtigkeitserklärung des Vertrages wegen unangemessener Ausnutzung ist berufen, schwerwiegende vertragliche Ungleichheiten zu bestrafen. Art. 1222 Abs. (2) bietet ein Beurteilungskriterium für die Schwere der unangemessenen Ausnutzung und legt gleichzeitig eine Grenze für den gerichtlichen Eingriff fest. Besteht die vertragliche Ungleichheit zum Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr, sind die Nichtigkeitserklärung des Vertrages und die Erstattung der Leistungen nicht länger gerechtfertigt. Der Vertrag wird nicht aufgehoben, wenn die andere Partei die Minderung der Leistungen und die Wiederherstellung des vertraglichen Gleichgewichts nach den Geboten von Treu und Glauben akzeptiert. Mangels einer Einigung zwischen den Parteien, fällt die Aufgabe der Wiederherstellung des vertraglichen Gleichgewichts oder der Vertragsaufhebung dem Gericht zu:

ART. 1222

Strafe

(1) Die Partei, deren Willenserklärung durch eine unangemessene Ausnutzung beeinträchtigt wurde, kann nach eigenem Ermessen um die Nichtigkeitserklärung des Vertrages oder um Minderung seiner Pflichten mit dem Wert des ihr zustehenden Schadenersatzes ersuchen.

(2) Mit Ausnahme des unter Art. 1.221 Abs. (3)⁷ vorgesehenen Falles ist eine Nichtigkeitsklage nur dann zulässig, wenn die unangemessene Ausnutzung die Hälfte des zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelten Wertes der von der beeinträchtigten Partei versprochenen oder erbrachten Leistung übersteigt. Das Missverhältnis hat bis zum Zeitpunkt der Einbringung der Nichtigkeitsklage fortzudauern.

(3) Das Gericht kann in sämtlichen Fällen den Vertrag aufrechterhalten, falls die andere Partei zu einer angemessenen Minderung ihrer eigenen Forderung oder, je nach Fall, zu einer Erhöhung der eigenen Pflicht bereit ist. Die Bestimmungen des Art. 1.213 über die Anpassung des Vertrages finden entsprechend Anwendung.⁸

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art.4.109 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art.1448 und 1450 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 150 des brasilianischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

VII. Unmöglichkeit sowie Eigentum Dritter

15. In Hinsicht des Vertragsgegenstandes wurde sowohl die Tatsache geregelt, dass die anfängliche Unmöglichkeit des Gegenstandes der Verpflichtung nicht immer zur Nichtigkeit des Vertrages führt, als auch der Umstand, dass ein Vertrag auch die Vermögenswerte eines Dritten zum Gegenstand haben kann.

a) Es wurde vorgesehen, dass die anfängliche Unmöglichkeit des Gegenstandes der Verpflichtung nicht immer zur Nichtigkeit des Vertrages führt:

ART. 1227

Anfängliche Unmöglichkeit des Gegenstandes der Verpflichtung

Die bloße Tatsache, dass bei Vertragsabschluss die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung für eine Partei unmöglich war, berührt nicht die Gültigkeit des Vertrages, außer wenn im Gesetz etwas anderes vorgesehen ist.

⁷ Art. 1221 Abs. (3): Eine unangemessene Ausnutzung kann auch dann vorliegen, wenn ein Minderjähriger im Verhältnis zu seiner Vermögenslage, zu den Vorteilen aus dem Vertrag und zur Gesamtheit der Umstände eine übermäßige Verpflichtung eingeht.

⁸ Art. 1213 – Anpassung des Vertrags:

(1) Ist eine Partei berechtigt, den Vertrag wegen eines Fehlers anzufechten, aber die andere Partei erklärt, dass sie bereit ist, den Vertrag nach dem Verständnis der zur Anfechtung berechtigten Partei auszuführen oder führt diesen danach aus, gilt der Vertrag als nach dem Verständnis der letztgenannten Partei abgeschlossen.

(2) In diesem Fall, nachdem sie von der zur Anfechtung berechtigten Partei über deren Vertragsverständnis in Kenntnis gesetzt wurde und bevor diese die Nichtigerklärung erwirkt hat, ist die andere Partei angehalten, sich binnen höchstens 3 Monaten ab dem Datum der Inkennnissetzung oder ab Zugang der Klageschrift mit der Erfüllung des Vertrags für einverstanden zu erklären oder den Vertrag umgehend zu erfüllen, so wie selbiger von der sich im Irrtum befindlichen Partei verstanden wurde.

(3) Wurde die Erklärung abgegeben und an die sich im Irrtum befindliche Partei innerhalb der unter Abs. (2) vorgesehenen Frist übermittelt, erlischt das Recht auf Erwirkung der Nichtigerklärung und die unter Abs. (2) vorgesehene Inkennnissetzung gilt als unwirksam.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 4.102 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 3.3 der Unidroit-Grundregeln.

b) Es wurde die Möglichkeit des Vertragsabschlusses über Vermögensgegenstände, die zum Zeitpunkt der Abschließung des Vertrages einem Dritten gehören, vorgesehen. Durch Artikel 1230 wird eine Kontroverse in Übereinstimmung mit den Lösungen moderner Gesetzgebungen, den internationalen Übereinkommen und den Projekten zur Vereinheitlichung des Privatrechts gelöst. Die von einer Person eingegangene Pflicht zur Übertragung des Besitzes über einen Vermögenswert ist dessen ungeachtet gültig, ob die jeweilige Person bei Vertragsabschluss zur Verfügung über die Vermögenswerte befugt war oder nicht, da im Wege der Vereinbarung keine dinglichen Rechte übertragen oder begründet werden:

ART. 1230

Die Vermögenswerte eines Dritten

Sofern durch das Gesetz nichts anderes bestimmt ist, können die Vermögenswerte eines Dritten den Gegenstand einer Leistung darstellen, wobei der Schuldner angehalten ist, diese zu beschaffen und an den Gläubiger zu übertragen oder, je nach Fall, die Zustimmung des Dritten einzuholen. Bei Nichterfüllung der Pflicht, haftet der Schuldner für die verursachten Schäden.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 4.102 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 3.3 der Unidroit-Grundregeln, Art. 20 des schweizerischen Obligationenrechts.

VIII. Veränderte Umstände sowie Kündigung eines Vertrags auf unbestimmte Zeit

16. Eine Neuheit in der Hinsicht der Wirkungen des Vertrages stellt die Regelung der veränderten Umstände als Ausnahme von der Bindungswirkung des Vertrages dar. Die Rechtslehre und die Rechtsprechung haben die Notwendigkeit der Anpassung von Verträgen (vor allem der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträge) festgestellt, wenn die Erfüllung des Vertrages durch eine außerordentliche Veränderung der Umstände für eine Partei übermäßig belastend wird und dadurch das Gleichgewicht der Leistungen grundlegend verändert. Damit veränderte Umstände eintreten, ist es zuerst notwendig, dass die Erfüllung der Pflichten für eine Partei übermäßig belastend wird. Veränderte Umstände können eintreten, weil sich die mit der Erfüllung der eigenen Leistung zusammenhängenden Kosten erhöht haben oder weil der Wert der Gegenleistung sich objektiv und übermäßig vermindert hat. Außerdem muss die vertragliche Ungleichheit durch ein nach Vertragsschluss eingetretenes Ereignis verursacht worden sein. Um als Grundlage für veränderte Umstände in Frage zu kommen, hat das Ereignis überdies unerwartet einzutreten, d. h. es hätte von der betroffenen Partei vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden können. Schließlich darf die betroffene Partei das Risiko des Ereignisses nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingegangen sein. Die Übernahme des Ereignisrisikos kann

sich aus der Art des abgeschlossenen Vertrages selbst ergeben. Veränderte Umstände können nur in Verbindung mit den von der betroffenen Partei nicht erfüllten Leistungen behauptet werden. Sind die Bedingungen für veränderte Umstände erfüllt, kann eine Partei, wobei es für gewöhnlich die betroffene Partei ist, bei der anderen um Verhandlung zwecks Anpassung des Vertrages ansuchen.

Die Parteien sind angehalten, sowohl bei der Eröffnung als auch während der Verhandlungen nach Treu und Glauben zu handeln:

ART. 1271

Veränderte Umstände

(1) Vertragliche Verpflichtungen sind von den Parteien zu erfüllen, auch wenn die Erfüllung belastender geworden ist, sei es, weil sich die Kosten der Leistung erhöht haben oder weil der Wert der Gegenleistung sich vermindert hat.

(2) Wird jedoch die Erfüllung des Vertrages durch eine außerordentliche Veränderung der Umstände übermäßig belastend, so dass ein Anhalten des Schuldners zur Pflichterfüllung offensichtlich ungerecht wäre, so kann das Gericht

- a) den Vertrag so anpassen, dass die Verluste und Gewinne, die sich aus der Veränderung der Umstände ergeben, unter den Parteien in gerechter und billiger Weise verteilt werden;
- b) den Vertrag zu einem Zeitpunkt und zu Bedingungen aufheben, die vom Gericht zu bestimmen sind.

(3) Die Bestimmungen von Abs. (2) finden nur Anwendung, wenn

- a) die Veränderung der Umstände nach Vertragsschluss eingetreten ist;
- b) die Veränderung der Umstände sowie das Ausmaß dieser Veränderung vernünftigerweise zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht in Betracht gezogen werden konnten;
- c) die betroffene Partei das Risiko einer Veränderung der Umstände nicht eingegangen ist und es vernünftigerweise auch nicht angenommen werden konnte, dass sie dieses Risiko eingegangen wäre;
- d) die betroffene Partei innerhalb einer vernünftigen Frist und nach Treu und Glauben versucht hat, die vernünftige und gerechte Anpassung des Vertrages zu verhandeln.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 6.111 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts., Art. 6.2.3 der Unidroit-Grundregeln

17. Im gleichen Abschnitt ist auch die Kündigung als Möglichkeit zur Beendigung eines auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrages jeglicher Art geregelt. Da der zeitweilige Charakter der Pflichten eine Grundregel des Schuldrechts ist, kann unter solchen Umständen jede Partei dem Vertrag mit einer angemessenen Kündigungsfrist ein Ende setzen. Die Angemessenheit wird nach den tatsächlichen Umständen beurteilt, wie z. B. der Vertragslaufzeit, der Bedeutung der Investitionen, der für den Abschluss eines Ersatzgeschäfts erforderlichen Zeit:

ART. 1277

Vertrag auf unbestimmte Zeit

Ein Vertrag auf unbestimmte Zeit kann von jeder Partei mit angemessener Frist gekündigt werden. Jegliche widrige Klausel oder die Festlegung einer Leistung im Gegenzug zur Vertragskündigung gelten als ungeschrieben.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 6.109 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 5.1.8 der Unidroit-Grundregeln.

IX. Optionsrecht, Versprechen zum Vertragsabschluss

18. Unter dem Einfluss des italienischen Rechts ist, im gleichen Abschnitt über die Wirkungen des Vertrages zwischen den Parteien auch das Optionsrecht geregelt, um den Anforderungen der Praxis gerecht zu werden:

ART. 1278

Optionsrecht

(1) Vereinbaren die Parteien, dass eine von ihnen an die eigene Erklärung gebunden bleibt und die andere befugt ist, diese anzunehmen oder nicht, so gilt die Erklärung der ersteren hinsichtlich der von Artikel 1.191 vorgesehenen Wirkungen als unwiderruflicher Antrag.

(2) Wurde von den Parteien für die Annahme keine Frist gesetzt, so kann eine solche durch das Gericht im Wege einer einstweiligen Verfügung und mit Vorladung der Parteien festgesetzt werden.

(3) Das Optionsrecht hat sämtliche Elemente des von den Parteien beabsichtigten Vertrages zu enthalten, so dass dieser im Wege der einfachen Annahme durch den Begünstigten der Option abgeschlossen werden kann.

(4) Der Vertragsabschluss erfolgt durch Ausübung der Option in dem Sinne, dass der Begünstigte die Willenserklärung der anderen Partei zu den im Optionsrecht vereinbarten Bedingungen akzeptiert.

(5) Sowohl das Optionsrecht als auch die Annahmeerklärung sind in der Form abzuschließen, die für den von den Parteien beabsichtigten Vertrag gesetzlich vorgeschrieben ist.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1331 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

19. Im selben Abschnitt ist, ebenfalls unter dem Einfluss des italienischen Rechts, das Versprechen zum Vertragsabschluss geregelt:

ART. 1279

Versprechen zum Vertragsabschluss

(1) Das Versprechen zum Vertragsabschluss hat sämtliche Klauseln des versprochenen Vertrages zu enthalten, in deren Abwesenheit die Parteien das Versprechen nicht erfüllen könnten.

(2) Bei Nichterfüllung des Versprechens hat der Begünstigte Anrecht auf Schadenersatz.

(3) Gleichfalls, wenn derjenige, der einen Vertrag abzuschließen verpflichtet ist, diese Verpflichtung nicht erfüllt, kann die andere Partei, die ihren Pflichten nachgekommen ist, ein

Urteil erlangen, das die Wirkungen des nicht abgeschlossenen Vertrages erzeugt, wenn die Art des Vertrages dies zulässt und wenn die gesetzlichen Anforderungen für dessen Gültigkeit erfüllt sind. Die Bestimmungen des vorliegenden Absatzes sind im Falle von Versprechen zum Abschluss von dinglichen Verträgen nicht anwendbar, wenn durch das Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(4) Die Vereinbarung, im Wege derer die Parteien sich zu Verhandlungen zwecks Abschluss oder Änderung eines Vertrages verpflichten, gilt nicht als Versprechen zum Vertragsabschluss.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Zum Abs. (3) – Art. 2932 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

X. Dritte

20. In dem Abschnitt über die Wirkungen des Vertrages gegenüber Dritten sind, teils unter dem Einfluss des italienischen Rechts, die Wirkungen des Versprechens der Handlung eines Dritten geregelt:

ART. 1283

Wirkungen

(1) Wer den Abschluss oder die Ratifizierung eines Dokuments durch einen Dritten versprochen hat, ist verpflichtet, den anderen Vertragsteil zu entschädigen, wenn der Dritte es ablehnt, sich zu verpflichten, oder, falls er sich auch als Bürge verpflichtet hat, der Dritte die versprochene Handlung nicht vornimmt.

(2) Der Versprechensgeber haftet aber nicht, sofern er die Erfüllung der Pflicht des Dritten gewährleistet, ohne dass dem Gläubiger irgendein Schaden anfällt.

(2) Die Absicht des Versprechensgebers zur persönlichen Verpflichtung wird nicht angenommen, sondern diese muss eindeutig aus dem Vertrag oder den Umständen, unter denen dieser abgeschlossen wurde, ersichtlich sein.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Zum Abs. (3) – Art. 1381 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

21. Im Abschnitt über die Vertretung werden die Bedingungen und Wirkungen der Vertretung, vor allem die Wirkungen von Handlungen, die von einem Vertreter ohne Angabe seines Namens oder in dessen Abwesenheit oder außerhalb des Umfangs seiner Vertretungsmacht abgeschlossen werden, geklärt.

a) Im Art. 1297 sind die gesetzlichen Folgen der verdeckten Vertretung festgehalten:

ART. 1297

Verdeckte Vertretung

(1) Wenn ein Vertreter innerhalb des Umfangs seiner Vertretungsmacht einen Vertrag abschließt und der Dritte weder wusste noch hätte wissen müssen, dass der Vertreter als Vertreter handelt, sind durch diesen Vertrag lediglich der Vertreter und der Dritte verpflichtet, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt.

(2) Wenn jedoch ein solcher Vertreter einen Vertrag für ein Unternehmen mit einem Dritten innerhalb des Umfangs seiner Vertretungsmacht schließt und sich selbst als Eigentümer des Unternehmens ausgibt, kann der Dritte, wenn er nachträglich den wahren Eigentümer des Unternehmens entdeckt, auch gegen diesen die Rechte geltend machen, die er gegen den Vertreter hat.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 2.2.4 der Unidroit-Grundregeln.

b) Ebenfalls in Übereinstimmung mit den Unidroit-Grundregeln sind auch die Wirkungen von Handlungen, die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht oder außerhalb des Umfangs seiner Vertretungsmacht abgeschlossen werden, geregelt. Geklärt wurde auch die Frage des scheinbaren Vertreters im Geiste der Wahrung von Treu und Glauben:

ART. 1309

Vertretung ohne oder mit Überschreitung der Vertretungsmacht

(1) Wenn ein Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag abschließt oder dabei seine Vertretungsmacht überschreitet, entfaltet ein solcher Vertrag keine Wirkung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten.

(2) Wenn jedoch der Vertretene dem Dritten berechtigten Anlass gibt zu glauben, dass der Vertreter befugt ist, für den Vertretenen zu handeln, und dass der Vertreter innerhalb des Umfangs seiner Vertretungsmacht handelt, kann sich der Vertretene gegenüber dem Dritten nicht auf die fehlende Vertretungsmacht des Vertreters berufen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 2.2.5 der Unidroit-Grundregeln.

22. In dem der Abtretung des Vertrages gewidmeten Abschnitt ist die vertragsmäßige Abtretung des Schuldverhältnisses vorgesehen, also sowohl der passiven als auch der aktiven Seite. Die einfache Willenserklärung zwischen Zedent und Zessionar ist nicht ausreichend, da, um die Abtretung des Vertrages zu vollziehen, auch die Zustimmung der anderen Partei erforderlich ist:

ART. 1315

Begriff

(1) Jede Partei kann, wenn die andere Partei dem zustimmt,⁹ an ihrer Stelle einen Dritten in die aus einem Vertrag stammenden Beziehungen einsetzen, wenn die Leistungen noch nicht vollständig erbracht worden sind.

(2) Ausnahmen von diesem Grundsatz bestehen nach Maßgabe des Gesetzes.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art.1406 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 1165–5 des Vorentwurfs Catala, Art. 9.3.2 der Unidroit-Grundregeln.

⁹ Nach Art. 1317 des NBGB kann eine Partei der Vertragsabtretung durch die andere Partei vorab zustimmen.

XI. Inhalt der Schuld

23. Hinsichtlich der freiwilligen Pflichterfüllung wird zwischen der rechtlichen Pflicht zum Einsatz aller Kräfte und der Pflicht, einen Erfolg zu erzielen, unterschieden. Die Art der Pflicht hat Einfluss auf die Art, in der die Nichterfüllung beurteilt wird. Im Falle der Pflicht, einen Erfolg zu erzielen, stellt das Nichterzielen des Erfolgs Nichterfüllung dar, sofern keine Befreiungsgründe vorliegen. Im Falle der Pflicht zum Einsatz aller Kräfte gilt das Nichterzielen des Erfolgs nur dann als Nichterfüllung, wenn dies der Tatsache zuzurechnen ist, dass der Schuldner der erforderlichen Sorgfaltspflicht nicht gerecht geworden ist. Die bei der Erfüllung einer Pflicht gebührende Sorgfalt des Schuldners wird nach den festgelegten Kriterien beurteilt.

Die Qualifizierung der vertraglichen Pflichten ist eine faktische Angelegenheit. Beispielhaft werden Kriterien aufgezählt, die unter Berücksichtigung der Umstände bei der Qualifizierung der Pflicht helfen können:

ART. 1481

Pflicht zum Einsatz aller Kräfte und Pflicht, einen Erfolg zu erzielen.

(1) Im Falle der Pflicht, einen Erfolg zu erzielen, ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger das versprochene Ergebnis zu liefern.

(2) Im Falle der Pflicht zum Einsatz aller Kräfte ist der Schuldner verpflichtet, sämtliche erforderlichen Mittel zwecks Erzielung des versprochenen Ergebnisses einzusetzen.

(3) Um festzustellen, ob es sich bei einer Verpflichtung um eine Pflicht zum Einsatz aller Kräfte oder um eine Pflicht, einen bestimmten Erfolg zu erzielen, handelt, sind insbesondere in Betracht zu ziehen:

- a) die Art, in der die Verpflichtung im Vertrag ausgedrückt ist;
- b) das Bestehen und die Art der Gegenleistung und die anderen Bestandteile des Vertrages;
- c) das Ausmaß des Risikos, das normalerweise mit der Erreichung des erwarteten Erfolges verbunden ist;
- d) die Fähigkeit der anderen Partei, die Erfüllung der Verpflichtung zu beeinflussen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 5.1.4 und 5.1.5 der Unidroit-Grundregeln.

24. Im Rahmen der gleichen Sache ist, in Übereinstimmung mit dem italienischen und schweizerischen Recht, die Gattungsschuld geregelt:

ART. 1486

Gattungsschuld

Hat eine Verbindlichkeit die Leistung von nur der Gattung nach bestimmten Sachen zum Gegenstand, ist der Schuldner berechtigt, die zu übergebenden Sachen auszuwählen. Er ist aber nur durch die Leistung von Sachen nicht unterdurchschnittlicher Güte freigestellt.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1178 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 71 des Schweizerischen Obligationenrechts.

25. Ebenfalls im Bereich der Zahlungen werden über moderne Zahlungswege vorgenommene Zahlungen anerkannt, es wird der Grundsatz des Währungsnominalis-

mus eingeführt, wobei das Risiko der Abwertung vom Gläubiger getragen wird. Diese Bestimmung ist ergänzend, wobei die Parteien unter anderem auch Indexierungsformeln vereinbaren können. Falls von den Parteien nicht anders vereinbart, kann der Schuldner in bar, per Scheck, Wechsel, Solawechsel, Kreditkarte, elektronische Zahlungsmittel usw. bezahlen, vorausgesetzt, dass das jeweilige Zahlungsmittel am Zahlungsort (der für gewöhnlich der Firmen- oder Wohnsitz des Gläubigers ist) ohne ungewöhnliche Kosten verfügbar ist. Soweit nichts anderes bestimmt ist, gilt die Zahlung als vom Gläubiger angenommen, unter der Auflage, dass das Zahlungsinstrument honoriert wird, beispielsweise von der mit der Zahlung eines Schecks beauftragten Bank:

ART. 1488

Zahlungsschuld

- (1) Wer einen Geldbetrag schuldet, wird von seiner Schuld befreit, wenn er dem Gläubiger den geschuldeten Nennbetrag zurückzahlt.
- (2) Zahlung kann in jeder Form bewirkt werden, die im gewöhnlichen Geschäftsverkehr am Zahlungsort benutzt wird.
- (3) Von einem Gläubiger, der entweder aufgrund von Abs. 2 einen Scheck oder ein anderes Zahlungsinstrument annimmt, wird jedoch vermutet, dass er das nur unter der Bedingung der Einlösung derselben tut.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 6.1.7 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1564. des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

26. Die vorzeitige Leistung ist ebenfalls in Übereinstimmung mit dem europäischen Recht geregelt. Die Regel über die Zulässigkeit der vorzeitigen Leistung ist unter bestimmten Umständen eingeschränkt. Eine solche Lösung ist vor allem im Rahmen der Verhältnisse zwischen Gewerbetreibenden geboten, wo eine vorzeitige Leistung einen erheblichen Nachteil für den Gläubiger darstellen und zu bedeutenden Zusatzkosten führen kann. Die Beweislast für das Bestehen eines legitimen Interesses trägt der Gläubiger:

ART. 1496

Vorzeitige Leistung

- (1) Der Schuldner kann seiner Pflicht sogar vor dem Erreichen der Fälligkeit nachkommen, sofern die Parteien nichts Anderweitiges beschlossen haben oder falls Ähnliches sich nicht aus der Art des Vertrages oder den Umständen, unter denen dieser abgeschlossen wurde, ergibt.
- (2) Nichtsdestotrotz kann der Gläubiger die vorzeitige Leistung zurückweisen, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Zahlung bei Fälligkeit durchgeführt wird.
- (3) Zusätzliche Kosten, die dem Gläubiger durch die vorzeitige Leistung entstanden sind, sind in allen Fällen vom Schuldner zu tragen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 7.103 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 6.1.5 der Unidroit-Grundregeln.

XII. Nichterfüllung, Verzug, Erfüllung in Natur

27. Im Bereich der zwangsweisen Erfüllung von Pflichten ist der von Rechts wegen eintretende Verzug in der Pflichterfüllung geregelt. Die Parteien können frei festlegen, dass der Schuldner im Falle der Nichterfüllung bestimmter vertraglicher Pflichten sich von Rechts wegen in Verzug befindet. In diesem Fall kann der Gläubiger jegliche Maßnahme zur Behebung der Nichterfüllung ergreifen, ohne den Schuldner in Verzug setzen zu müssen. Der gesetzlich begründete und von Rechts wegen eintretende Verzug ist auch vorgesehen. In solchen Fällen wird durch das Gesetz vorausgesetzt, dass die Nichterfüllung derartig schwerwiegend ist, dass entweder eine Erfüllung in natura unmöglich ist oder der Gläubiger prinzipiell kein Interesse mehr daran hat, auf eine Behebung der Nichtausführung zu warten und dem Schuldner eine Nachfrist zu gewähren. Der Gläubiger kann natürlich, sofern er möchte, auch dann eine Nachfrist gewähren, wenn der Schuldner sich von Rechts wegen in Verzug befindet. Festgehalten wird, dass die Beweislast im Falle eines von Rechts wegen eintretenden Verzugs stets vom Gläubiger zu tragen ist, um den Schuldner vor einem eventuell missbräuchlichen Verhalten des Gläubigers zu schützen, wobei diese Regel manchmal zur Umkehrung der Beweislast führen kann:

ART. 1523

Von Rechts wegen eintretender Verzug in der Pflichterfüllung

(1) Der Schuldner befindet sich von Rechts wegen in Verzug, wenn vertraglich festgelegt wurde, dass das einfache Ablaufen der für die Ausführung festgelegten Frist eine solche Wirkung hat.

(2) Überdies befindet sich der Schuldner in den eigens durch das Gesetz vorgesehenen Fällen von Rechts wegen in Verzug, sowie auch wenn

a) die Pflicht nur binnen einer bestimmten Zeit, die der Schuldner hat verstreichen lassen, in nützlicher Weise hätte erfüllt werden können oder wenn er die Pflicht nicht umgehend erfüllt hat, obwohl Dringlichkeit bestand;

b) der Schuldner durch seine Handlung die Erfüllung der Pflicht in natura unmöglich gemacht hat oder wenn er eine Unterlassungspflicht missachtet hat;

c) er seine Absicht, die Pflicht nicht zu erfüllen, gegenüber dem Schuldner zweifelsohne kundgetan hat oder wenn, sofern es sich um eine sukzessiv zu erfüllende Pflicht handelt, er die Erfüllung seiner Pflicht wiederholt verweigert oder vernachlässigt;

d) die im Zuge der Ausübung der Tätigkeit eines Unternehmens eingegangene Pflicht zur Bezahlung eines Geldbetrags nicht erfüllt wurde;

e) die Pflicht durch die Verübung einer außervertraglichen unerlaubten Handlung entsteht.

(3) In den unter den Abs. (1) und (2) vorgesehenen Fällen, sofern die Pflicht nach dem Tod des Schuldners fällig wird, befinden sich dessen Erben erst binnen 15 Tagen nach der Inkennnissetzung durch den Gläubiger in Verzug oder, je nach Fall, ab dem Datum der Inkennnissetzung des zu den Bedingungen von Art. 1.136 bestellten Nachlassverwalters.

(4) Die Fälle, in denen sich der Schuldner von Rechts wegen in Verzug befindet, sind vom Gläubiger nachzuweisen. Jegliche widrige Erklärung oder Klausel gilt als ungeschrieben.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 8.103 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 1597 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

28. Der Grundsatz der Erfüllung von Pflichten *in natura* ist festgeschrieben. So ist der Gläubiger im Falle einer Nichterfüllung berechtigt, die Zwangserfüllung der Pflicht *in natura* zu beantragen. Diese Regel findet im Falle von Zahlungspflichten stets Anwendung. Wenn eine Erfüllung *in natura* unmöglich ist, findet sie keine Anwendung. Der in Betracht gezogene Begriff der Unmöglichkeit deckt sowohl die Umstände ab, in denen der Gegenstand der Pflicht faktisch oder rechtlich unmöglich ist, als auch die Umstände, in denen die Ausführung einen streng persönlichen Charakter hat und die Zwangsvollstreckung *in natura* eine nicht zulässige Missachtung der Freiheit des Schuldners voraussetzen würde. In diesen Fällen ist die Möglichkeit des Gläubigers zum Bezug einer ähnlichen Leistung von einer anderen Person in Betracht zu ziehen. Je nach Umständen kann das Gericht feststellen, dass eine Erfüllung *in natura* auch dann unmöglich ist, wenn sie dem Schuldner im Verhältnis zum Wert der Leistung und zur Möglichkeit des Gläubigers, einen Ersatzvertrag abzuschließen, eine übermäßige Ausgabe auferlegt. Gleichzeitig wird festgehalten, dass das Recht auf Erfüllung *in natura* auch das Recht auf Forderung einer Nachbesserung oder Ersetzung des Produkts oder der Leistung umfasst. Der Begriff der Nachbesserung oder Ersetzung ist im weiten Sinne auszulegen und muss jegliche Nachbesserung einer mangelhaften Leistung umfassen:

ART. 1527

Das Recht auf Erfüllung *in natura*

(1) Der Gläubiger kann stets beantragen, dass der Schuldner zur Erfüllung der Pflicht *in natura* gezwungen wird, außer wenn eine solche Erfüllung unmöglich ist.

(2) Das Recht auf Erfüllung *in natura* umfasst, falls zutreffend, das Recht auf Nachbesserung oder Ersetzung des Wertgegenstandes sowie jegliches andere Mittel für die Behebung einer mangelhaften Ausführung.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.101 und 9.102 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 7.2.2 und 7.2.3 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1601 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

XIII. Schadensersatz

29. Im gleichen Bereich ist im Rahmen des Abschnitts über die „äquivalente Ausführung“ die Voraussetzung des unmittelbaren Charakters des Schadens festgehalten:

ART. 1530

Recht auf Schadenersatz

Der Gläubiger hat Recht auf Schadenersatz für die Behebung des ihm vom Schuldner zugefügten Schadens, der die unmittelbare und notwendige Konsequenz der nicht begründeten oder, je nach Fall, der schuldhaften Nichterfüllung ist.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 97 des schweizerischen Obligationenrechts, Art. 7.4.1 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1607 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

30. Im Abschnitt über die Bewertung des Schadens wird festgehalten, dass der Schaden nicht lediglich unter Beachtung der Verluste, die der benachteiligten Partei durch die Nichterfüllung entstanden sind, ermittelt wird, sondern auch unter Berücksichtigung der Vorteile und Einsparungen, die selbige beispielsweise infolge vermiedener Kosten erzielt hat. Vorgesehen ist auch, dass für den Nichtvermögensschaden auch Ersatz gefordert werden kann. Die breit gefasste Formulierung soll die Integrierung aktueller Tendenzen des europäischen und internationalen Rechts im Hinblick auf die Formen des Nichtvermögensschadens ermöglichen, wobei unter anderem das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Simone Leitner gegen TUI Deutschland GmbH & Co. KG. vom 12. März 2002¹⁰ in Betracht gezogen wurde:

ART. 1531

Vollumfänglicher Schadenersatz

- (1) Der Gläubiger hat Recht auf vollen Ersatz des Schadens, den er aufgrund der Nichterfüllung erlitten hat.
- (2) Dieser Schaden umfasst den Verlust, den der Gläubiger erlitten hat, und den Gewinn, der ihm entgangen ist. Bei der Festlegung der Schadenshöhe sind auch die Ausgaben des Gläubigers, die er im angemessenen Umfang zwecks Vermeidung oder Begrenzung des Schadens getätigt hat, zu berücksichtigen.
- (3) Der Gläubiger kann auch für den Nichtvermögensschaden Ersatz verlangen.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.501 und 9.502 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 7.4.2 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1611 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

31. Im gleichen Abschnitt wird darauf hingewiesen, dass der Schaden mit Bestimmtheit festzustellen ist, da der Schuldner nicht für rein hypothetische oder eventuelle Schäden haften kann. Festgehalten wird, dass beim Ersatz eines durch den Verlust einer Chance entstandenen Schadens die Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes in Betracht zu ziehen ist. Die Bestimmtheit des Schadens betrifft nicht nur die Existenz, sondern auch den Umfang des Schadens. Wenn es nicht möglich ist, die Höhe des Schadens festzustellen, obwohl seine Existenz unbestreitbar ist, ist das Gericht berufen, den Schaden unter Berücksichtigung der Umstände gerecht festzulegen:

ART. 1532

Bestimmtheit des Schadens

- (1) Bei der Feststellung des Schadenersatzes werden auch die zukünftigen Schäden in Betracht gezogen, wenn sie mit Bestimmtheit festgestellt werden können.
- (2) Ersatz für den Verlust einer Chance zur Erlangung eines Vorteils kann nach dem Maße der Wahrscheinlichkeit der Erlangung des jeweiligen Vorteils, unter Beachtung der Umstände und der konkreten Lage des Gläubigers, geschuldet werden.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 12.03.2002 Rs. C-168/00 (Simone Leitner), ECLI:EU:C:2002:163.

(3) Kann der Schaden nicht mit hinreichender Bestimmtheit ermittelt werden, so liegt die Festsetzung im Ermessen des Gerichts.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 7.4.3 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1611 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec, Art. 1226 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

32. Der Schaden hat auch voraussehbar zu sein:

ART. 1533

Voraussehbarkeit des Schadens

Der Schuldner haftet nur für Schäden, die er bei Vertragsschluss als wahrscheinliche Folge der Nichterfüllung vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können, es sei denn, die Nichterfüllung war vorsätzlich oder grob fahrlässig. Selbst im letzteren Fall erstreckt sich der Schadenersatz nur über die unmittelbaren und notwendigen Folgen der Nichterfüllung der Pflicht.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.503 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 7.4.4 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1226 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 74 Satz 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, Art. 1613 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

33. Was die Zinsen für die Nichtbegleichung von Geldschulden anbelangt, gebühren diese dem Gläubiger ab dem Tag der Fälligkeit, ohne dass eine Inverzugsetzung erforderlich wäre. Die Bestimmung wird den Anforderungen des Geschäftsverkehrs gerecht und entspricht den modernen Tendenzen des europäischen Rechts und der Projekte zur Vereinheitlichung des Privatrechts. Wenn auf die geschuldeten Beträge vor deren Fälligkeit höhere als die gesetzlichen Zinsen anwendbar waren, so werden diese Verzugszinsen im Falle einer Nichterfüllung nicht auf die Höhe der gesetzlichen Zinsen herabgesetzt. Verzugszinsen haben für gewöhnlich einen pauschalen Charakter, nämlich dadurch, dass der Gläubiger nicht einen höheren Zins verlangen kann, indem er beweist, dass er durch potentielle Anlagen einen höheren Ertrag hätte erzielen können. Nichtsdestotrotz, wenn durch den Verzug bei der Begleichung von Geldschulden dem Gläubiger zusätzliche Schäden entstehen (Unmöglichkeit, eine Leistung fertig zu stellen, eine Ware zu liefern), ist der Schuldner auch zur Zahlung von Schadenersatz angehalten:

ART. 1535

Verzugszinsen bei Geldschulden

(1) Wird ein Geldbetrag nicht bei Fälligkeit bezahlt, hat der Gläubiger Recht auf Verzugszinsen von diesem Betrag für den Zeitraum von der Fälligkeit bis zur Zahlung in der von den Parteien vereinbarten Höhe oder, falls keine diesbezügliche Vereinbarung getroffen wurde, in der gesetzlich vorgesehenen Höhe, ohne dass er einen Schaden nachweisen müsste. In diesem Fall ist der Schuldner nicht berechtigt, einen Nachweis darüber zu erbringen, dass der vom Gläubiger in Folge des Zahlungsverzugs erlittene Schaden kleiner wäre.

(2) Wurden vor dem Verzug höhere als die gesetzlichen Zinsen geschuldet, so werden die Verzugszinsen in derselben Höhe geschuldet.

(3) Gehen die geschuldeten Verzugszinsen nicht über den gesetzlichen Zinssatz hinaus, ist der Gläubiger zwecks Ersetzung des erlittenen Schadens auf einen über den gesetzlichen Zinssatz hinausgehenden Schadenersatz berechtigt.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr,¹¹ Art. 9.508 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 7.4.9 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1124 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 1617 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

34. Überdies wird aus Gründen der Billigkeit vorgesehen, dass der Grundsatz des vollständigen Schadenersatzes nicht fortbesteht, sofern der Gläubiger selbst durch seine Handlung oder Unterlassung zur Entstehung eines Schadens beigetragen hat. Diese Regelung gilt auch für den Fall, in dem zur Entstehung des Schadens auch ein Ereignis, dessen Risiko der Gläubiger eingegangen ist, beigetragen hat, wie beispielsweise die Handlung oder Unterlassung eines Dritten, für den der Gläubiger haftet:

ART. 1534

Vom Gläubiger verschuldeter Schaden

(1) Hat der Gläubiger durch seine schuldhafte Handlung oder Unterlassung zur Entstehung des Schadens beigetragen, wird der vom Schuldner zu leistende Schadenersatz entsprechend gemindert. Diese Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn der Schaden zum Teil durch ein Ereignis, dessen Risiko der Gläubiger eingegangen ist, verursacht wurde.

(2) Der Schuldner hat keinen Schadenersatz für die Schäden zu leisten, die der Gläubiger mit einem Mindestmaß an Sorgfalt hätte vermeiden können.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.504 und 9.505 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 7.1.2, 7.4.7 und 7.4.8 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1227 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

35. Was die Strafzahlungsklausel anbelangt, wird vorgesehen, dass das Gericht, selbst wenn es die Höhe der Strafzahlung herabsetzen darf, diese nicht beseitigen kann; überdies kann das Gericht die Höhe der Strafzahlung einerseits nicht unter den Wert der Hauptschuld mindern, selbst wenn der Gläubiger den Schaden nicht nachweist, und andererseits ist es nicht berechtigt, die Strafzahlung zu erhöhen, wenn diese unter der Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens liegt:

ART. 1541

Minderung der Strafzahlung

(1) Das Gericht kann die Strafzahlung nur dann mindern, wenn:

a) die Hauptpflicht zum Teil erfüllt wurde und dies dem Gläubiger genutzt hat;

¹¹ Umgesetzt in das rumänische Recht durch die Notverordnung der Regierung Nr. 119/2007, Amtsblatt Nr. 738/31.10.2007. Inzwischen ist die Richtlinie durch die neue Richtlinie Nr. 7/2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung) ersetzt worden. Diese wiederum wurde in nationalem Recht durch das Gesetz Nr. 72/2013, Amtsblatt Nr. 182/2.04.2013 umgesetzt worden. Die prozessualen Vorgaben führten zu einer Überarbeitung des geltenden Mahnverfahrens, welches in die neue Zivilprozessordnung (Codul de procedură civilă) in den Art. 1013 u. ff. umgesetzt wurde.

b) die Strafzahlung im Verhältnis zu dem von den Parteien bei Vertragsschluss vorhersehbaren Schaden gröblich überhöht ist.

(2) In dem unter Abs. (1) Buchst. b) vorgesehenen Fall muss aber die auf diese Weise geminderte Strafzahlung über dem Wert der Hauptpflicht liegen.

(3) Jegliche widrige Klausel gilt als ungeschrieben.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.509 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts.

36. Wie im italienischen Recht sind auch das Angeld zur Bestätigung und das Reugeld geregelt. Das Angeld unterscheidet sich von der Strafzahlung unter anderem dadurch, dass es der anderen Partei bei Vertragsabschluss geleistet wird. Das Angeld zur Bestätigung wird geleistet, um die Verpflichtung der Parteien zu bekräftigen, wobei das Reugeld dazu bestimmt ist, das Rücktrittsrecht der einen Partei auszugleichen. Die Vertragskündigung wegen Nichterfüllung ist eine Form der außergerichtlichen Kündigung. Da es sich um ein Recht handelt, kann die begünstigte Partei auf eine Geltendmachung der Angeldvereinbarung verzichten und sich der allgemeinen Rechtsvorschriften bedienen, um entweder eine Ausführung in natura oder die Auflösung des Vertrages und die äquivalente Ausführung zu erreichen. Im Zweifelsfall wird angenommen, dass das Angeld als Angeld zur Bestätigung geleistet wurde. Das Rücktrittsrecht ist von den Parteien ausdrücklich zu vereinbaren, da selbiges sich nicht aus der Angeldvereinbarung ergibt:

ART. 1544

Angeld zur Bestätigung

(1) Gibt eine Partei der anderen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als Angeld eine Summe Geldes oder eine Menge anderer vertretbarer Sachen, ist das Angeld im Fall der Erfüllung zurückzugeben oder auf die geschuldete Leistung anzurechnen.

(2) Erfüllt die Partei, die das Angeld gegeben hat, nicht, kann die andere unter Einbehaltung des Angelds vom Vertrag zurücktreten. Hat hingegen die nichterfüllende Partei das Angeld erhalten, kann die andere vom Vertrag zurücktreten und das doppelte Angeld verlangen.

(3) Die erfüllungsbereite Partei kann sich für die Durchführung oder für die Auflösung des Vertrages und den Ersatz des Schadens nach den allgemeinen Vorschriften entscheiden.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1385 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

ART. 1545

Reugeld

Wird im Vertrag ein Rücktrittsrecht für eine oder beide Parteien vereinbart, verliert der Zurücktretende das geleistete Angeld oder, je nach Fall, hat das Doppelte des Erhaltenen zurückzugeben.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 1386 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches.

XIV. Vertragsauflösung und Kündigung

37. Regelungsneuigkeiten bestehen auch hinsichtlich der Auflösung und Kündigung des Vertrages; die neue Regel legt die Priorität der vertraglichen und nicht der gerichtlichen Auflösung fest, wie dies vor der Verabschiedung des Neuen Bürgerlichen Gesetzbuches der Fall gewesen ist. Der Unterschied zwischen Auflösung und Kündigung wurde beibehalten, wobei diese Unterscheidung traditionell von der rumänischen Rechtslehre und Rechtspraxis praktiziert wurde.

a) Selbst wenn der Hauptanwendungsbereich derjenige von gegenseitigen Verträgen ist, da der Mechanismus der Auflösung mit der Gegenseitigkeit und der Abhängigkeit von Vertragspflichten zusammenhängt, gibt es einseitige Verträge, im Falle derer die Auflösung es der einen Partei zu ermöglichen hat, der Vertragsbeziehung ein Ende zu setzen, wie zum Beispiel im Falle des Darlehens oder des Pfandes (der Pfandbesteller kann die Aufhebung des Pfandes beantragen, falls der Gläubiger den als Pfandgegenstand gehaltenen Vermögenswert missbraucht). Es wird vorgesehen, dass die sich auf die Auflösung beziehenden Bestimmungen in der Regel auch auf die Kündigung entsprechende Anwendung finden. In Übereinstimmung mit den modernen Regelungen, den Projekten zur Vereinheitlichung des Privatrechts auf europäischer und weltweiter Ebene und im Einklang mit der rumänischen Rechtslehre und Rechtspraxis ist der Mechanismus der Auflösung durch die Willenserklärung des Gläubigers der nicht erfüllten Pflicht geregelt. Die Auflösung kann teilweise erfolgen, besonders wenn die Leistungen beider Parteien aufgeteilt werden können. So entspricht beispielsweise bei Lieferverträgen den verschiedenen Warenlieferungen eine Pflicht zur Zahlung des Preises. Besteht eine Nichterfüllung hinsichtlich einer dieser Teilleistungen, kann der Gläubiger die Auflösung des Vertrages nur hinsichtlich dieser Leistungen beantragen, wobei weder frühere noch künftige Pflichten der Parteien dadurch berührt werden. Der Gläubiger kann um die Auflösung des gesamten Vertrages ersuchen, sofern der Nichterfüllung in Erwägung der Gesamtheit der Rechte und Pflichten eine ausreichende Bedeutung zufällt.

Die Nichterfüllung einer jeglichen Pflicht kann zu einer Auflösung berechtigen, ohne zwischen den Haupt- und Nebenpflichten oder zwischen den wesentlichen und unwesentlichen Pflichten zu unterscheiden; auch hier gilt das Prinzip, dass der Nichterfüllung im Verhältnis zur Gesamtheit der Rechte und Pflichten der Parteien eine ausreichende Bedeutung zufallen muss:

ART. 1549

Recht auf Auflösung oder Kündigung

(1) Ersucht er nicht um die zwangsweise Erfüllung der Vertragspflichten, ist der Gläubiger berechtigt, den Vertrag aufzulösen oder, je nach Fall, zu kündigen sowie Schadenersatz zu fordern, sofern ihm dies gebührt.

(2) Die Auflösung kann für einen Teil des Vertrages nur dann erfolgen, wenn die Erfüllung des Vertrages aufteilbar ist. Im Falle des mehrseitigen Vertrages zieht die Nichterfüllung der Pflicht durch eine der Parteien nicht die Auflösung des Vertrages gegenüber den anderen

Parteien nach sich, außer wenn die nichterfüllte Leistung nach den Umständen als wesentlich galt.

(3) Mangels anderweitiger Bestimmungen gelten die Bestimmungen über die Auflösung auch für die Kündigung.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.301 und 9.302 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 1604–1606 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

b) Die Auflösung kann durch die einfache Erklärung des Gläubigers der nicht erfüllten Pflicht erfolgen. Dies bedeutet natürlich nicht, dass der Mechanismus der Auflösung nicht der gerichtlichen Aufsicht unterstellt ist. Das Gericht kann auf Antrag des Schuldners die Gültigkeit der Auflösungserklärung im Wege einer Analyse der Erfüllung der Auflösungsbedingungen überprüfen.

Das Recht einer Partei auf Auflösung kann durch Mitteilung der Auflösung in drei Fällen umgesetzt werden, und zwar: wenn die Parteien im Wege einer Verfallsklausel eine solche Vereinbarung getroffen haben, wenn der Schuldner sich von Rechts wegen in Verzug befindet und schließlich wenn der Schuldner nach erfolgter Inverzugsetzung seiner Pflicht binnen der vom Gläubiger festgelegten Frist oder, je nach Fall, binnen einer angemessenen Frist nicht nachgekommen ist.

Die Auflösungserklärung ist eine einseitige mitteilungspflichtige Willenserklärung. Den allgemeinen Vorschriften entsprechend wird sie ab Zugang beim Empfänger wirksam. In manchen Fällen ist die Wirksamkeit der Auflösungserklärung gegenüber Dritten durch die Eintragung in die Publizitätsregister bedingt:

ART. 1552

Einseitige Auflösung

(1) Die Auflösung oder Kündigung des Vertrages kann durch schriftliche Benachrichtigung des Schuldners erfolgen, sofern die Parteien Entsprechendes vereinbart haben, wenn der Schuldner sich von Rechts wegen in Verzug befindet oder wenn er die Pflicht binnen der im Wege der Inverzugsetzung festgelegten Frist nicht erfüllt hat.

(2) Die Auflösungs- oder Kündigungserklärung ist zwecks Gewährleistung der entsprechenden Wirksamkeit binnen der gesetzlich vorgesehenen Verjährungsfrist abzugeben.

(3) Die Auflösungs- oder Kündigungserklärung ist in allen Fällen im Grundbuch oder, je nach Fall, in anderen öffentlichen Registern zu vermerken, um die Wirksamkeit gegenüber Dritten zu gewährleisten.

(4) Die Auflösungserklärung ist ab der Übermittlung an den Schuldner oder, je nach Fall, bei Ablauf der unter Abs. (1) vorgesehenen Frist unwiderruflich.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.303 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 1605 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

38. Die Auflösung bewirkt die rückwirkende Aufhebung des Vertrages, was dazu führt, dass die Parteien in die vor dem Vertragsabschluss herrschende Situation zurückversetzt werden. Im Unterschied zur Auflösung ist die Kündigung nur im Hinblick auf die Zukunft wirksam und berührt grundsätzlich die bereits erbrachten Leistungen nicht.

Selbst wenn die Auflösung den vertraglichen Verhältnissen ein Ende setzt, können bestimmte Klauseln weiterhin bestehen. In erster Linie geht es um die Klauseln über die Beilegung von Streitigkeiten (Schiedsklauseln, Vereinbarungen betreffend die Schlichtung, Vereinbarungen über technische Schiedsgerichtsverfahren, usw.), die ihrem Wesen nach dazu berufen sind, im Falle der Vertragsauflösung ihre Wirkung zu entfalten. In der gleichen Lage können sich auch andere Vertragsklauseln befinden, die aufgrund der Vereinbarung der Parteien, durch ihr Wesen oder wegen der Umstände ihre Wirkungen nach der Beendigung des Vertrages entfalten (strafrechtliche Klauseln, Wettbewerbsverbote, Vertraulichkeitspflichten usw.):

ART. 1554

Wirkungen der Auflösung und der Kündigung

(1) Ein im Wege der Auflösung beendeter Vertrag gilt als nicht abgeschlossen. Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist in diesem Fall jede Partei angehalten, die erhaltenen Leistungen der jeweils anderen Partei zu erstatten.

(2) Die Auflösung berührt nicht die Klauseln über die Lösung von Streitigkeiten oder die Klauseln, die dazu bestimmt sind, erst im Falle einer Auflösung ihre Wirksamkeit zu entfalten.

(3) Ein gekündigter Vertrag ist nur im Hinblick auf die Zukunft beendet.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 9.305 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Art. 7.3.5 der Unidroit-Grundregeln, Art. 1160 des Vorentwurfs Catala, Art. 1606 des Bürgerlichen Gesetzbuches aus Quebec.

XV. Schuldübernahme

39. Im Rahmen des Titels über die Übertragung und Umwandlung von Pflichten besteht eine weitere Neuheit in der Regelung der Schuldübernahme, da dieser Mechanismus die Vereinfachung und Beschleunigung des wirtschaftlichen Austausches durch gleichzeitige Schaffung mehrerer Pflichtverhältnisse ermöglicht, ohne dass man auf den Mechanismus der Novation durch Ersetzung des Schuldners zurückgreifen müsste.

a) Die Schuldübernahme kann durch einen zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner abgeschlossenen Vertrag erfolgen, im Wege dessen Letztgenannter die Pflicht des ursprünglichen Schuldners übernimmt. Der ursprüngliche Schuldner kann auch mit einer anderen Person eine Vereinbarung treffen, damit diese den Schuldner von seinen Pflichten befreit. Die Schuldübernahme ist in allen Fällen nur dann wirksam, wenn eine Zustimmung des Gläubigers vorliegt. Jede Pflicht kann Gegenstand einer Schuldübernahme sein, selbst diejenigen Pflichten, deren Gegenstand eine persönliche Leistung seitens des Schuldners voraussetzen, sofern der Gläubiger seine Zustimmung erteilt:

ART. 1599

Bedingungen

Eine Verpflichtung, Geld zu zahlen oder eine andere Leistung zu erbringen, kann vom Schuldner auf eine andere Person übertragen werden

- a) entweder durch eine Vereinbarung zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem neuen Schuldner, nach Maßgabe der Bestimmungen von Art. 1.605 [vorliegende Zustimmung des Gläubigers, Anmerkung des Autors];
- b) oder durch eine Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner, durch die Letztgenannter die Verpflichtung übernimmt.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 12.101 der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts., Art. 9.2.1 der Unidroit-Grundregeln, § 414 und 415 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art.176 des schweizerischen Obligationenrechts.

b) Die Schuldübernahme hat eine doppelte Wirkung. Einerseits befreit sie den ursprünglichen Schuldner. Andererseits verpflichtet sie den neuen Schuldner gegenüber dem Gläubiger. Die Bestimmungen über die Schuldübernahme finden nur dann Anwendung, wenn nichts Abweichendes vereinbart wurde. Die Parteien können: (i) entweder die Übernahme der Schuld vorsehen, und dann gilt der ursprüngliche Schuldner als befreit, (ii) oder die Übernahme akzeptieren, ohne den ursprünglichen Schuldner freizustellen, so dass dieser mit dem neuen Schuldner gesamtschuldnerisch zu haften hat, (iii) oder sie können annehmen, dass der ursprüngliche Schuldner und der neue Schuldner gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der Pflicht haften. Ist nichts anderes vereinbart, wird angenommen, dass die Vereinbarung auf eine vollumfängliche Befreiung des ursprünglichen Schuldners abzielt, nicht lediglich auf eine Beistellung des Versprechenden als neuen Schuldner im bestehenden Schuldverhältnis. Durch die Schuldübernahme ersetzt der neue Schuldner den ursprünglichen Schuldner im Rahmen des bestehenden Schuldverhältnisses. Der neue Schuldner übernimmt die Schuld in dem Zustand zum Zeitpunkt der Übernahme:

ART. 1600

Wirkungen

Durch den Abschluss des Vertrages über die Schuldübernahme ersetzt der neue Schuldner den alten Schuldner, der damit, sofern nichts anderes vereinbart wurde und unter Maßgabe von Art. 1.601,¹² befreit ist.

Gesetzliche Anhaltspunkte: § 415 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Art. 176 des schweizerischen Obligationenrechts.

c) Die Schuld wird auf den neuen Schuldner in dem Zustand, in dem sich diese befindet, übertragen. Der neue Schuldner übernimmt somit die Pflicht, im Falle einer Nichterfüllung Zinsen, Ausgaben oder vertragliche Strafen zu zahlen.

¹² ART. 1601 – Zahlungsunfähigkeit des neuen Schuldners: Der ursprüngliche Schuldner ist durch die Schuldübernahme nicht befreit, wenn sich herausstellt, dass der neue Schuldner zum Zeitpunkt der Schuldübernahme zahlungsunfähig gewesen ist und der Gläubiger der Übernahme ohne Kenntnis dieses Umstandes zugestimmt hat.

Hinsichtlich der Sicherheiten, die die Erfüllung der übernommenen Schuld gewährleisten, ist es geboten, zwischen den vom ursprünglichen Schuldner über seine Güter eingerichteten Sicherheiten und den von Dritten eingerichteten dinglichen oder persönlichen Sicherheiten zu unterscheiden. Ist nichts anderes vereinbart, werden die über die Güter des ursprünglichen Schuldners eingerichteten Sicherheiten beibehalten. Diese Rechte werden durch die Schuldübernahme nicht berührt, da das Schuldverhältnis durch die Änderung des Schuldners nicht berührt wird. Ferner, wenn der Gläubiger der Schuldübernahme zustimmt, kann nicht vorausgesetzt werden, dass er eine weniger vorteilhafte Situation akzeptiert. Die von Dritten gestellten Sicherheiten erlöschen, außer wenn diese einer Aufrechterhaltung zustimmen, weil angenommen wird, dass selbige in Erwägung der Situation des ursprünglichen Schuldners gestellt wurden:

ART. 1602

Nebenrechte der Forderung

- (1) Der Gläubiger kann sich gegenüber dem neuen Schuldner auf all seine Rechte in Verbindung mit der übernommenen Schuld berufen.
- (2) Die Sicherheiten der Forderung werden durch die Schuldübernahme, soweit sie nicht mit der Person des Schuldners untrennbar verknüpft sind, nicht berührt.
- (3) Die Pflicht des Bürgen oder des Dritten, der eine Sicherheit für die Tilgung der Forderung gestellt hat, erlischt jedoch, sofern diese Personen bei der Übernahme nicht ihre Zustimmung erteilt haben.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 178 des schweizerischen Obligationenrechts.

d) Im Falle der Auflösung des Vertrages über die Schuldübernahme finden die allgemeinen Regeln über die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften Anwendung:

ART. 1604

Wirkungslosigkeit der Schuldübernahme

- (1) Wird der Übernahmevertrag aufgelöst, so lebt die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners mit allen Nebenrechten, unter Vorbehalt der Rechte gutgläubiger Dritter, wieder auf.
- (2) Außerdem kann der Gläubiger von dem Übernehmer Ersatz des Schadens verlangen, insoweit der Übernehmer nicht zu beweisen vermag, dass ihm an der Auflösung des Vertrages und an der Schädigung des Gläubigers keinerlei Verschulden zur Last falle.

Gesetzliche Anhaltspunkte: Art. 180 des schweizerischen Obligationenrechts.

XVI. Schluss

Dieser Überblick mag gezeigt haben, dass das Buch V. des neuen rumänischen Cod civil umfangreiche moderne Regelungen des Schuldrechts enthält. Sie sind, wie oben im Einzelnen erläutert, vielfach durch europäische oder internationale Vorbilder inspiriert. Es wird nun darauf ankommen, dass sie in Rumänien sachgerecht

zum Interessenausgleich der Parteien in der Praxis angewandt werden. Zudem verdienen die Entscheidungen des rumänischen Gesetzgebers europäisch und international Aufmerksamkeit – sie sind eine hochinteressante Stimme im europäischen und internationalen Konzert der Modernisierung des Schuld- oder Vertragsrechts.

Nichterfüllung, Vertragsverletzung und Rechtsbehelfe im rumänischen Zivilgesetzbuch

Von Ionuț-Florin Popa

I. Einleitung

1. Der Zweck dieses Bandes besteht darin, interessierten ausländischen Juristen das rumänische Zivilrecht näher zu bringen. Der folgende Beitrag versucht dafür die rumänischen Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen darzustellen. Der Beitrag soll in erster Linie beschreibend sein und nur teilweise einige umstrittene Themen diskutieren, zu denen der Autor bereits seine Ansichten geäußert hat. Die Nachweise sind hauptsächlich auf Rumänisch verfasst, insbesondere um die innerstaatliche Rezeption der neuen Rechtsvorschriften hervorzuheben. Da das neue rumänische Zivilgesetzbuch¹ (ZGB) den Weg des *ius commune europaeum* eingeschlagen hat, werden gegebenenfalls einige vergleichende Hinweise gegeben. Die Rechtsprechungsnachweise sind hingegen ausschließlich national.²

2. Die verwendete Terminologie versucht Parallelen zwischen dem rumänischen Schuldrecht und den gemeinsamen europäischen Regelungen so weit wie möglich herauszustellen. Einige Begriffe beruhen jedoch auf der nationalen rumänischen Rechtstradition und müssen daher als solche übersetzt werden; sie werden jedoch erklärt. Übersetzungen des rumänischen Zivilgesetzbuches ins Deutsche sind derzeit nicht verfügbar. Für die in diesem Beitrag relevantesten gesetzlichen Vorschriften ist eine Übersetzung in den jeweiligen Fußnoten dargestellt.³

¹ Das neue Zivilgesetzbuch (Gesetz Nr. 287 vom 17. Juli 2009) wurde am 24. Juli 2009 verabschiedet und durch das Gesetz Nr. 71 von 2011 für die Durchführung des neuen Zivilgesetzbuches geändert und trat am 1. November 2011 in Kraft.

² Es wird die amtliche E-Referenz-Datenbasis der Rechtsprechung sowie die vorhandene veröffentlichte Rechtsprechung verwendet.

³ Sehr hilfreich sind hierbei die Quellenangaben, sofern bereits eine englische Version vorliegt (z. B. CCQ, PICC, PECL oder DCFR). Hilfreich ist auch die französische Übersetzung des rumänischen Zivilgesetzbuches (Nouveau Code civil roumain, Juriscope-Dalloz, Paris, 2013).

II. Übersicht über die relevanten Vorschriften

1. Relevante Vorschriften

3. Allgemeine rechtliche Rahmenbedingungen. Die Rechtsbehelfe sind in Buch V („Von den Verpflichtungen“), Titel V („Erfüllung von Verpflichtungen“), Kapitel II („Zwangsvollstreckung von Verpflichtungen“) des ZGB geregelt. Die Vorschriften sind in sechs Abschnitte unterteilt; der erste Abschnitt (§§ 1.516–1.520 ZGB) ist einigen allgemeinen Bestimmungen gewidmet; die übrigen Abschnitte enthalten besondere Regeln für bestimmte Rechtsbehelfe (z. B. Aufhebung oder Schadensersatz). Die Vorschriften behandeln sowohl Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung vertraglicher als auch außervertraglicher Pflichten.⁴ Einige Normen sind jedoch nur auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbar (z. B. die Vertragsstrafe oder die Anzahlung). Zudem betreffen einige dieser Normen auch Fragen außerhalb des vorliegend behandelten Themenbereiches (z. B. Verschuldens- oder Vertragshaftungsbestimmungen).

4. Grundlegende Vorschriften. Vor allem drei Vorschriften sind für das Verständnis der rumänischen Rechtsbehelfe von wesentlicher Bedeutung. Die wichtigste dieser Vorschriften ist § 1.516 ZGB, welche grundlegende (wenn auch allgemeine) Regeln festlegt.⁵ Die beiden anderen Vorschriften (§ 1.350 und 1.530 ZGB⁶) betreffen in erster Linie zwar nur die vertragliche Haftung, wirken sich aber dennoch auf das ge-

⁴ Insbesondere aus dem allgemeinen Charakter des § 1.516 ZGB.

⁵ § 1.516 ZGB (direkt inspiriert von Art. 1590 CCQ) mit der Überschrift „Rechte des Gläubigers“ bestimmt:

(1) Der Gläubiger hat das Recht auf die vollständige, genaue und fristgerechte Erfüllung der Verpflichtung.

(2) Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtung ohne Rechtfertigung nicht und kommt er in Verzug, kann der Gläubiger nach seiner Wahl und ohne Verlust des Anspruchs auf Schadensersatz, sofern ihm ein solcher zusteht:

1. die Zwangsvollstreckung der Verpflichtung verlangen oder gegebenenfalls betreiben;

2. in dem Fall, dass es sich um eine vertragliche Verpflichtung handelt, den Rücktritt vom Vertrag oder die Vertragskündigung oder gegebenenfalls die Minderung seiner entsprechenden Verpflichtung erwirken;

3. gegebenenfalls jedes andere gesetzlich vorgesehene Mittel zur Verwirklichung seines Rechts einsetzen.

⁶ § 1.350 ZGB mit der Überschrift „Vertragliche Haftung“ bestimmt:

(1) Jede Person muss ihre Verpflichtungen erfüllen, die sie vertraglich eingegangen ist.

(2) Kommt sie dieser Pflicht ohne Rechtfertigung nicht nach, so haftet sie für den Schaden der anderen Partei und ist sie nach gesetzlicher Maßgabe verpflichtet, diesen Schaden zu beheben.

(3) Sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, darf keine Partei die Anwendung der Regeln der vertraglichen Haftung beseitigen, um andere Regeln zu wählen, die für sie günstiger wären.

§ 1.530 ZGB mit der Überschrift „Anspruch auf Schadensersatz“ bestimmt: „Der Gläubiger hat das Recht auf Schadensersatz für den Ausgleich des Schadens, den ihm der Schuldner verursacht hat und bei dem es sich um die unmittelbare und erforderliche Folge der ungerechtfertigten oder gegebenenfalls schuldhaften Nichterfüllung der Verpflichtung handelt.“

samte Rechtsbehelfssystem aus. Diese drei Normen geben die grundlegenden *Voraussetzungen für jeden Rechtsbehelf* vor. Sie sollten auch festlegen, für welche Rechtsbehelfe ein *Verschulden* erforderlich ist.

5. Vorschriften zur Unterscheidung zwischen Nichterfüllung des Vertrags und Vertragsbruch. Um die im Titel dieses Beitrags angekündigte Unterscheidung zwischen *Nichterfüllung* (die gleichermaßen die entschuldigte/gerechtfertigte Nichterfüllung und die ungerechtfertigte Nichtleistung umfasst) und *Pflichtverletzung* oder *Vertragsverletzung* (die nur die ungerechtfertigte Nichterfüllung umfasst) zu treffen, sind insbesondere § 1.557 ZGB betreffend die durch Unmöglichkeit gerechtfertigte Nichterfüllung⁷ sowie § 1.634 ZGB betreffend die Bedingungen und einige andere Auswirkungen der Nichterfüllung wegen zufälliger Unmöglichkeit relevant.

2. Die Quellen der neuen Rechtsauffassung

6. Transplantationen und Originalität. Obwohl der Gesetzgeber für die Regulierung der vertraglichen Rechtsverhältnisse hauptsächlich europäische Quellen (insbesondere die PECL und DCFR) und einige internationale Kodifizierungen (wie die PICC) verwendet hat, hat er die gesetzlichen Bestimmungen zumeist auf den Code civil von Québec (CCQ) gestützt.⁸ Teilweise wurde diese Quelle durch einige Bestimmungen des italienischen Zivilgesetzbuches, des PICC und auch des PECL ergänzt. Die Verwendung dieser zusätzlichen Quellen veränderte vor allem das Profil der Rechtsbehelfe gegenüber dem CCQ als Hauptrechtsquelle und verlieh diesen eine Gestalt, die eng mit dem europäischen *ius commune* verbunden ist.

7. Beispiele. Vergleicht man diese Quellen und das heutige ZGB, zeigen sich erhebliche Ähnlichkeiten: § 1.516 ZGB (s.o.) gleicht Art. 1590 CCQ; § 1.517 ZGB betreffend *mora creditoris* gleicht Art. 8.101 PECL und Art. 7.1.2 PICC; §§ 1527–1529 ZGB betreffend Erfüllungsansprüche sind nahezu identisch zu Art. 1601–1603 CCQ; §§ 1.538 bis 1.546 ZGB betreffend Vertragsstrafen und Anzahlung sind stark an das italienische *Codice Civile* angelehnt. Diese Beispiele könnten zahlreich fortgeführt werden. Die Einflüsse dieser Quellen auf die rumänischen Vorschriften werden im Zuge der folgenden Darstellung einzelner Rechtsbehelfe noch weiter betont.

8. Allgemeine gesetzliche Vorschriften. Das „Droit commun“ der Rechtsbehelfe (§§ 1.516–1.557 ZGB) gilt sowohl für die Nichterfüllung vertraglicher als auch außervertraglicher Pflichten (z.B. gelten Vorschriften über den Erfüllungsanspruch

⁷ Oder „entschuldigte Nichterfüllung wegen eines Hindernisses“ – Nichterfüllung aufgrund eines Hindernisses, das außerhalb der Kontrolle der Parteien liegt (siehe dazu auch: §§ 1.227, 1.274, 1.351, 1.510, 1.634 ZGB, alle relevanten für die Koordinaten der Unmöglichkeit der Erfüllung).

⁸ Vgl. zu der Geschichte der Annahme des Kodex sowie zu den Quellen der rechtlichen Inspiration *Nicolae, Elaborarea Noului Cod civil*, in: *Codex Iuris Civilis*, T. 1, 2012, S. XXVff.

gleichermaßen für Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen) sowie für zivil- und handelsrechtliche Verpflichtungen.⁹ Ausgenommen sind offensichtlich unpassende Regelungen (z. B. sind die §§ 1.549–1.554 ZGB über Rücktritt und Kündigung bei außervertraglichen Schuldverhältnissen ungeeignet). Im Übrigen gelten die Vorschriften auch für die Folgen bei berechtigter oder unberechtigter Nichterfüllung (z. B. eröffnet § 1.557 Abs. 2 ZGB bei vorübergehender Unmöglichkeit den Weg zu den allgemeinen Rechtsbehelfen genauso wie in gewissen Fällen der berechtigten Nichterfüllung). In engem Zusammenhang mit den Rechtsbehelfen steht der Abschnitt über die Restitutionsregelungen nach Vertragsauflösung (Der Titel VII, §§ 1.635–1.649 ZGB und auch §§ 1.321–1.323 ZGB).

9. Besondere gesetzliche Vorschriften. Neben den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen gibt es zahlreiche besondere, teilweise davon abweichende Normen zu den einzelnen vertraglichen Rechtsbehelfen (insbesondere in den Vorschriften über regulierte Verträge, die als „Nominatverträgen“¹⁰ – auf Rumänisch „contracte numite“, bezeichnet werden).

10. Wahlmöglichkeit zwischen Rechtsbehelfen gegen Nicht-Optionsprinzip zwischen Haftungen. Nach der allgemeinen Vorschrift des § 1.516 ZGB steht dem Geschädigten grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen den angemessenen Rechtsbehelfen zu (*Das Prinzip der freien Wahl zwischen Rechtsbehelfen*¹¹). Dies trifft zwar grundsätzlich zu, § 1.350 Abs. 3 ZGB erlaubt die Wahl der Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung jedoch nur, wenn die Verpflichtung auch wirklich vertraglicher Natur ist. Folglich darf der Gläubiger die Rechtsbehelfe bei unerlaubter Handlung nicht anwenden, wenn die Verpflichtung aus einem Vertrag herrührt. Dies wird als *Nicht-Optionsprinzip* zwischen Haftungen¹² bezeichnet.

⁹ Das ZGB ging zu einem monistischen System der Regulierung zivil- und handelsrechtlicher Schuldverhältnisse über. Vgl. Nicolae, Unificarea dreptului obligațiilor civile și comerciale, 2015, S. 454 ff.

¹⁰ Siehe insbesondere die Rechtsbehelfsbestimmungen in der Kaufvertragsordnung: § 1.694 ZGB (über die Verweigerung der Lieferung bei voraussichtlicher Unmöglichkeit der Zahlung des Preises); §§ 1.701–1.706 und §§ 1.709–1.718 ZGB (über die Rechtsbehelfe bei Rechtsmängeln und bei Sachmängeln); § 1.724–1.725 (über die Rechtsbehelfe bei Nichtzahlung) und so weiter. Tatsächlich enthält fast jede Nominierungsvertragsregelung spezifische Bestimmungen über Rechtsbehelfe (z. B. §§ 1.790–1.795 ZGB bzw. 1.797–1.804 ZGB über die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung des Vermieters bzw. der Mieterpflichten aus dem Mietvertrag). Üblicherweise ist die Regelung der Rechtsbehelfe „horizontal“, in dem Sinne, dass der Gesetzgeber zu einer Aufzählung der Pflichten der Parteien übergeht, gefolgt von einer Regelung der Rechtsbehelfe für deren Nichterfüllung.

¹¹ Siehe, Popa, in: Pop/Popa/Vidu, Drept civil. Obligațiile, 2020, S. 200 ff., N. 120; Ghinoiu, in: Baiaș et alii, S. 1691 ff.

¹² Von Art. 1452 Abs. 2 CCQ inspiriert, geht diese Bestimmung von einem traditionellen französischen Prinzip des *Non-cumul des responsabilités* aus (siehe Mazeaud/Mazeaud/Chabas, Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1, Obligations. Théorie générale, Paris, 1998, S. 401 ff.). Das Prinzip existierte schon im alten ZGB (Eliescu, Răspunderea civilă delictuală, București, 1972, S. 60 ff.; Stătescu/Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, București, 1998, S. 132 ff.; Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile, V. 2, Contractul, București, 2009, S. 645 ff.,

11. Ausnahmen vom Nicht-Optionsprinzip. Die Doktrin des Nicht-Optionsprinzips gilt jedoch nicht ausnahmslos und wird in einer Reihe von Ausnahmen – von Situationen des Verschuldens bei Vertragsschluss (*Culpa in contrahendo*)¹³ bis zur Berufshaftung¹⁴ – durchbrochen. Bislang wurden, trotz der gesetzlichen Formulierung des Prinzips, keine eindeutigen Kriterien für die Unterscheidung zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung festgelegt, sie ist daher auch weiterhin umstritten.¹⁵ Unklare Situationen treten jedoch nur selten auf, und in der Regel sind die gemeinsamen Kriterien (abgeleitet aus den gesetzlichen Definitionen der beiden Arten von Haftungen – §§ 1.349, 1.350 und 1.530 ZGB) sinnvoll.

III. Der Begriff der Rechtsbehelfe in der rumänischen Rechtslehre

1. „Rechtsbehelfe“ oder „Sanktionen“?

12. Die Tradition der Sanktion. Die Doktrin über die Auswirkungen der Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung erfuhr schon vor der Verabschiedung des neuen Zivilgesetzbuches einige Wendungen. Lange Zeit sahen rumänische Juristen, dem typisch französischen Sprachgebrauch¹⁶ folgend, das Bündel von Mitteln, die Gläubiger bei Nichterfüllung gegen ihre Schuldner einsetzen können, als „Sanktio-

N. 260). Zum aktuellen Stand der Nicht-Option unter den Grundlagen der Rechtsbehelfe siehe *Popa*, *Evaziunea normelor răspunderii contractuale*, in: Mangu, *Probleme controversate în dreptul obligațiilor*, București, 2019, S. 442 ff.; *Pop*, in: *Pop/Popa/Vidu*, S. 449 ff., N. 380). Das Nicht-Optionsprinzip wurde in der Rechtsprechung vollumfänglich bestätigt (ICCJ, Zivilsektion II, Entscheidung Nr. 3090/3013, abrufbar unter www.scj.ro; auch, ICCJ, Zivilsektion II, Entscheidung Nr. 242/2014, abrufbar unter www.scj.ro; auch C.A. București, Zivilsektion VI, Entscheidung Nr. 1183/2019, unter www.rolii.ro).

¹³ Siehe beispielsweise die Diskussion der Überschneidung zwischen *Error in substantiam* und Rechtsbehelfen gegen versteckte Mängel: *D. Chirică*, *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, V. 1, Vânzarea și schimbul, București 2017, S. 250 ff., Nr. 623 ff.; *L. Pop*, *Obligația de informare*, in: Nicolae/Rizoiu/Toma-Dăuceanu, *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, S. 617 ff. Die Perspektive unserer Lehre ist zu einem großen Teil von der französischen Rechtsprechung inspiriert (vgl. *Ghestin*, *La formation du contrat. Le Consentement*, 4. Aufl., LGDJ, Paris, 2013, S. 1249 ff., Nr. 1512 ff.), ohne sich dabei wirklich von der europäischen Perspektive zu entfernen. Die Frage der Überlagerung von Klagen aufgrund Konformitätsgarantien oder wegen versteckter Mängel wurde vor einigen Jahren viel diskutiert – siehe insbesondere *M. Alter*, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, Paris, 1972, S. 222 ff.; *Popa*, *Conformitatea lucrului vândut*, *Universul Juridic*, 2010, S. 54 ff.; *Popa*, in: *Pop/Popa/Vidu*, S. 63, Nr. 37.

¹⁴ *L. Boilă*, *Răspunderea profesioniștilor în domeniul medical – o nouă ipoteză de răspundere civilă*, *Pandectele Române* 7/2009, S. 53 ff.; *Popa*, *Evaziunea normelor răspunderii contractuale*, S. 451 ff.

¹⁵ *Pop*, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, V. III, *Raporturi obligaționale extracontractuale*, București, 2020, S. 170 ff., Nr. 59 ff.; *Popa*, *Evaziunea răspunderii contractuale*, S. 455; *L. R. Boilă*, in: *Baias et alii*, 3. Aufl., București, 2021, S. 1611 ff.

¹⁶ Siehe, z. B. *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, *Droit des obligations*, Paris, 2016, S. 491 ff., N. 872.

nen“.¹⁷ Dieser Ansatz ist tatsächlich stark an die kanonische Tradition gebunden, die streng auf *Verschulden* und *Bestrafung* basiert.¹⁸ Der Sanktionsbegriff ist mit dem Begriff der Bestrafung oder Strafung verbunden, also mit dem Gedanken eines bestimmten rechtlich nicht akzeptierten Verhaltens des nichtleistenden Schuldners. Aus diesem Grund hat die Sanktion in der alten Tradition eine *Vorwegnahmemental* gegenüber dem wirtschaftlichen Merkmal. Folglich ist die Moral der Kern des Sanktionsbegriffs. Die Idee der moralischen Bestrafung hingegen schließt nicht unbedingt aus, durch eine Sanktion auch die Befriedigung des Gläubigers zu erreichen – was normalerweise der wirtschaftliche Aspekt des analysierten Begriffs ist. Teilweise spiegelt sich diese alte Tradition auch in einigen Rechtsvorschriften wider,¹⁹ wenngleich das ZGB diesbezüglich im Allgemeinen neutral ist.²⁰

13. Die Herausforderung der alten Terminologie. In jüngster Zeit, insbesondere aufgrund des wachsenden Einflusses des europäischen *ius commune* in Rumänien, hat die Verwendung des anglo-amerikanischen Rechtsbegriffs der „remedies“ („remedii“ oder Rechtsbehelfe) eine beständige Verwendung in der Rechtslehre gefunden.²¹ Die Neukonzeption ist offen an einen bestimmten ökonomischen Ansatz geknüpft, nämlich an das Bedürfnis, *den Gläubiger zu befriedigen*. Mit anderen Worten sollte die Nichterfüllung eher aus vorausschauender wirtschaftlicher als aus moralischer Sicht betrachtet werden.²² Die Verknüpfung zwischen dem wirtschaftlichen Ansatz und dem eigentlichen Rechtsbehelfsgedanken bleibt meistens im sogenannten *Leistungsinteresse* (*performance interest*) bestehen²³ und der Notwendigkeit, dieses Gläubigerinteresse am Fortbestand des Vertrags zu schützen.

14. Das ZGB ist diesbezüglich überwiegend neutral und verwendet nur manchmal (vermeintlich zufällig) die alte Terminologie. Heutzutage scheint nur ein kleiner Teil der Literatur von der im Aufschwung befindlichen neuen Theorie der Rechtsbehelfe

¹⁷ *Oprîșan*, Sancțiunea în dreptul civil român. O posibilă sinteză, RRD 11/1982, S. 20 ff.; *Costin*, Contribuții la studiul sancțiunii juridice, SCJ, 1978, S. 146 ff.; *Mureșan/Chirică*, Contribuții la studiul conceptului de sancțiune civilă (I und II), in: Studii de drept privat, S. 92 ff.

¹⁸ *Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, S. 542 ff.

¹⁹ Das Wort „Sanktion“ wird im ZGB zum Teil verwendet (z. B. § 1.724 ZGB, über „die Sanktion der Nichtzahlung des Preises“).

²⁰ Z. B. § 1.516 Abs. 2 ZGB das Wort „Mittel“ und nicht „Sanktionen“ verwendet.

²¹ *Popa*, in: Pop/Popa/Vidu, S. 193 ff., N. 119 ff.; *Paziuc*, Răspunderea contractuală. O analiză juridică și economică, București, 2019, S. 71 ff.; *Diaconiță*, Executarea silită în natură a obligațiilor contractuale în sistemul Codului civil român, București, 2017, S. 61 ff.; *Zamșa/Ghinoiu*, in: Baiaș et alii, S. 1823 ff.; *Terzea*, Răspunderea civilă contractuală, București, 2021, S. 4 ff.; gegen die neue Welle *Nicolae*, Natura juridică a „remediilor“ (sancțiunilor) contractuale, in: Nicolae/Rizoiu/Toma-Dăuceanu, S. 582 ff.; siehe zur Verwendung der alten Terminologie, *Vasilescu*, Drept civil. Obligații, București 2017, S. 526 ff.

²² *Popa*, in: Pop/Popa/Vidu, S. 194, N. 119.

²³ Siehe *Friedmann*, The Performance Interest in Contract Damages, in: Law Quarterly Review Nr. 111/1995, p. 628 urm.

abzuweichen.²⁴ Der überwiegende Teil der Literatur scheint jedoch stark mit der Theorie der Rechtsbehelfe verbunden zu sein.²⁵ Weil der neutrale Wortlaut des § 1.516 ZGB die Annahme der zuletzt genannten Sichtweise zulässt, soll in diesem Beitrag der Begriff *Rechtsbehelfe* bevorzugt verwendet werden. Der Begriff ist besser geeignet, das geänderte Augenmerk hinsichtlich der Mittel des Gläubigers zu verdeutlichen. Der Gläubiger soll die erwartete Befriedigung aus dem abgeschlossenen, aber nicht erfüllten Vertrag erlangen. Diese Ansicht hat einige *praktische Konsequenzen*. Erstens folgt daraus der Grundgedanke, dass Rechtsbehelfe auch in Anspruch genommen werden können sollen, *ohne dass ein Verschulden des Schuldners nachgewiesen werden muss* (bis auf den Schadenersatz). Zweitens müssen die Rechtsbehelfe daher auch im Allgemeinen *für Fälle der entschuldigten Nichterfüllung geeignet sein*.

15. Zum Verständnis des Rechtsbehelfssystems im rumänischen Zivilgesetzbuch sind noch zwei weitere Erläuterungen notwendig, und zwar zum Begriff der vertraglichen Haftung und zum Begriff der ungerechtfertigten Nichterfüllung.

2. Umfasst die „vertragliche Haftung“ alle Rechtsbehelfe?

16. Nach der klassischen französischen Vertragstheorie hat sich die sog. *responsabilité contractuelle* als Konzept entwickelt, das strikt die sog. *exécution par équivalent* (Erfüllung durch Äquivalent, d. h. Schadenersatz statt der Leistung) abdeckt.²⁶ Diese Auffassung wurde von der frührumänischen Lehre und auch von der Rechtsprechung übernommen. Dieselbe Doktrin besteht unter dem neuen ZGB weiter fort.²⁷

17. Doch eine im Vordringen befindliche Auffassung scheint diesen Ansatz in Frage zu stellen. Einige Autoren befürworten ein erweitertes Verständnis des Begriffs der vertraglichen Haftung, welches das gesamte Spektrum der Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung umfasst.²⁸ Nach dieser neuen

²⁴ Nicolae, *Natura juridică a „remediilor“ (sanctiunilor) contractuale*, in: Nicolae/Rizoioiu/Toma-Dăuceanu, S. 582 ff.

²⁵ Siehe Fußnote 21.

²⁶ *Planiol*, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. II, Paris, 1905, N. 871, S. 830 ff., und auch N. 877, 878; *Planiol/Ripert*, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1930, t. 6, *Les obligations*, S. 870 ff.; *Mazeaud/Mazeaud/Chabas*, N. 391, S. 384 ff.

²⁷ *Popescu/Anca*, *Teoria generală a obligațiilor*, București, 1968, S. 320, N. 379; *Anghel/Deak/Popa*, *Răspunderea civilă*, București, 1970, S. 285 ff.; *Eliescu*, S. 60 ff.; *Statescu/Bîrsan*, S. 132 ff.; *Pop*, *Teoria generală a obligațiilor*, București, 2000, S. 353 ff.; *Pop*, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, v. II, *Contractul*, București, 2009, S. 645, N. 260.

²⁸ *Paziuc*, *Răspunderea contractuală*, S. 72 ff.; *Paziuc*, *Răspunderea contractuală și sistemul remediilor pentru neexecutarea obligațiilor contractuale*, RRDP 1/2015, S. 139 ff.; teilweise, auch *Diaconiță*, *Neexecutarea fără justificare și neexecutarea culpabilă*. Scurt exercițiu de corelare, RRDP 1/2015, S. 86 ff.

Ansicht ist die vertragliche Haftung ein Gesamtkonzept, das alle Rechtsbehelfe abdeckt.

18. In diesem Beitrag soll jedoch ein neutraler Ansatz verwendet werden: Um Auseinandersetzungen vorzubeugen wird der Begriff „Haftung“ vermieden und der Begriff „Schadensersatz“ verwendet, obwohl der Autor die zuerst genannte Ansicht bezüglich der Bedeutung der vertraglichen Haftung teilt.²⁹

IV. Der entscheidende Rechtsbegriff: die (un)gerechtfertigte Nichterfüllung

19. Ungerechtfertigte Nichterfüllung – Darstellung. Zum Verständnis der Rechtsbehelfe soll die Bedeutung des Begriffs der ungerechtfertigten Nichterfüllung erklärt werden. Dadurch wird zugleich die Reichweite des § 1.516 II ZGB und der Zusammenhang zwischen einem Verschulden und der Anwendbarkeit von Rechtsbehelfen hervorgehoben.

20. Grundsätzlich greifen die Rechtsbehelfe im rumänischen Recht nur bei ungerechtfertigter Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten. Allerdings regt jedenfalls eine Vorschrift – § 1.557 ZGB – ein anderes Verständnis an. Unter Verweis auf diese Vorschrift (insbesondere ihres zweiten Absatzes³⁰) wird daher vielfach geschlussfolgert, dass die meisten Rechtsbehelfe (insbesondere die Aufhebung und die *exceptio non adimpleti contractus*) auch bei berechtigter Nichterfüllung anwendbar sind.³¹ Das ist nur ausnahmsweise dann nicht der Fall, wenn – wie § 1.517 ZGB³² vorschreibt – die Nichterfüllung dem Gläubiger selbst zuzurechnen ist.

21. Bei der dogmatischen Einordnung dieser Regelungen stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach einer Auffassung ist das Verschulden Voraussetzung für die Anwendbarkeit jeglicher Rechtsbehelfe.³³ Diese Ansicht erweitert ihr traditionel-

²⁹ Popa, *Coordonatele răspunderii contractuale. Partea I – Fundamentele răspunderii contractuale*, RRDP 5/2015, S. 136 ff.

³⁰ Nach § 1.557 II ZGB: „Ist die Unmöglichkeit der Leistung der Verpflichtung vorübergehend, kann der Gläubiger die Leistung seiner eigenen Verpflichtungen aussetzen oder die Vertragsaufhebung erwirken. In letzterem Fall gelten die Regeln zum Vertragsrücktritt sinngemäß.“

³¹ Ilie, *Riscurile în contracte. De la Vechiul la Noul Cod civil*, București, 2012, S. 58 ff.; Popa, in: Pop/Popa/Vidu, S. 275 ff., N. 172 ff.; Vasilescu, S. 531; Terzea, S. 309 ff., N. 195 ff.

³² § 1.517 ZGB, entnommen aus Art. 7.1.2 PICC oder Art. 8:101 (3) PECL, bestimmt: „Eine Partei kann nicht eine Nichtdurchführung der Verpflichtungen der jeweils anderen Partei vorbringen, sofern die Nichtdurchführung durch ihr eigenes Handeln oder Unterlassen bewirkt wurde.“

³³ Siehe Stoica, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, București, 1997, S. 54 ff., N. 31–32; Stoica, *Fundamentul rezoluțiunii și al rezilierii*, in: RRDP nr. 6/2013, pp. 18–19; Stoica, *Înțelesul noțiunilor de rezoluțiune și reziliere în Codul civil român*, S. 14; Daghie, *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor*, București, 2013, S. 123 ff.; Boroi/Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, S. 181 ff.; Zamșa, in: Baiaș et alii,

les Verständnis des Rechtsbehelfssystems unter Rückgriff auf den Wortlaut des § 1.516 Abs. 2 ZGB insoweit, dass eine ungerechtfertigte Nichterfüllung mit einem Verschulden des Schuldners an der Nichterfüllung gleichbedeutend ist. Die neuere – der Neuregelung des ZGB gerecht werdenden – Auffassung knüpft jedoch eher an die *Idee der objektiven Risikoordnung* und an den Begriff der *unerlaubten Nichterfüllung*³⁴ als an den Begriff des Verschuldens³⁵ an. Daher stehen nach dieser zweiten Betrachtungsweise alle Rechtsbehelfe (außer Schadensersatz und bis zu einem gewissen Punkt Zwangsvollstreckung) für eine Nichterfüllung auch ohne ein Verschulden des Schuldners zur Verfügung. Einzige Voraussetzung ist, dass die Nichterfüllung nicht vom Gläubiger selbst verursacht wurde.

22. Vertragsverletzung vs. Nichterfüllung. Unter Zugrundelegung der zuletzt genannten, herrschenden Ansicht,³⁶ wurde in einer kürzlich erschienenen Untersuchung unter Anlehnung an den Ansatz des DCFR zu Rechtsbehelfen³⁷ gefordert, dass es eine praktikable Unterscheidung zwischen einer ungerechtfertigten und einer gerechtfertigten Nichterfüllung geben müsse. Diese Unterscheidung solle möglichst durch eine Vorschrift innerhalb der Regelungen über Rechtsbehelfe geregelt werden.

23. Dazu wird vorgebracht,³⁸ dass die *gerechtfertigte (oder entschuldigte) Nichterfüllung* eng an den Begriff der Unmöglichkeit geknüpft sei. Sie stelle mithin keinen Verstoß gegen die vertragliche Leistungspflicht und daher auch keine „Pflichtverletzung“ dar. Demgegenüber sei die ungerechtfertigte (oder nicht entschuldigte) Nicht-

S. 1752, N. 6ff.; L. Toma-Dăuceanu, La résolution unilatérale. Droit comparé franco-roumain, Paris, 2016, S. 168, N. 200. Für die Rechtsprechung, siehe Cas. I, Entscheidung 537/1915, in: Codul civil adnotat (Hamangiu), B. II, București, 1999, N. 9, S. 571; Tribunalul Suprem (Ehem. Oberstes Gericht), col. civ. (Zivilsektion), Entscheidung 2299/1955, in: Legalitatea Populară 1/1956; oder Tribunalul Suprem, col. civ., Entscheidung 2266/1984, in: Culegere de Decizii 1984, S. 96.

³⁴ Aus dem französischen Wortlaut „inexécution illicite du contrat“ (siehe Chabas, L'inexécution licite du contrat, Paris, 2002).

³⁵ Auch die Formulierungen „imposibilitate obiectivă“ (objektive Zurechenbarkeit) oder „vinovăție obiectivă“ (objektive Schuld) werden verwendet (Paziuc, Răspunderea contractuală, S. 378).

³⁶ Popa, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor pentru neexecutarea contractului, RRDP 4/2020, S. 355 ff., N. 31 ff.; ähnlich Ilie, S. 81 ff.; Paziuc, Răspunderea contractuală, S. 203.

³⁷ Siehe von Bar/Clive, Draft Common Frame of Reference (DCFR), München, 2009, S. 772. Die drei Regeln sind, wohl in der modernsten Formel zur Anwendung der Rechtsbehelfe, in Art. III. – 3:101 DCFR (Remedies available): „(1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter. (2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages. (3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance“.

³⁸ Popa, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor pentru neexecutarea contractului, S. 357 ff.; N. 37.

erfüllung sehr wohl eine *Vertragsverletzung*³⁹ oder *Pflichtverletzung*. Nichtsdestotrotz stehen in beiden Fällen Rechtsbehelfe zur Verfügung.

24. Einheitliche Lösung. Für beide Arten der Nichterfüllung stehen geeignete Rechtsbehelfe zur Verfügung (z. B. die Aufhebung wegen vorübergehender Unmöglichkeit der Leistung, die eine wesentliche Nichterfüllung des Vertrages darstellt). Mit der jeweiligen Nichterfüllung unvereinbare Rechtsbehelfe sind jedoch stets ausgeschlossen (z. B. ist bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung ein Erfüllungsanspruch ungeeignet und ein Schadensersatzanspruch unangemessen). Der Hauptunterschied zwischen den beiden Arten der Nichterfüllung besteht nicht in den zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen, sondern in *der Zuweisung von Risiken*. Bei § 1.548 ZGB bleibt die einheitliche Lösung bestehen, die vorsieht, dass bei Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung ein Verschulden des Schuldners vermutet wird.

25. Praktische Auswirkungen. Die wichtigsten praktischen Konsequenzen dieser Unterscheidung sind: (i) Für jede (gerechtfertigte oder ungerechtfertigte) Nichterfüllung gibt es einen geeigneten Rechtsbehelf; (ii) das Verschulden ist keine allgemeine Voraussetzung für Rechtsbehelfe; (iii) das Verschulden ist lediglich Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatz.⁴⁰

V. Die Grundsätze und Regeln für Rechtsbehelfe

26. Die rumänische Rechtslehre hat eine Reihe von Leitlinien für die Systematik der Rechtsbehelfe festgelegt. Diese werden „Grundsätze für Rechtsbehelfe“ oder „Rechtsbehelfstheorie“ genannt⁴¹ und im Folgenden dargestellt. Im Allgemeinen folgen diese Grundsätze dem vergleichenden europäischen Ansatz in diesem Bereich.⁴²

1. Das Recht auf vertragsgemäße Leistung

27. Das Recht auf die sogenannte „Konformität“ (Vertragsmäßigkeit) der Leistung ist ein Ausdruck des in § 1.270 ZGB⁴³ niedergelegten Grundsatzes *pacta sunt servanda*. Inspiriert von der Debatte über die (Nicht-)Konformität verkaufter

³⁹ Als „(...) unberechtigte Abweichung einer Partei vom Vertragsprogramm.“ (*Schlechter/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, Tübingen, 2005, S. 217, N. 446; S. 220, N. 452).

⁴⁰ Popa, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor pentru neexecutare, N. 37.

⁴¹ Popa, in: Pop/Popa/Vidu, S. 193 ff., N. 119 ff.

⁴² Nach dem Beispiel von DCFR und PECL (siehe *Kleinschmidt*, in: Jansen/Zimmermann, *Commentaries of European Contract Laws*, Oxford, 2018, S. 1088 ff.)

⁴³ § 1.270 Abs. 1 Buchst. 1 ZGB bestimmt: „Ein gültig geschlossener Vertrag hat zwischen den Vertragsparteien Gesetzeskraft.“

Waren,⁴⁴ stellt dieser Grundsatz (wieder) fest, dass der Gläubiger das Recht auf Erfüllung aller drei Aspekte der Leistung hat: *Ort, Art und Zeitpunkt der Leistung*. Der Inhalt der geschuldeten Leistung wird dabei festgelegt durch die *subjektiven Standardaspekte* (wie im Vertrag vorgeschrieben) oder, falls vorhanden, einen *objektiven Standard* (wie durch das *ius dispositivum* oder die entsprechenden Bräuche vorgeschrieben ist). Das ist das allgemeine Verständnis von § 1.516 Abs. 1 ZGB⁴⁵ in der Rechtslehre.⁴⁶ Die nicht ordnungsgemäße Leistung berechtigt den Geschädigten zu Rechtsbehelfen.

2. Der passende Rechtsbehelf

28. Für jede Vertragsverletzung und auch für jede Nichterfüllung gibt es einen *angemessenen Rechtsbehelf*, der zur Befriedigung des Gläubigers führt. Dazu sind einige Anmerkungen erforderlich: (i) das Recht auf Rechtsbehelfe entsteht, sobald eine Nichterfüllung vorliegt, gleich wie marginal oder schwerwiegend sie ist; (ii) die Nichterfüllung ist die einzige Voraussetzung, das Verschulden ist normalerweise keine Voraussetzung (mit Ausnahme des Schadensersatzes); (iii) die Nichterfüllung sollte normalerweise ungerechtfertigt sein, aber nicht immer, da selbst bei Unmöglichkeit einige der Rechtsbehelfe verfügbar stehen); (iv) die Nichterfüllung sollte nicht dem Gläubiger zuzurechnen sein – das heißt, die Nichterfüllung kann nicht vom Gläubiger selbst verursacht werden (siehe § 1.517 ZGB).

3. Das Prinzip des Favor Contractus

29. Als weiterer Ausdruck von *pacta sunt servanda*⁴⁷ basiert *favor contractus* auf der Idee des Fortbestands des Vertrages. Das bedeutet, der Vertrag wird so lange aufrechterhalten, wie dies für die Parteien praktisch geeignet ist und das Vertragsziel noch erreicht werden kann.⁴⁸ Dieses Prinzip ist der rote Faden für die Systematik der Rechtsbehelfe. Es beschreibt gleichzeitig die Trennlinie zwischen den *natürlichen Rechtsbehelfen* (die den Vertrag bestehen lassen) und den sogenannten *invasiven Rechtsbehelfen* (die dazu neigen, den Vertrag zu zerstören). Es gibt einige rechtliche Ausprägungen, die den Vorrang der Vertragserhaltung betonen: (i) das Prinzip der „zweiten Chance“, veranschaulicht durch die allgemeine Voraussetzung der Nachfrist für Rechtsbehelfe (und auch für die Nacherfüllung statt der Ersatzliefere-

⁴⁴ Popa, Efectele agreării executării obligației. Agrearea conformității în cazul vânzării, RRDP 2/2007, S. 163 ff.; Pop, Contractul, S. 508.

⁴⁵ So wird § 1.516 Abs. 1 ZGB für gewöhnlich aufgefasst.

⁴⁶ Vasilescu, S. 526–527; Zamșa/Ghinoiu, in: Baiaș et alii, S. 1823 ff.; Terzea, S. 234 ff.; und auch Neexecutarea obligațiilor contractuale, RRDP 3/2018, S. 14 ff.

⁴⁷ Basierend auf den moralischen Überresten des kanonischen Rechts und der grundlegenden Präferenz für Leistung statt Schadensersatz – Zimmermann, S. 542 ff.

⁴⁸ Popa, in: Pop/Popa/Vidu, S. 198 ff., N. 120.

rung) – nach § 1.516 Abs. 2 ZGB; (ii) der für die Vertragsaufhebung erforderliche hohe Schwellenwert (wesentliche oder grundlegende Verletzung – nach § 1.551 Abs. 1 ZGB); (iii) der Vorrang einer lediglich teilweisen Aufhebung des Vertrags anstelle einer vollständigen Aufhebung (nach § 1.548 ZGB); (iv) die Möglichkeit für den unzufriedenen Gläubiger, die Leistung verlangen zu können, gleich wie teuer oder aufwändig sie ist, es sei denn, das ist unmöglich. Kurz gesagt, *hat der Gesetzgeber die Leistung als erstes und die Vertragsaufhebung als letztes Mittel an Rechtsbehelfen konzipiert.*

4. Das Prinzip der zweiten Chance

30. Das Prinzip der zweiten Chance ist Teil des *favor contractus*, weil es eher die Vertragsdurchführung durch Leistung als die Vertragsauflösung fördert. Das Prinzip hat in zweifacher Hinsicht Bedeutung: (i) einerseits hat die geschädigte Partei nur dann einen Rechtsbehelf, wenn sie dem säumigen Schuldner zuvor eine Nachfrist zur Leistung eingeräumt hat (nach § 1.521 – 1.526 ZGB); (ii) andererseits (und dementsprechend) hat der nicht leistende Schuldner ein *Recht auf Heilung* (d. h. Berichtigung) *seiner Leistung oder auf Nachleistung* (ein Recht, das sich aus der entsprechenden Pflicht zur Einräumung einer Nachfrist ergibt).

5. Das Prinzip der Kumulierung kompatibler Rechtsbehelfe

31. Wird die *Überlappung von Rechtsmitteln* akzeptiert?⁴⁹ Die Antwort auf diese Frage ist in drei Abschnitte zu unterteilen: (i) Wenn nur *Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung* zur Verfügung stehen, können diese kumuliert werden, solange sie miteinander vereinbar sind (z. B. Aufhebung oder Kündigung plus Schadensersatz – sind vereinbar; Zurückbehaltungsrecht plus Erfüllungsanspruch – auch normalerweise vereinbar; aber: Aufhebung und (erzwungene) Leistung – nicht miteinander vereinbar); (ii) wenn gleichzeitig *sowohl Rechtsbehelfe wegen Anfechtbarkeit des Vertrages als auch Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung zur Verfügung stehen* (z. B. wenn Rechtsbehelfe wegen Verschuldens bei Vertragsschluss und Rechtsbehelfe wegen versteckter Mängel der verkauften Ware in Betracht kommen), sollte der Gläubiger normalerweise das Recht haben, frei zwischen Rechtsbehelfen zu wählen; (iii) die Regel des Nichtwahlrechts zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung (nach § 1.350 ZGB) schränkt auch die freie Kumulierung von Rechtsbehelfen ein,⁵⁰ weil damit gleichzeitig ein Nichtwahlrecht zwischen vertraglichen und außervertraglichen Rechtsbehelfen einhergeht.

⁴⁹ Das Prinzip geht hier von der gemeinsamen vergleichenden Frage der „overlapping remedies“ aus. Das Problem ist ähnlich wie im schweizerischen Zivilrecht als Absorptions-theorie („théorie de l’absorption“) identifiziert (Tercier/Pischnoz, *Le droit des obligations*, Genève, 2019, S. 164, N. 689).

⁵⁰ Siehe II B, N. 10 – 11.

6. Die Beschränkungen der Rechtsbehelfe

32. *Ist die Rechtsbehelfsfreiheit absolut?* Die Antwort umfasst zwei Hauptaspekte: (i) Normalerweise und gegenwärtig hat der Gläubiger das Recht, zwischen Rechtsbehelfen zu wählen. Dieses Recht wird in der Rechtslehre gelegentlich als *potestatives Recht* (Gestaltungsrecht) angesehen.⁵¹ Normalerweise ist diese Art von Recht nicht beschränkt.⁵² Da jedoch *Treu und Glauben*⁵³ als übergeordneter Grundsatz des rumänischen Zivilrechts gilt (siehe § 14 und insbesondere § 1.170 ZGB⁵⁴), unterliegt diesem auch die Ausübung von Gestaltungsrechten. Folglich kann ein übermäßiger Gebrauch von Potestativität (d.h. die Verwendung eines völlig unverhältnismäßigen Rechtsbehelfs für die vorliegende Nichterfüllung) einen *Rechtsmissbrauch*⁵⁵ darstellen und daher verboten oder „gerügt“ werden; (ii) für einige der Rechtsbehelfe besteht eine Grenze in der *Unmöglichkeit* der Leistung. Daher kann der Gläubiger im Falle der Unmöglichkeit weder Erfüllung noch Schadensersatz verlangen (stattdessen kann er andere Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen, wenn diese vereinbart sind – z. B. Aufhebung).

VI. Das System der Rechtsbehelfe

33. Die Klassifikation und Zuordnung der Rechtsbehelfe. Die Klassifikation von Vertragsverletzungen (zwischen *normaler oder unwesentlicher Verletzung* und *wesentlicher oder grundlegender Verletzung*) führt auch zu einer Klassifikation von Rechtsbehelfen. In der Regel wird zwischen *natürlichen Rechtsbehelfen* (Erfüllung von Ansprüchen und insbesondere das Recht auf Nacherfüllung und Nachfrist) und *eingreifenden Rechtsbehelfen* (wie Aufhebung und Schadensersatz) unterschieden.

34. Die Hierarchie. Aus technischen Gründen wird anerkannt, dass nach dem Konzept der wesentlichen Nichterfüllung (wesentlichen Vertragsverletzung) und

⁵¹ Siehe *Nicolae*, *Natura juridică a remediilor*, S. 605 ff.

⁵² *Stoica*, *Drepturile patrimoniale atipice*, *Dreptul* 3/2003, S. 55 ff.; *Reghini*, *Considerații privind drepturile potestative*, *Pandectele Române* 4/2003, S. 236 ff.; *Nicolae*, *Drept civil. Teoria generală*, 2. B., S. 166 ff., N. 61 ff.

⁵³ *Floare*, *Buna și reaua-credință în negocierea și executarea contractelor de drept comun*, București, 2015, S. 234 ff.; *Popa*, *Buna-credință în dreptul contractelor. Genealogia, sursele și funcțiile bunei-credințe în dreptul contractelor*, in: *Nicolae*, *Actul juridic în Noul Cod civil. Probleme teoretice cu implicații practice*, București, 2020, S. 41 ff.; *Nicolae*, *Buna-credință și echitatea în Noul Cod civil*, *RRDP* 4/2020, S. 70 ff.; *Rizoiu*, *Intre credință și încredere: despre standarde de bună-credință în materie de garanții*, *RRDP* 4/2020, S. 111 ff.

⁵⁴ § 1.170 ZGB bietet das „Die Parteien müssen sowohl bei der Aushandlung als auch beim Abschluss des Vertrags und während seiner gesamten Ausführung nach *Treu und Glauben* handeln. Sie dürfen diese Verpflichtung nicht aufheben oder einschränken.“

⁵⁵ *Popa*, *Remediile abuzului de drept contractual*, *RRDP* 6/2014, S. 174 ff.; *Diaconescu*, *Abuzul de drept, mecanism pentru justiția contractuală*, in: *Mangu/Bercea*, *In honorem Ion Luță*, București, 2016, S. 78 ff.; *Paziuc*, *Decizia de a nu executa contractul – despre oportunitatea ilicitului contractual*, *RRDP* 3/2019, S. 99 ff.

auch dem Grundsatz des *favor contractus* zwischen den Rechtsbehelfen eine gewisse Hierarchie besteht. Die Anordnung unter dieser Hierarchie schafft die Voraussetzungen für jeden Rechtsbehelf. Die Voraussetzungen reichen von einfachen und gebräuchlichen Anforderungen – wie die Nachfrist für die Leistungserbringung (verfügbar für jede Art von Nichterfüllung) – bis zu hohen Schwellen – wie die „wesentliche Vertragsverletzung“. Gerade aus diesem Grund bleibt die Systematik der Rechtsbehelfe im rumänischen Recht stark kontinental-europäisch konzipiert und folgt nicht der *Perfect Tender Rule* des *Common Law*.

35. Übersicht über die Rechtsbehelfe. Dem Kapitel II des ZGB wird ein kumulativer Ansatz von Rechtsbehelfen zugrunde gelegt. Es gibt eine *allgemeine Normierung* in § 1.516 Absatz 2 ZGB sowie eine *individuelle Regelung* jedes Rechtsbehelfs in den folgenden Abschnitten des Kapitels. Die speziellen Vorschriften zu den Nominatsverträgen enthalten zudem eine Reihe besonderer Bestimmungen für spezifische Rechtsbehelfe, die gelegentlich von den gemeinsamen Bestimmungen abweichen und/oder sie unter einem anderen Wortlaut „neu laden“.

36. Einige der Rechtsvorschriften werden in der Lehre nicht immer als konkrete Rechtsbehelfe, sondern eher als deren Voraussetzungen angesehen.⁵⁶ Dies ist auch eine Grundlage für einen vergleichenden Ansatz der manchmal einige Mittel nur als Teil anderer Rechtsbehelfe betrachtet. Die neue Rechtslage scheint zu sehen, dass alle Mittel, solange sie dem allgemeinen Zweck dienen, den Vertrag und seine ursprünglichen Ziele zu retten, als Rechtsbehelfe zu behandeln sind. Daher führen wir, der Anordnung des Gesetzgebers folgend, den Leser in den Bereich folgender Rechtsbehelfe ein: *Nachfristsetzung*, *Erfüllungsanspruch*, *Leistungsaussetzung*, *Vertragsaufhebung*, *Schadensersatz*. Darüber hinaus wird der Anordnung des Gesetzgebers entsprechend von einer Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsbehelfe auch bei *Unmöglichkeit der Leistung* ausgegangen, sei es wegen Verschuldens des Schuldners oder wegen objektiver Unmöglichkeit („Force majeure“).

1. Nachfrist/Fristsetzung

37. Das Recht auf Leistung nach § 1.516 Abs. 1 ZGB folgt aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*. In der Phase der Fristsetzung wird dem Schuldner jedoch lediglich die Anwendung von weiteren Rechtsbehelfen angedroht. Durch *Inverzugsetzung* (rum. „punere în întârziere“, „somație“) wird der Schuldner aufgefordert, seine Pflicht zu erfüllen, andernfalls droht ihm die Anwendung der Rechtsbehelfe.⁵⁷

⁵⁶ Zum Beispiel regeln die §§ 1.521–1.526 ZGB die Inverzugsetzung („Put in default“) des Schuldners wegen Nichterfüllung („punere în intarziere“ auf Rumänisch, abgeleitet vom französischen „mise en demeure“, dem deutschen „Fristsetzung“). Diese werden von einigen nur als Voraussetzung für eine bestimmte Leistung, Schadensersatz oder Kündigung (siehe Vasilescu, S. 527 ff.; Ghinoiu, in: Baiaș et alii, S. 1824) und von anderen als eigenständiges Rechtsmittel (Popa/Popa/Vidu, S. 204 ff.) im Sinne des UN-Kaufrechts angesehen (vgl. auch Schlechtriem/Schroeter, S. 203, N. 451).

⁵⁷ Ghinoiu, in: Baiaș et alii, S. 1837 ff.

38. Was den *Inhalt* betrifft, muss die Nachfrist „angemessen“ sein (§ 1.522 Abs. 3 ZGB), also zu der Art der Verpflichtung und den Umständen im Verhältnis stehen. Hinsichtlich der *Form* bedarf die Nachfrist der Schriftform. Demgegenüber erfolgt die *Zustellung der Mahnung* formfrei mit der einzigen Bedingung, dass die Zustellung nachgewiesen werden kann (§ 1.522 Abs. 1, 2 ZGB).

39. Die Nachfrist hat mindestens drei rechtliche *Bedeutungen*: (i) sie wirkt als *Rechtsbehelf* an sich – dem Schuldner eine Nachfrist nach Fälligkeit der Schuld anzubieten; (ii) sie dient auch als eine *zweite Chance* für den Schuldner, seinen Verpflichtungen nachzukommen – ihm also Gelegenheit zu geben, seine Nichterfüllung innerhalb der eingeräumten Nachfrist zu „heilen“;⁵⁸ (iii) sie wirkt darüber hinaus als *Vorbereitung der anderen Rechtsbehelfe* – die Gewährung einer angemessenen Nachfrist zur Leistung oder Nacherfüllung ist nämlich Voraussetzung für alle anderen Rechtsbehelfe (allgemein siehe § 1.516 Abs. 2).

40. Es gibt allerdings zahlreiche *Ausnahmen* von den oben erläuterten Regeln bezüglich der Notwendigkeit einer Fristsetzung. All diese Ausnahmen sind Fälle, in denen der Gesetzgeber eine automatische Inverzugsetzung des Schuldners bei Fälligkeit der Leistung vorschreibt. Eine Liste dieser Fälle enthält § 1.523 ZGB: einschlägige vertragliche Bestimmung; alle besonderen Situationen, in denen das Gesetz dies vorschreibt; Situationen, in denen die Erfüllung dringend war, der Schuldner jedoch nicht leistete; wenn der Schuldner sich die Leistung unmöglich gemacht hat; wenn der Schuldner eine Verpflichtung zu *non facere* verletzt hat; wenn vor Fälligkeit der Leistung feststeht, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann oder will (vorwegnehmende Vertragsverletzung⁵⁹); wenn eine im Rahmen eines Handelsgeschäftes eingegangene Zahlungsverpflichtung nicht erfüllt wurde und wenn eine unerlaubte Handlung begangen wurde. Zudem gewährt der Tod des Schuldners seinen Erben eine zusätzliche Frist von fünfzehn Tagen ab der Mitteilung an sie oder ihren gesetzlichen Vertreter. Alle oben genannten Situationen sind vom Gläubiger zu beweisen; diese Regel ist zwingend. Jede anderslautende Klausel ist unwirksam (§ 1.523 Abs. 4 ZGB).

41. Die Fristsetzung wirkt sich in dreierlei Hinsicht aus (§ 1.522 Abs. 4 und § 1.525–1.526 ZGB): (i) Aussetzung der eigenen Verpflichtungen – kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nach, kann der Gläubiger die Erfüllung seiner eigenen Verpflichtung aussetzen; (ii) Haftung für die nach Ablauf der Leistungsfrist eingetretene Unmöglichkeit – nach Zustellung der Mahnung trägt der Schuldner die Gefahr der Nichterfüllung; (iii) nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist ist der Gläubiger berechtigt, die anderen Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen.

⁵⁸ Und innerhalb dieser Frist kann ein Recht des Schuldners auf „Nachbesserung“ oder „Korrektur“ einer nicht vertragsgemäßen Erfüllung anerkannt werden.

⁵⁹ Diese Ausnahme wird auch als rechtliches Argument für die vorzeitige Vertragsaufhebung herangezogen.

2. Erfüllungsanspruch

42. Vorschriften und Quellen. Die gesetzlichen Vorschriften zum Rechtsbehelf bei Erfüllungsansprüchen sind §§ 1.527–1.529 ZGB. Diese sind unverkennbar an Art. 1601 bis 1603 CCQ (*De l'exécution en nature*), Art. 9.101–9.102 PECL und Art. 7.2.1 – 7.2.2 PICC angelehnt. Auf den ersten Blick halten die rumänischen Bestimmungen jedoch an der alten Rechtstradition fest,⁶⁰ die die Leistung *in natura* als primären Rechtsbehelf ansah.⁶¹ Daher ist kein spezifisches Leistungsverweigerungsrecht geregelt, und die Natur der gesetzlichen Bestimmungen ähnelt dem kanadischen Recht.⁶² Stattdessen nimmt die Rechtslehre unter Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze (insbesondere in Anlehnung an die Treu und Glaubens- und die Rechtsmissbrauchstheorie) einige Auslegungen von § 1.527 ZGB vor, die eine „Korrektur“ dieser traditionellen Sichtweise bewirken (näheres dazu sogleich). Diese durch § 1.527 ZGB geschaffene „Anpassung“ der Erscheinungen stützt sich jedoch unmittelbar auf einige andere zwingende Vorschriften desselben Kodex. Daher ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Ergebnis eigentlich nicht um eine Anpassung handelt, sondern lediglich um eine Auslegung und „Neuinitiation“ der wesentlichen Erfüllungsanspruchsregeln.

43. Überblick. Die spezifische Leistung unterliegt einer ganzen Reihe von Regeln, die von der Bedeutung dieses Rechtsbehelfs bestimmt sind und in viele spezifische Bestimmungen in den Abschnitten der Nominatverträge verstreut sind. Daher soll im Folgenden lediglich ein Überblick gegeben werden, um den richtigen Platz dieses Mittels im allgemeinen System der Rechtsbehelfe verständlich zu machen.

44. Die Kernbestimmung für den Erfüllungsanspruch ist § 1.527 ZGB.⁶³ Der Rechtsbehelf an sich ist nicht das einfache Recht, Leistung *in natura* zu verlangen, sondern die Möglichkeit, die *Zwangsvollstreckung* der Verpflichtungen des Schuldners erwirken zu können. Das kann – soweit erforderlich – auch mit Hilfe der Gerichte und der zuständigen Behörden erfolgen. Darüber hinaus kann man aus §§ 1.527–1.529 ZGB schließen, dass dieses Recht darin bestehen kann, ein *Tun* oder ein *Unterlassen* zu erwirken. Zu letzterem regelt § 1.529 ZGB, dass die Zwangsvollstreckung eigentlich die Vernichtung dessen bedeutet, was der Schuldner durch Verletzung seiner Unterlassungspflicht getan hat.

⁶⁰ Das war im deutschen Recht vor der BGB-Reform ähnlich – siehe *Rabel*, und sein Konzept von „Rückgrat der Obligation“ in: *Recht des Warenkaufs*, Bd. 1, S. 375 ff.

⁶¹ Siehe *Stătescu/ Bîrsan*, S. 342 ff., N. 232 ff.; *Cofaru*, *Considerente privind posibilitatea creditorului de a solicita executarea silită prin echivalent, deși executarea silită în natură este posibilă*, RRDP 4/2018, S. 151 ff.

⁶² Siehe *Levesque*, *Précis de droit québécois des obligations*, Yvon Blais, 2014, S. 423 ff., N. 805 ff.

⁶³ § 1.527 ZGB: „(1) Der Gläubiger kann stets verlangen, dass der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistung *in natura* gezwungen wird, es sei denn, eine solche Erfüllung ist unmöglich. (2) Das Recht auf Erfüllung *in natura* umfasst gegebenenfalls das Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung sowie jedes sonstige Mittel zur Behebung einer mangelhaften Leistung.“

45. Zusammenfassend kann das Recht auf Leistung *in natura* Folgendes beinhalten:⁶⁴ (i) das Recht, die Leistung zu erzwingen; (ii) das Recht auf Nachbesserung (Reparierung) oder Ersatzlieferung und generell ein Recht auf Nacherfüllung der mangelhaften Leistung; (iii) das Recht, die Leistung von einem Dritten zu erlangen und die Kosten vom Schuldner zu verlangen; (iv) das Recht des Gläubigers, die Verpflichtung selbst zu erfüllen und die Kosten vom Schuldner zu verlangen; (v) schließlich das Recht, das zu zerstören, was der Schuldner unter Verletzung einer Unterlassungspflicht getan hat. Einige der oben genannten Punkte dienen gleichzeitig dem Rechtsbehelf des Schadensersatzes, sie werden jedoch in der Regel als Teil des Anspruchs auf Leistung *in natura* angesehen. Die Hauptmerkmale dieses Rechtsbehelfs ergeben sich bereits aus seinen Voraussetzungen.

46. Voraussetzungen für den Anspruch auf Leistung *in natura*. Es ist allgemein anerkannt, dass für diesen Rechtsbehelf die folgenden Voraussetzungen bestehen: (i) Vorliegen einer ungerechtfertigten Nichterfüllung der Verpflichtungen des Schuldners;⁶⁵ (ii) Mitteilung an den Schuldner, die ihm eine zusätzliche, angemessene Frist zur Leistung gibt;⁶⁶ (iii) Möglichkeit der Erfüllung *in natura*. Auf die zuletzt genannte Voraussetzung wird im Folgenden noch näher eingegangen, da sich aus ihr auch die Grenzen des Rechtsbehelfs ergeben.

47. Leistungsverweigerungsrecht? Gemäß § 1.527 Abs. 1 ZGB ist die Erwirkung des Leistungszwangs nur durch die objektive oder vom Schuldner selbst verursachte Unmöglichkeit beschränkt. Über die Inanspruchnahme des Rechtsbehelfs entscheidet allein der Gläubiger selbst. Daher hat der Gläubiger normalerweise einen Erfüllungsanspruch, egal wie teuer oder belastend die Zwangsvollstreckung wäre. Die Rechtslehre möchte die Willkür der Gläubigerwahl jedoch einschränken. Sie stützt sich dabei auf jene Rechtsvorschriften, die den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben ausgestalten (insbesondere § 1.170 ZGB, aber auch §§ 14 und 15 ZGB, letztere sind dem Rechtsmissbrauch gewidmet). Da Treu und Glauben als wesentlicher Vertragsgrundsatz angesehen wird,⁶⁷ regelt er auch die Rechtsbehelfe und ihre eigenen Regeln. Daher gilt er in allen Situationen, in denen der Gläubiger auf die Leistung besteht, auch wenn die Leistung für den Schuldner äußerst belastend und unverhältnismäßig (zum Wert der Leistung an sich oder zum Interesse des Gläubigers an der Erlangung der Leistung *in natura*) wäre und das Verhalten des Gläubigers daher als Missbrauch qualifiziert werden könnte. Als adäquates Mittel gegen einen Missbrauch gilt die „Lähmung“ des Anspruchs des Gläubigers,⁶⁸ also die Ablehnung seiner Forderung. Wendet man diese Theorie auf den Rechtsbehelf der Leistungsvoll-

⁶⁴ Ghinoiu, in: Baiaș et alii, S. 1851 ff.; Popa, in: Pop/Popa/Vidu, S. 212 ff., N. 129.

⁶⁵ Siehe, supra 19–25.

⁶⁶ Siehe, supra 27–31.

⁶⁷ Popa, in: Pop/Popa/Vidu, S. 209–210, N. 128; Paziuc, Decizia de a nu executa contractul – despre oportunitatea ilicitului contractual, RRDP 3/2019; Diaconiță, Executarea silită a obligațiilor contractuale, S. 279 ff.

⁶⁸ Popa, Abuzul de drept contractual, S. 174 ff.

streckung *in natura* an, so zeigt sich, dass Treu und Glauben neue Grenzen setzt – z. B. würde in dem Fall, dass der Erfüllungszwang in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Erfüllungsinteresse des Gläubigers stünde, das Gericht dem Gläubiger den Zugang zu diesem Rechtsbehelf verweigern.⁶⁹ Schließlich ist trotz des Fehlens einer spezifischen Bestimmung im Gesetz anzuerkennen, dass die Lösung für die Leistungsgrenzen nach dem ZGB ähnlich den Grenzen ist, die wir in der Rechtsvergleichung finden (z. B. Art. 9.101 Abs. 2 Bst a und b PECL oder Artikel III–3: 301 Abs. 2 Buchstaben a und b DCFR oder § 275 Abs. 2 BGB). Mithin ist einzuräumen, dass auch für die verletzende Partei ein gewisses Leistungsverweigerungsrecht besteht.

48. Vollstreckungen für alle Verpflichtungen? Üblicherweise unterscheidet die Rechtslehre bei der Leistungserzwingung zwischen Geld- und Abgabepflichten einerseits und Handlungs- und Unterlassungsverpflichtungen andererseits. Für jeden Typ gelten eigene Regeln. In Bezug auf die erste Kategorie (Verpflichtung zu *dare*) ist der Ansatz ähnlich zu dem in Art. 9.101 PECL dargebotenen.⁷⁰ In Bezug auf die Verpflichtung zu einem Tun (*in faciendo* oder *facere*) sind einige Überlegungen erforderlich.

49. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes *nemo praecise potest cogi ad factum*⁷¹ wurde zutiefst in Frage gestellt. Einst ein Grundprinzip des alten Zivilgesetzbuches (vgl. § 1075 ZGB a. F., der vorschrieb, dass eine nicht erfüllte Verpflichtung, etwas zu tun oder zu lassen, zur Schadensersatzpflicht führt), aber auch zu seiner Zeit umstritten,⁷² gilt er heute nur noch für Erfüllungsverpflichtungen, bei denen eine persönliche Handlung des Schuldners erforderlich ist (also bei den sogenannten Verpflichtungen *intuitu personae*). Im Übrigen lässt das ZGB eine Zwangsvollstreckung zu. Teilweise gewährt das ZGB auch für Situationen, in denen eine bestimmte Handlung des Schuldners erforderlich ist, eine Zwangsvollstreckung (z. B. § 1.279 Abs. 3 ZGB, der im Falle der Verweigerung des Abschlusses des zugesagten Vertrags eine Zwangsvollstreckung in Form eines gerichtlichen Beschlusses ermöglicht⁷³). Darüber hinaus gibt es für alle Verpflichtungen, für deren Erfüllung eine Handlung des Schuldners erforderlich ist, einige externe Bestimmungen (§ 906 der Zivilprozessordnung), die es dem Gläubiger ermöglichen, Geldstrafen gegen den Schuldner wegen Nichterfüllung von Verpflichtungen *intuitu personae* zu verlangen, um den

⁶⁹ Paziuc, Decizia de a nu executa contractul – despre oportunitatea ilicitului contractual, RRDP 3/2019, S. 99 ff.; Diaconiță, S. 279 ff.

⁷⁰ Siehe Kleinschmidt, in: Jansen/Zimmermann, S. 1203 ff.

⁷¹ Zimmermann, S. 773.

⁷² Stoica/Baias, Executarea silită a antecontractelor de înstrăinare a imobilelor în condițiile abrogării art. 12 din Decretul nr. 144/1958, Dreptul 3/1992, S. 14 ff.; Dumitrache, Probleme privind executarea silită în natură a obligației de a face, Analele Universității București 1/2003, S. 65 ff.

⁷³ Siehe zu den Voraussetzungen, ICCJ (Oberster Kassations- und Justizgerichtshof), vorherige Entscheidung 23/2007, in M.O. 365/17.05.2017.

Widerstand des Schuldners zu brechen.⁷⁴ Diese stark diskutierten Instrumente haben sich in der Praxis als sehr effektiv erwiesen.

3. Zurückbehaltungsrecht (*Exceptio non adimpleti contractus*)

50. Vorschriften und Quellen. Die neue Rechtsbehelfsregelung enthält auch eine detaillierte Vorschrift zum Zurückbehaltungsrecht.⁷⁵ § 1.556 ZGB orientiert sich hauptsächlich an Art. 1591 CCQ und Art. 7.1.3 PICC. Es ist allgemein anerkannt, dass das Zurückbehaltungsrecht auf dem Gedanken der Gegenseitigkeit der Verpflichtungen beruht.⁷⁶ Deshalb ist der Anwendungsbereich der Vorschrift auf gegenseitige Leistungen aus demselben Vertragsverhältnis beschränkt.⁷⁷

51. Voraussetzungen und Wirkungen. Die Voraussetzungen für diesen Rechtsbehelf sind direkt in § 1.556 ZGB festgelegt: (i) Die Verpflichtungen der Parteien müssen sich aus demselben Vertrag ergeben und der Vertrag sollte wechselseitig bzw. synallagmatisch sein – es wird jedoch eingeräumt, dass die Anwendung des Rechtsbehelfs auch in Restitutionssituationen infolge einer Auflösung des Vertragsverhältnisses gerechtfertigt ist.⁷⁸ (ii) Die Nichterfüllung der Pflicht einer Partei muss so relevant sein, dass sie ein Zurückbehaltungsrecht rechtfertigt – dadurch soll lediglich eine Anwendung bei geringfügigen oder unbedeutenden Nichterfüllungen verhindert werden, eine wesentliche Vertragsverletzung ist allerdings nicht erforderlich (diese Voraussetzung ergibt sich ebenfalls aus § 1.556 Abs. 2 ZGB). (iii) Die gegenseitigen

⁷⁴ *Țiț*, Considerații cu privire la executarea silită a obligațiilor de a face sau de a nu face intuitu personae, in: Nicolae/Rizoiu/Toma-Dăuceanu, In onorem Valeriu Stoica, S. 340 ff.; *Ghinoiu*, in: Ciobanu/Nicolae, Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, 2. B., București, 2016, S. 1042 ff.; *Deleanu/Mitea/Deleanu*, Tratat de procedură civilă, 3. B., București, 2013, S. 663 ff.; *Tăbărcă*, Drept procesual civil, B. 3., București, 2017, 1052 ff.; *Gavriș*, in: Boroș, Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole, București, 2016, S. 717 ff.; *Popa*, Implicațiile substanțiale ale „aplicării de penalități” (art. 906 din Codul de procedură civilă), RRDP 1/2020, S. 281 ff.

⁷⁵ In der rumänischen Rechtslehre wird üblicherweise unterschieden zwischen der Aussetzung der Leistung (*exceptio non adimpleti*) und dem Recht, die Ware des Schuldners zurückzubehalten, bis er die Leistung erbringt oder zur Leistung bereit ist (das sogenannte Recht – „drept de retenție“, die Rückgabe der Ware des Schuldners zu verweigern); dies ist in § 2.495 ZGB separat geregelt. Siehe *Vidu*, in: Pop/Popa/Vidu, S. 681 ff.

⁷⁶ *Stătescu/Bîrsan*, S. 85, N. 73; *Popa*, in: Pop/Popa/Vidu, S. 218; Tatsächlich basiert die derzeitige Regelung auf demselben Grund, der in der Rechtsvergleichung identifiziert wurde – siehe *Treitel*, Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account, Oxford, 1988, S. 246 ff., N. 189 ff., S. 255 ff., N. 194 ff.

⁷⁷ Was deutlich von der Ansicht in PICC art. 7.1.3 abweicht, der nur einen ausreichenden Zusammenhang zwischen den Leistungen verlangt (vgl. *Schelhaas*, in: Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2. Aufl., Oxford, 2015, S. 841, Nr. 20).

⁷⁸ Als „umgekehrtes Synallagma“ (bestätigt durch § 1.635 Abs. 3 ZGB in Bezug auf die Herausgabepflicht: „Die Herausgabepflicht besitzt die gleichen Gewährleistungen wie die Erfüllung der ursprünglichen Verpflichtung.“)

Verpflichtungen müssen zudem fällig und einforderbar sein – das bedeutet, dass die natürliche Gleichzeitigkeit nicht durch eine andere vertragliche Reihenfolge der Leistungen ersetzt worden sein darf. (iv) Zuletzt darf die Nichterfüllung nicht von der Partei verursacht worden sein, die die Leistung zurückbehält (in § 1.517 ZGB geregelter *mora creditoris*-Verweisfall).

52. In Bezug auf die formellen Voraussetzungen ist keine besondere Frist oder zusätzliche Frist für die Leistung und keine gerichtliche Entscheidung oder Genehmigung erforderlich, was die Zurückhaltung der Leistung zum informellsten der Rechtsbehelfe macht. Die Abhilfe liegt allein in der Hand des Gläubigers und besteht in der Aussetzung seiner eigenen Leistung, bis die andere Partei ihre Verpflichtungen erfüllt oder dazu bereit ist. Falls ein Dritter Rechte aus dem Vertrag geltend macht, hat er die Auswirkungen der Leistungsaussetzung zu tragen.

4. Vertragsaufhebung

53. Der am stärksten reformierte Rechtsbehelf. Im Rahmen der Vertragsaufhebung wegen Nichterfüllung oder Nichtleistung scheint die stärkste Änderung im Rechtsbehelfssystem gegenüber dem des alten ZGB von 1864/1865 erfolgt zu sein. Eigentlich wurde die gesamte Systematik des ZGB bei Rechtsbehelfen geändert, aber die offensichtlichste Abweichung vom damaligen Sanktionsgedanken zeigt sich beim Rechtsbehelf der Vertragsauflösung (genannt: „rezoluțiune“, in Anlehnung an die französische Terminologie). Die Grundlagen, die Anwendbarkeit, die Voraussetzungen und teilweise sogar die Wirkungen dieses Rechtsmittels sind in der Rechtslehre umstritten. Im Folgenden sollen jedoch die wichtigsten unumstrittenen Merkmale dieses Rechtsbehelfs dargelegt und die umstrittenen Aspekte kurz besprochen werden.

54. Vorschriften und wissenschaftliche Quellen. Die Vertragsaufhebung ist in §§ 1.549 – 1.554 ZGB unter den Überschriften „Rücktritt, Kündigung und Minderung der Leistungen“ geregelt. Ihr Ursprung ist vielfältig, aber fast alle Quellen sind unmittelbar identifizierbar. Zum Teil sind die unterschiedlichen inhaltlichen Ansätze der verschiedenen Quellen auch wegen einiger Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfs in der Rechtslehre umstritten. Hauptquellen sind Art. 1604–1606 CCQ, Art. 9.301–9.305 PECL, Art. 7.3.5 PICC sowie Art. 1160 des Catala Vorprojekts zur Reform des französischen Code civil. Hervorzuheben sind zudem einige Ähnlichkeiten mit dem italienischen Zivilgesetzbuch (Art. 1459). Das altfranzösische Aufhebungskonzept der alten Art. 1020–1021 ZGB 1864 wurde fast vollständig aufgegeben. Ausnahme bildet insoweit § 1.553 ZGB, der die bisherige Rechtslehre zur *lex commissoria* umformuliert.

55. „Metaquellen“. Die reformierten Aufhebungsregeln sind durch die beiden Quellen und ihren unterschiedlichen inhaltlichen Ansatz gekennzeichnet: fehlerba-

sierte Rechtsbehelfe (CCQ)⁷⁹ versus nicht fehlerbasierte Rechtsbehelfe (PECL, PICC und DCFR).⁸⁰ Umstritten bleibt daher, ob ein Schuldnerschulden Voraussetzungen für eine Vertragsaufhebung ist.⁸¹ Die herrschende Rechtslehre verneint das und sieht ein Verschulden lediglich als Voraussetzung für Schadensersatzansprüche an.⁸² Die bisherige Rechtsprechung ist zu diesem Aspekt nicht eindeutig,⁸³ scheint aber die Ansicht der herrschenden Rechtslehre zu teilen.

56. Die neue Konzeption der Vertragsaufhebung lässt sich anhand der in der Rechtsvergleichung angebotenen Modelle konkretisieren.⁸⁴ Die Vertragsbeendigung bzw. der Rücktritt oder die Kündigung bedient sich zwar teilweise des CISG-basierten Modells (am Beispiel von PECL und PICC), nähert sich allerdings mehr dem schweizerischen oder deutschen Modell (Art. 107 ff. OR oder §§ 323 ff. BGB⁸⁵). Die Nähe dieser Konzeptionen ergibt sich wohl aus der Vermischung mit der Aufhebungskonzeption des CCQ (vgl. insbesondere Art. 1604 CCQ⁸⁶ in Verbindung mit

⁷⁹ Karim, Les obligations, 2. B., Articles 1497 à 1707, Cowansville – Québec, 2015, S. 712 ff., N. 1904 ff. („inexécution fautive du contrat par le débiteur“); Levesque, S. 436 („l’inexécution doit être fautive“).

⁸⁰ Kleinschmidt, in: Jansen/Zimmermann, S. 1083 ff.; Schelhaas, in: Vogenauer, S. 830 („The failure of the obligor to perform constitutes *non-performance* under Art. 7.1.1 even if it is excused due to external events constituting *force majeure*“). Die gleiche Ansicht bezüglich der Aufhebung – Huber, in: Vogenauer, S. 947 ff., N. 3.

⁸¹ Insofern erweist sich die Bedeutung des Begriffs der ungerechtfertigten Nichterfüllung als relevant (vgl. § 1516 Abs. 2 ZGB).

⁸² Pop, Contractul, S. 734 ff.; Popa, in: Pop/Popa/Vidu, S. 197; Vasilescu, S. 527; Ghinoiu, in: Baiaș et alii, S. 1824; Popa, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în noul Cod civil, București, 2012, S. 132 ff.; Paziuc/G. A. Ilie, S. 84 ff., S. 496 ff.; Popa/Lisievi, Rezoluțiunea în Noul Cod civil (I), RRDA 8/2012, S. 43; Diaconiță, S. 131 ff.; Paziuc, S. 101 ff. Gegen, siehe Stoica, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile, București, 1997, S. 54 ff., N. 31–32; Stoica, Fundamentul rezoluțiunii și al rezilierii, RRDP 6/2013, S. 18–19; Daghie, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor, București, 2013, S. 123 ff.; Boroi/Stănculescu, Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil, București, 2012, S. 181 ff.; Zamșa, in: Baiaș et alii, Noul Cod civil. Comentariu pe articole, 2. Aufl., S. 1752, N. 6 ff.

⁸³ Normalerweise (auch nach 2011, als das ZGB in Kraft trat) verwenden die Gerichte eine Art automatische Zusammenfassung der Voraussetzungen für bestimmte Rechtsbehelfe, wobei sie nicht erfüllte Voraussetzungen benennen (insbesondere für die Vertragsaufhebung). Bei der Untersuchung dieser Rechtsprechung zeigt sich jedoch, dass die Verschuldensvoraussetzung häufig aus Beweisgründen vernachlässigt wird. Ein Grund dafür ist die Existenz des neuen § 1.548 ZGB, wonach die bloße Tatsache der Nichterfüllung eine Vermutung des Schuldnerschuldens auslöst. Vgl. dazu ICCJ, II. Zivilsektion, Entscheidung 476/07.02.2012, www.sintact.ro; ICCJ, II. Zivilsektion, Entscheidung 448/02.03.2016, oder ICCJ, II. Zivilsektion, Entscheidung 58/18.01.2018, www.sintact.ro; ICCJ, II. Zivilsektion, Entscheidung 527/10.03.2016, www.sintact.ro; ICCJ, II. Zivilsektion, Entscheidung 3386/01.11.2011, www.sintact.ro; ICCJ, II. Zivilsektion, Entscheidung 1316/09.03.2012, www.sintact.ro.

⁸⁴ Siehe Schlechtriem/Schmidt-Kessel, S. 240, N. 503; Kleinschmidt, in: Jansen/Zimmermann, S. 1285 ff.

⁸⁵ Siehe zur deutschen Konzeption des Rücktritts Ernst, in: Münchener Kommentar, 2. B., 7. Aufl., München, 2016, S. 2088 ff.

⁸⁶ Art. 1604 CCQ (über die *résolution ou résiliation*).

Art. 1594–1597 CCQ⁸⁷). Daraus ergibt sich folgendes: (i) Der Vertrag kann von der geschädigten Partei grundsätzlich nur aufgelöst werden, wenn eine *wesentliche Vertragsverletzung* vorliegt (vgl. § 1.551 Abs. 1 ZGB). (ii) Zudem ist die *Gewährung einer Nachfrist* zur Erfüllung erforderlich (vgl. für alle Rechtsbehelfe § 1.516 Abs. 2 ZGB und für den Rücktritt § 1.553 Abs. 2 ZGB). (iii) Das Setzen einer Nachfrist ist in allen Fällen entbehrlich, in denen die vertragsbrüchige Partei automatisch in Verzug gerät (vgl. dazu § 1.523 ZGB sowie die diesbezüglichen obigen Ausführungen⁸⁸).

57. Die gesetzliche Grundlage des Aufhebungsrechts: das Synallagma. Das Konzept der Vertragsbeendigung nach der CCQ-Regelung enthält eine großzügige Sicht betreffend den Anwendungsbereich des Rücktritts und der Kündigung und will beides sowohl auf einseitige als auch (gegen-)wechselseitige Verträge anwenden.⁸⁹ Dieses weite Verständnis schien von den ersten Verfassern des ZGB geteilt zu werden. Es wurde jedoch keine spezifische Regelung in dieser Hinsicht erlassen. Da die Grundlage der Vertragsaufhebung in direktem Zusammenhang mit der sich gegenseitig bedingenden (§ 1.171 ZGB) Leistung und Gegenleistung steht, ist dieses weite Verständnis jedoch gedanklich und logisch widersprüchlich.

58. Der Anwendungsbereich der Vertragsaufhebung: Beschränkung auf synallagmatische Verträge. Wie zuvor kurz erläutert, ist die Vertragsaufhebung (nebst Aussetzung der eigenen Leistung) eng mit dem vertraglichen Synallagma verknüpft.⁹⁰ Es gab einige Diskussionen über die Anwendung des Rechtsbehelfs der Kündigung auch auf einseitige Verträge. In Anlehnung an den CCQ-Ansatz haben einige Stimmen im Schrifttum die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vertragskündigung auch auf diese Art von Verträgen (z. B. die Kündigung eines Darlehensvertrags) vertreten.⁹¹ Gegen diese Ansicht können jedoch drei Gründe angeführt werden. Erstens rechtfertigt nur die Vorstellung, dass die Leistung der einen Partei die eigentliche Ursache für die Leistung der anderen Partei ist, diesen Rechtsbehelf: Solange eine Leistung nicht erfüllt wird, bleibt die Gegenleistung ohne die eigentliche Ursache/Beendigung ihrer Existenz, und der Schuldner der Gegenleistung ist rechtlich zur Beendigung des Vertrages berechtigt. Zweitens lässt sich das Interesse an der Vertragserhaltung bei manchen einseitigen Verträgen (z. B. der Schenkung) nur schwer festmachen. Schließlich führt die Nichtanwendbarkeit der Kündigung auf einseitige Verträge auch nicht zu einem Fehlen jeglicher Möglichkeit, einseitige Verträge

⁸⁷ Die Art. 1594–1600 CCQ sind dazu bestimmt, den Schuldner in Verzug zu setzen, wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist (über der *mise en demeure et demeure de plein droit*).

⁸⁸ Siehe, oben N. 37–41.

⁸⁹ Z. B. Karim, S. 682, N. 1828.

⁹⁰ Z. B. Stătescu/Bîrsan, S. 95, N. 76.

⁹¹ Z. B. Zamșa, in: Baiaș et alii, 2. Aufl., S. 1752, N.4; Toma-Dăuceanu, S. 77 ff.; Diaconiță, Condițiile fundamentale ale rezoluțiunii, RRDP 1.2012, S. 82 ff.

wegen Nichterfüllung der einzigen Verpflichtung zu beenden.⁹² Demzufolge gilt die Vertragskündigung richtigerweise nur für gegenseitige Verträge.⁹³

59. Arten der Vertragsaufhebung. Die Neuheit des einseitigen Rücktritts. Die Neuheit der Reduktion. Die Kündigung. § 1.549 Abs. 1 und 2, § 1.550, § 1.551 Abs. 2, § 1.552 und § 1.553 ZGB bilden die Grundlage für eine gesetzliche Einordnung der Arten der Vertragsaufhebung. Unterschieden wird: *Vollständiger* oder *teilweiser Rücktritt* (in der Regel wird die *Reduktion oder Minderung der Gegenleistung* als Teilkündigung angesehen⁹⁴); sog. „*legaler*“ *Rücktritt*⁹⁵ versus *konventioneller Rücktritt* (basierend auf aufhebungsvertraglichen Klauseln) und *ordentlicher Rücktritt*; alle vorgenannten Arten können im gerichtlichen Verfahren (*gerichtliche Vertragsaufhebung*) oder durch *einseitige Vertragsbeendigung* ausgeübt werden.⁹⁶ Schließlich unterscheidet eine letzte Klassifikation zwischen Rücktritt (als Auflösung mit *ex-tunc*-Wirkung) und *Kündigung* (als Auflösung nur mit *ex-nunc*-Wirkung).

60. Normalerweise ist die Wahl zwischen den dargestellten Rücktrittsarten frei, solange deren Voraussetzungen erfüllt sind. Die Voraussetzungen schaffen jedoch im Sinne des *favor contractus* Prinzips einen gewissen Vorrang bestimmter Rücktrittsarten. Dementsprechend können einige Grundsätze aus den gesetzlichen Regelungen abgeleitet werden: (i) Wann immer eine Teilaufhebung möglich ist,⁹⁷ ist sie einer Vollaufhebung vorzuziehen, außer bei Nichterfüllung einer wesentlichen Pflicht; (ii) eine wesentliche Vertragsverletzung ist erforderlich, um die Aufhebung geltend zu machen (nach § 1.551 Abs. 1 ZGB); (iii) für alle nicht wesentlichen Vertragsverletzungen bestehen andere Rechtsbehelfe (insbesondere Minderung und Schadensersatz).

⁹² Insbesondere der Verfall der aufschiebenden Leistungsfrist – § 1.418 ZGB.

⁹³ Stoica, Fundamentul rezoluțiunii și al rezilierii, RRDP 6/2013, S. 9 ff.; Popa, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în Noul Cod civil, S. 291 ff.

⁹⁴ Oder als Kombination aus Schadensersatz, Aufrechnung und Teilkündigung (siehe § 1.551 ZGB – die Qualifizierung hängt davon ab, ob der Geschädigte seine eigenen Verpflichtungen bereits erfüllt hat oder nicht. Hat der Geschädigte beispielsweise seine Leistung bereits erbracht, kann praktisch keine Minderung erfolgen, sondern ihm steht Schadensersatz zu).

⁹⁵ In Bezug auf den „eigenständigen Rücktritt“ soll die gesetzliche Aufhebung jene Fälle abdecken, in denen der Gesetzgeber selbst die Nichterfüllung von Pflichten für so grob ansieht, dass er die Vertragsauflösung vorschreibt. Diese gesetzlich vorgesehene „Präqualifikation“ der Nichterfüllung bedeutet jedoch nicht, dass die Nichterfüllung der festgestellten Verpflichtung automatisch die Aufhebung auslöst. Nur der Gläubiger ist berechtigt, sie zu erklären oder zu verlangen.

⁹⁶ Nach § 1.550 ZGB (Wirkungsweise der Vertragsaufhebung): „(1) Die Aufhebung kann auf Antrag durch das Gericht angeordnet oder gegebenenfalls einseitig vom Berechtigten erklärt werden. (2) In den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder wenn die Parteien dies vereinbart haben, kann der Rücktritt auch von Rechts wegen wirken.“

⁹⁷ Weil der Vertrag teilbar ist, § 1.549 Abs. 2 ZGB. Der Text entspringt unmittelbar dem Gedanken des § 9.302 PECL (Contract to Be Performed in Parts). Diese Art der Aufhebung ähnelt der Minderung nach § 1.551 Abs. 2 ZGB.

61. Der einseitige Rücktritt. Die wichtigste Änderung im System der Vertragsauflösung gegenüber der alten Konzeption des ZGB 1864/1865⁹⁸ ist die Einführung der *einseitigen, außergerichtlichen Vertragsaufhebung*. Alle anderen Typen waren auch bereits zuvor in der Rechtslehre und Rechtsprechung präsent.⁹⁹ Mit der Verabschiedung der einseitigen Vertragsaufhebung hat der rumänische Gesetzgeber die derzeit bestehenden Vorschriften des Rücktritts und der Kündigung an das europäische Modell angeglichen.¹⁰⁰

62. Der Kern des neuen Mechanismus in Anlehnung an § 1.552 Abs. 1 ZGB¹⁰¹ besteht darin, dass der Gläubiger den Vertrag, ohne ein gerichtliches Urteil, durch schriftliche Erklärung an die vertragsbrüchige Partei, für beendet erklären kann. Im ersten Schritt der Wirkungsweise dieses Rechtsbehelfs beurteilt der Gläubiger lediglich selbst die Nichterfüllung der Gegenleistung und anschließend selbst die Rechtmäßigkeit seiner eigenen Willenserklärung als Rücktritt oder Kündigung.¹⁰² Dementsprechend ist der erste Schritt vollständig außergerichtlich. In einem möglichen zweiten Schritt ist eine *post factum* oder *aposteriori* (nachträgliche) gerichtliche Bewertung erforderlich, wenn der Verteidiger die Rechtmäßigkeit der Aufhebungserklärung in Frage stellt. Daher kann ein Gericht in dieser Situation die vorherige Aufhebungserklärung für unwirksam befinden,¹⁰³ was zur Folge hat, dass der Vertrag fortbesteht und auch der Gläubiger selbst vertragswidrig gehandelt haben könnte, indem er das Aufhebungsrecht missbräuchlich ausgeübt hat.

⁹⁸ Siehe *Stătescu/Bîrsan*, S. 88 ff., N. 79; *Pop*, Der Vertrag, S. 739 ff.; *Stoica*, S. 114 ff.; *Popa*, S. 32 ff., N. 6. Kurz gesagt funktionierte dieser Rechtsbehelf nach der alten Aufhebungsregelung (ebenso wie alle anderen außer der Fristsetzung und der Aussetzung der eigenen Leistung) auf gerichtlichem Weg, sodass nur ein Gericht berechtigt war, den Vertrag nach Prüfung der Voraussetzungen für beendet zu erklären. So radikal die Vertragsbestimmungen (*lex commissoria*) zum Rücktritt auch seien, konnte die Rolle des Gerichts nur eingeschränkt, nicht ausgeschlossen werden.

⁹⁹ Die Rechtslehre betonte zudem seit Jahren die Notwendigkeit der einseitigen Vertragsauflösung (*Chirică*, S. 364, N. 437 in Anlehnung an das bereits vorhandene französische Modell in dieser Hinsicht, das in ungefähr demselben Rechtsbereich existiert, noch vor der Reform des französischen Code civil, von 2016 – siehe Cass. 13 oct. 1998, note Mestre, RTD Civ. 1999, S. 394; note Delebecque, R. Dalloz, 1999, S. 115; note D. Mazeaud, Rép. Defrénois 1999, S. 364; und auch Cass. 1 civ., 28 oct. 2003, note Mestre et Fages, RTD Civ. 2004, S. 89).

¹⁰⁰ Der Text der §§ 1.550 und 1.552 ZGB, inspiriert aus Art. 1604–1605 CCQ und aus Art. 9:301 und 9:303 PECL, ist eigentlich direkt verwandt mit Art. 26 CISG, Art. 8:302 ACQP usw. Siehe dazu *Kleinschmidt*, in: Jansen/Zimmermann, S. 1343 ff.

¹⁰¹ Nach § 1.552 Abs. 1 ZGB: „Die Kündigung des Vertrags oder der Rücktritt vom Vertrag kann durch schriftliche Mitteilung an den Schuldner erfolgen, wenn die Parteien dies vereinbart haben, wenn der Schuldner von Rechts wegen in Verzug ist oder wenn er die Verpflichtung nicht innerhalb der durch Inverzugsetzung festgesetzten Frist erfüllt hat.“

¹⁰² Vgl. zu diesem Mechanismus *Treitel*, S. 323 ff., N. 243 ff.

¹⁰³ Einige Autoren betrachten diesen Gerichtsakt formal als gerichtliche Nichtigkeitserklärung der Aufhebungserklärung, was ein zu formalistischer Ansatz ist (für Kritiker siehe *Nicolae*, Despre declarația unilaterală de rezoluțiune și reziliere. Probleme teoretice și practice, in: Nicolae, Actul juridic în Noul Cod civil, S. 185 ff., insbesondere S. 230 ff.).

63. Die vorzeitige Vertragsaufhebung. Während des Gesetzgebungsverfahrens zur Verabschiedung des neuen Zivilgesetzbuchs enthielt der ursprüngliche Reformentwurf die § 1197–92,¹⁰⁴ welche von Art. 9.304 PECL (*Anticipatory Non-Performance*) inspiriert waren. Seltsamerweise ging dieser Text irgendwo im Gesetzgebungsverfahren verloren. Daher stellt sich die Frage, ob ein vorzeitiger Rücktritt (oder eine vorzeitige Kündigung) zulässig ist oder nicht. Trotz des fehlenden Textes spricht sich die Rechtslehre einstimmig für diese Art der Vertragsaufhebung aus. Zur Begründung wird auf die Systematik anderer Rechtsnormen verwiesen: § 1.523 Abs. 2 Buchst. c ZGB (der Schuldner kommt automatisch in Verzug, wenn der Vorsatz zur Nichterfüllung vor Fälligkeit deutlich erkennbar ist) und §§ 1.417–1.418 ZGB (die den Verfall der vertraglich gewährten Leistungsfrist des Schuldners vorschreiben, wenn sich aus den Handlungen des Schuldners ergibt, dass er seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann).¹⁰⁵

64. Wesentliche Voraussetzung der Vertragsaufhebung: die „hinreichend wichtige“ Nichterfüllung. Üblicherweise wird bei den Voraussetzungen der Vertragsbeendigung zwischen *materiellen* und/oder *formellen* Voraussetzungen unterschieden. Logischerweise ist diese Unterscheidung eher heuristisch als streng rechtlich. Auf jeden Fall hilft sie sehr beim Verständnis des neuen Regelwerks, weshalb sie hier beibehalten wird. Hinsichtlich der materiellen Kündigungsvoraussetzungen ist umstritten, ob nur eine Voraussetzung – die wesentliche Vertragsverletzung – besteht oder zwei Voraussetzungen – die wesentliche Vertragsverletzung und das Verschulden des Schuldners – bestehen. Für beide Ansätze werden starke Argumente vorgebracht, zumal die neue Rücktrittsregelung das Verschulden als Voraussetzung nicht ausdrücklich ausschließt.

65. Unumstrittene Rücktrittsvoraussetzung ist die „hinreichende“ Nichterfüllung (auf rumänisch „neexecutarea însemnată“) gemäß § 1.551 Abs. 1 ZGB.¹⁰⁶ Derzeit ist der Gesetzeswortlaut direkt vom Begriff der „wesentlichen Vertragsverletzung“ (eng. „essential breach of contract“) gegenüber der „unerheblichen“ Vertragsverletzung („insignificant breach of contract“), inspiriert. Der neue Begriff der „ausreichend wichtigen“ Nichterfüllung entspricht dem rechtsvergleichenden Begriff der *fundamental breach of contract* bzw. *fundamental non-performance*, wie er vor allem in Art. 25, 49 und 64 CISG, § 7.3.1 PICC, § 9.301 Abs. 1 PECL; § III.–3:502 DCFR, Art. 87 CESL vorkommt.

66. Aus den verschiedenen Gesetzesstellen haben die Rechtslehre und die Rechtsprechung die folgenden Voraussetzungen für eine ausreichend wichtige Nichterfüllung extrahiert. Voraussetzung ist demnach: (i) die Nichterfüllung einer vertragli-

¹⁰⁴ Nach Art. 1197–92 des Vorprojekts des ZGB, „Eine Partei kann den Rücktritt vom Vertrag verlangen, wenn vor Fälligkeit offensichtlich ist, dass die andere Partei ihren Verpflichtungen nicht nachkommen wird.“

¹⁰⁵ Popa, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în Noul Cod civil, S. 105 ff., N. 159 ff.

¹⁰⁶ Die gesetzliche Bestimmung ist eine wörtliche Wiedergabe von Art. 1604 Abs. 2 CCQ (der Text verwendet die Formel „lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance (...)“).

chen Verpflichtung (die Vertragsnatur ist auch dann erforderlich, wenn als Quelle sowohl Gesetz als auch Vertrag dienen – z. B. Treu und Glauben¹⁰⁷ und der Umfang der Verpflichtungen, die bewirkt werden, wie Informationspflicht und die möglichen vertraglichen Rechtsbehelfe bei deren Nichterfüllung usw.). (ii) Diese Nichterfüllung muss schwerwiegend genug sein, um der anderen Partei das Interesse an der Fortsetzung des Vertrags zu nehmen (normalerweise ist diese Nebenbedingung mit dem sogenannten „Cauza“ des Vertrags verbunden¹⁰⁸ – wenn dieser übertrumpft ist, d. h. wenn das Interesse des Gläubigers an der Erhaltung des Vertrages wegen der Nichterfüllung erloschen ist). (iii) Wie bei allen Rechtsbehelfen darf die Nichterfüllung nicht gerechtfertigt sein – siehe dazu § 1.516 Abs. 2 und auch §§ 1555 bis 1557 ZGB (solange die Nichterfüllung nicht vom Schuldner zu vertreten ist, besteht kein allgemeines Rechtsbehelfsrecht und kein besonderes Rücktrittsrecht; dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Verschulden des Schuldners erforderlich wäre, sondern nur, dass die Gefahr der Nichterfüllung in seinen Bereich fällt.) Die neuere Rechtsprechung verfolgt im Allgemeinen den gleichen Ansatz bezüglich der sogenannten „neexecutare rezolutorie“ (rumänisch), d. h. eine Nichterfüllung, die einem Rücktritt gleichkommt.

67. Das Verschulden des Schuldners als Voraussetzung? Die umstrittenste Frage bei der Vertragsaufhebung ist, ob das Verschulden des Schuldners eine Voraussetzung für diesen Rechtsbehelf ist. Die rumänische Rechtstradition spricht dafür, weil dies dem alten Zivilgesetzbuch entspricht. Die alte Rechtslehre¹⁰⁹ und Rechtsprechung¹¹⁰ befürworteten daher mit einigen Ausnahmen die Beibehaltung des Verschuldens als materielle Voraussetzung für einen Rücktritt. Das neue Rechtsbehelfssystem jedoch folgt zwei (wie zuvor betont) sehr unterschiedlichen Ansätzen: einem subjektiven Recht auf Vertragsaufhebung (CCQ, durch seinen Art. 1590) und einem objektiven Recht auf Vertragsaufhebung, unabhängig von einem Verschuldenserfordernis (PECL, durch seine §§ 8.101 und 8.108). Daher gibt es heute zwei unterschiedliche Strömungen. Einer Meinung zur Folge, offenbar in Anlehnung an die kanadische Doktrin, stellt das Verschulden eine notwendige Voraussetzung für die Ver-

¹⁰⁷ Siehe für die „Positive Vertragsverletzung“, *Grüneberg*, in: Palandt, S. 567 unter § 324 BGB; *Popa*, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în Noul Cod civil, S. 148 ff., N. 60.

¹⁰⁸ Siehe § 1.235–1.239 ZGB (die „cauza“ als Bedingung der Gültigkeit des Vertrags); *Capitant*, De la cause des obligations, Paris, 1927, S. 321; *Mazeaud/Mazeaud/Chabas*, T. II, S. 1149 ff., N. 1098.

¹⁰⁹ Für die alte Rechtslehre um *culpa*: *Hamangiu/Rosetti-Bălănescu/Băicoianu*, Tratat de drept civil român, S. 539; *Popescu/Anca*, Teoria generală a obligațiilor, București, 1968, S. 138; *Cosma*, Teoria generală a actului juridic civil, București, 1969, S. 432; *Stătescu/Bîrsan*, p. 86, nr. 75; *Pop*, Teoria generală a obligațiilor, București, 2000, S. 78; *Stoica*, Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile, S. 55.

¹¹⁰ Z. B. für die alte Rechtsprechung, siehe, C.S.J. (der alte Oberste Gerichtshof), Zivilsektion, Entscheidung 824/1999, Dreptul 12/2003, S. 228; ICCJ, Zivilsektion, Entscheidung 536/2005, Dreptul 5/2006, S. 269.

tragsaufhebung dar.¹¹¹ Ungeachtet dessen verzichten dieselben Autoren für die anderen Rechtsbehelfe auf diese Voraussetzung, was widersprüchlich erscheint. Der überwiegende Teil der Rechtslehre favorisiert daher die objektive Sichtweise und betont, dass das neue System der Rechtsbehelfe nicht verschuldensabhängig ist. Einzige Ausnahme dabei ist der Anspruch auf Schadensersatz.¹¹² Für letztere Auffassung spricht insbesondere, dass der Rücktritt als Rechtsbehelf auch dann zur Verfügung steht, wenn die Nichterfüllung auf objektiver Unmöglichkeit beruht (nach § 1.557 Abs. 2 ZGB¹¹³). Außerdem gibt es zahlreiche Fälle, in denen allgemein anerkannt ist, dass der Rücktritt verschuldensunabhängig ist (z. B. Gewährleistungsverletzung bei versteckten Mängeln oder bei Rechten oder Ansprüchen Dritter aus einem Kaufvertrag). Darüber hinaus wird von einigen Autoren sogar angeführt, dass der in § 1.516 Abs. 2 ZGB vorhandene Begriff der „Rechtfertigung“ auch eine „objektive“ Zurechenbarkeit einer Nichterfüllung umfasse, d. h. auch eine verschuldensunabhängige Nichterfüllung könnte dem Schuldner dennoch zuzurechnen sein.¹¹⁴ Letztlich ist diese Ansicht vorzuziehen, weil die verletzende Partei zur Vermeidung der Vertragsaufhebung praktisch nur den Nachweis erbringen kann, dass die Nichterfüllung dem Gläubiger zuzurechnen ist (siehe § 1.517 ZGB), wenn die objektive Unmöglichkeit keinen Schutz gegen eine Vertragsaufhebung bietet.

68. Im Ergebnis liegen beide Ansichten ohnehin nicht weit auseinander. Gemäß § 1.548 ZGB wird ein Verschulden des Schuldners nämlich bereits durch die bloße Nichterfüllung der Vertragspflicht vermutet. Bei der Vertragsaufhebung sind demnach also zwei Aspekte zu beachten. Erstens löst die Nichterfüllung die Verschuldensvermutung aus. Zweitens kann, selbst wenn ein Schuldner das völlige Fehlen eines Verschuldens an der Nichterfüllung seiner Verpflichtungen nachweisen kann, nur der Nachweis, dass die Nichterfüllung durch den Gläubiger selbst verursacht wurde, die Anwendbarkeit der Aufhebung verhindern. Folglich gelten die Aufhebungsregeln auch, wenn eine Unmöglichkeit eine teilweise Nichterfüllung verursacht. Für die vollständige Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung schreibt § 1.557 Abs. 1 ZGB ohnehin eine automatische Vertragsbeendigung vor, weshalb die Anwendbarkeit der Aufhebungsregeln gar nicht erst erforderlich ist.

69. Die formellen Voraussetzungen. Solange die materiellen Voraussetzungen der Aufhebung erfüllt sind (nach überwiegender Auffassung gibt es nur eine Vorausset-

¹¹¹ *Stoica*, Fundamentul rezoluțiunii și al rezilierii, S. 9 ff.; *L. Toma-Dăuceanu*, S. 168, N. 200 (obwohl die Autorin die Zurechenbarkeit nur als Bedingung erwähnt); *Zamșa*, in: *Baias et alii*, S. 1752, N. 6.

¹¹² Im Zusammenhang mit der Vertragsaufhebung, siehe: *Vasilescu*, S. 535; *Popa*, Rezoluțiunea și rezilierea, S. 54 ff.; *Popa*, in: *Pop/Popa/Vidu*, S. 233, N. 141; *Popa/Lisievici*, S. 43; *Diaconiță*, S. 131 ff.; *Paziuc*, S. 101 ff.

¹¹³ § 1.557 Abs. 2 ZGB lautet: „Ist die Unmöglichkeit der Erfüllung der Verpflichtung vorübergehend, kann der Gläubiger die Erfüllung seiner eigenen Verpflichtungen aussetzen oder die Auflösung des Vertrages erwirken. Im letzteren Fall gelten die Vorschriften zur Aufhebung entsprechend.“

¹¹⁴ *Paziuc*, S. 377 ff.

zung – die wesentliche Vertragsverletzung), sind alle anderen (als „formell“ angesehenen) Voraussetzungen abhängig von der gewählten Art der Aufhebung. Wesentliche Unterschiede bestehen insoweit zwischen der einseitigen Vertragsaufhebung und der gerichtlichen Vertragsaufhebung. Ein Wahlrecht zwischen beiden ist nahezu unstrittig anerkannt.

70. *Die gerichtliche Aufhebung.* Bei der gerichtlichen Vertragsaufhebung ist nur ein formaler Aspekt zu berücksichtigen – die Notwendigkeit einer dem Schuldner eingeräumten Nachfrist. Diese Voraussetzung kann auch durch die Klage vor Gericht erfüllt werden (§ 1.522 Abs. 1 und 5 ZGB). Wenn keine vorherige Aufforderung zur Leistung einschließlich der Setzung einer angemessenen Nachfrist erfolgt ist, hat die vertragsbrüchige Partei jedoch die Möglichkeit, ihre Verpflichtungen in einer zusätzlichen angemessenen Frist zu erfüllen, die mit Mitteilung der Klage vor Gericht zu laufen beginnt.

71. *Die einseitige (durch Erklärung erfolgende) Aufhebung* (§ 1552 ZGB). Für die einseitige Vertragsaufhebung gibt es im Wesentlichen drei formelle Voraussetzungen: (i) die durch Aufforderung gesetzte Nachfrist; (ii) die Erklärung des Rücktritts oder der Kündigung und (iii) die Mitteilung der Aufhebungserklärung. In der Praxis wird einhellig anerkannt, dass alle oben aufgeführten Voraussetzungen zusammen in derselben Benachrichtigung erfolgen können. Das erfolgt durch eine Mitteilung, die besagt, dass in dem Fall, dass die verletzende Partei ihre Verpflichtungen nicht in der zusätzlich eingeräumten Frist erfüllt, mit Ablauf dieser angemessenen Frist der Vertrag automatisch aufgehoben werden soll.

72. *Die „konventionelle“ Vertragsaufhebung* (§ 1.553 ZGB). Die herkömmliche konventionelle Aufhebung basiert auf Vorschriften über die Voraussetzungen für den Rücktritt oder die Kündigung. Diese Vorschriften reichen vom Ausschluss formaler Bedingungen (z. B. keine Notwendigkeit einer zusätzlichen Frist bei Fälligkeit der Verpflichtung) bis zur Qualifizierung einer Nichterfüllung als grundlegend (z. B. die Bestimmung, dass die Erfüllung einer bestimmten Nebenpflicht als wesentlich für das Fortbestehen eines Vertrags angesehen wird). Ferner kann diese Art der Aufhebung die Form einer gerichtlichen oder einseitigen Aufhebung mit den entsprechenden oben erläuterten formellen Voraussetzungen haben.

73. *Wirkung.* Hauptwirkung der Vertragsaufhebung ist die vollständige oder teilweise Beendigung des Vertrages. Aktuell wird bei den Wirkungen unterschieden zwischen *Rücktritt* (rückwirkend, *ex tunc*) und *Kündigung* (nur zukunfts wirksam, *ex nunc*). Die *Minderung* wirkt insofern wie eine Teilaufhebung, da der geminderte Teil nicht mehr zu erfüllen ist.

5. Schadensersatz

74. *Rahmen und Quellen.* Der am ausführlichsten geregelte Rechtsbehelf ist die sog. „Erfüllung durch Äquivalent“ (in Anlehnung an die entsprechende CCQ-Quelle – Art. 1607–1625 – „De l'exécution par équivalent“) oder allgemein das „Recht

auf Schadensersatz“. Die Hauptregelung ist in §§ 1.530–1.548 ZGB enthalten. Zusätzliche Bestimmungen finden sich an verschiedenen Stellen des Kodex (insbesondere in Art. 1.350 ZGB, der dem Verhältnis zwischen vertraglicher Haftung und unerlaubter Handlung gewidmet ist). Im Folgenden wird ein kurzer Überblick geben, um die Rechtsausrichtung des rumänischen Gesetzgebers verständlich zu machen. Die wissenschaftlichen Rechtsquellen zeigen deutlich den Gesamttrend auf der Grundlage des *ius commune europaeum*. Die ausgewählten Hauptquellen waren Art. 9.501–9.508 PECL, Art. 7.4.1–7.4.13 PICC, § III.–3:701–III.–3:711 DCFR, Art. 74–78 UN-Kaufrecht sowie einige nationale Quellen – insbesondere Art. 1607–1620 CCQ, Art. 1218, 1223–1229 Codice civile italiano und Art. 97, 99, 104–106 Schweizerisches Obligationenrecht. Die in all diesen Rechtsquellen vorhandenen gemeinsamen Grundsätze wurden auch bereits im ZGB 1864 allgemein anerkannt. Die neue Regelung bietet jedoch eine viel höhere Sicherheit bei der Anwendung dieses komplexen Rechtsbehelfs.

75. Wie bereits erwähnt, wird der Schadensersatz in der Regel als gleichbedeutend mit der *vertraglichen Haftung* angesehen. Die Verpflichtung besteht also darin, den Schaden zu ersetzen, der der geschädigten Partei aufgrund der Nichterfüllung entstanden ist. Der Wortlaut des einleitenden Gesetzestextes (§ 1.530 ZGB¹¹⁵) ist teilweise unklar und auch mit einigen anderen Bestimmungen unvereinbar.¹¹⁶ Danach wird Schadensersatz zugesprochen, wenn die Nichterfüllung der Verpflichtung „nicht gerechtfertigt“ bzw. schuldhaft ist. Im Gegensatz dazu schreibt § 1.547 ZGB klar vor: „Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger den vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden zu ersetzen.“ Die Literatur meint diesbezüglich, dass § 1.530 die Möglichkeit bietet, Schadensersatz in besonderen Situationen zu gewähren, in denen das Gesetz keine Verschuldensvoraussetzung vorschreibt. Allgemein bleibe es jedoch beim *Verschuldensprinzip*.¹¹⁷

76. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz, ähneln systematisch denjenigen der Urform der außervertraglichen Haftung.¹¹⁸ Jene sind:

(i) *die (relative) Voraussetzung einer erfolglos abgelaufenen Nachfrist* – diese Voraussetzung ist nur für die Verpflichtung zur Leistung und nur für den Schadensersatz für die Verzögerung der Leistung zwingend. Über die Notwendigkeit dieser

¹¹⁵ § 1530 ZGB (Schadensersatzanspruch): „Der Gläubiger hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch den Schuldner verursacht wurde und der die unmittelbare und notwendige Folge der ungerechtfertigten Nichterfüllung oder, je nach Fall, schuldhaft, der Verpflichtung ist.“

¹¹⁶ Siehe *Diaconiță*, Neexecutarea fără justificare și neexecutarea culpabilă. Scurt exercițiu de corelare, RRDP 1/2015, 121 ff.; *Paziuc*, Răspunderea contractuală și sistemul remediilor pentru neexecutarea obligațiilor contractuale, RRDP, 195 ff.; *Popa*, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor pentru neexecutarea contractului, RRDP 4/2020, S. 357, Nr. 36.

¹¹⁷ Siehe *Zimmermann*, in: Jansen/Zimmermann, S. 1436 ff.; *Kötz*, S. 358 ff.

¹¹⁸ Siehe *Pop*, Obligațiile, V. III, Raporturile obligaționale extracontractuale, S. 163 ff., Nr. 57 ff.

Bedingung bestehen einige Kontroversen, solange § 1.516 Abs. 2 und § 1.522 Abs. 4 ZGB die Anwendbarkeit dieses Rechtsbehelfs ungeachtet einer etwaigen Nachfrist zu begünstigen scheinen.¹¹⁹

(ii) *die (absolute) Voraussetzung der Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung.* Die Art der Nichterfüllung (nicht fristgerechte, mangelhafte oder vollkommen unterbliebene Leistung) ist Grundlage für unterschiedliche Schadenseinstufungen (*damnum emergens/lucrum cessans*, Schadensersatz nach der Leistung/ statt der Leistung etc.). Das rumänische Gesetzbuch orientiert sich diesbezüglich an den französischen Einflüssen und regelt ausdrücklich das *Nicht-Optionsprinzip* zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung („Principe du non-cumul“) in 1.350 Abs. 3 ZGB.¹²⁰

(iii) *das Verschulden.* Die von einigen Stimmen üblicherweise als absolut angesehene Voraussetzung ist vielmehr als relativ zu begreifen, solange anderslautende Bestimmungen im ZGB eine objektive Entschädigung der geschädigten Partei vorsehen.¹²¹ Nach dem Willen des Gesetzgebers umfasst das Verschulden sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit und entspricht damit der Definition im Strafrecht (§ 16 ZGB).

(iv) *das Vorliegen eines Schadens (absolute Voraussetzung)* – der Schaden muss anhand von zwei sehr unterschiedlichen Ansätzen klar vom Ausgleich (nach 1.635 – 1.649 ZGB) getrennt werden. Die Schadenbeseitigung erfolgt auf der Grundlage des sogenannten *positiven Leistungsinteresses*.¹²² Demgegenüber beruht die Restitution ausschließlich auf dem negativen *Interesse an der Rückgabe* der erbrachten Leistungen bzw. der Rückkehr zum *status quo ante*. Außerhalb des ZGB ist als Abhilfe für die Nichterfüllung von *facere/non facere*-Verpflichtungen eine Art Schadensersatz mit pönaler Funktion geregelt.¹²³

(v) *die (absolute) Voraussetzung eines kausalen Zusammenhangs zwischen der ungerechtfertigten/verschuldeten Nichterfüllung und dem Schaden.* Diese Voraussetzung ist Grund für die Klassifizierung in verschiedene kompensierbare Schäden (direkte, unstreitige, zukünftige, sichere, vorhersehbare Schäden).

¹¹⁹ Popa, Coordonatele răspunderii contractuale, S. 162 ff.; Vidu, Câteva aspecte privind evaluarea legală a daunelor-interese moratorii, RRDJ 5/2015, S. 138 ff.

¹²⁰ § 1.350 Abs. 3 ZGB: „Sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, darf keine Partei die Anwendung der Vorschriften der vertraglichen Haftung aufheben, um eine andere, für sie günstigere Regelung zu wählen.“; siehe Popa, Evaziunea normelor contractuale, S. 442 ff.; Pop, Raporturile obligaționale extracontractuale, S. 163 ff., Nr. 57 ff.

¹²¹ Siehe z. B. § 1.702 ZGB.

¹²² Siehe Popa, Coordonatele răspunderii contractuale, S. 156 ff., Nr. 12.

¹²³ „Strafschadensersatz“ nach Art. 906 RZPO – siehe Popa, Implicațiile substanțiale ale aplicării de penalități (art. 906 din Codul de procedură civilă), RRDP 1/2020, S. 281 ff.; Țiț, Considerații cu privire la executarea silită a obligațiilor de a face sau de a nu face intuitu personae, in: In honorem Valeriu Stoica, S. 340 ff.

77. Regeln zu Begrenzung des Schadensersatzes. Neben den Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gibt es auch Regeln, welche die Grenzen der Entschädigung festlegen. Dabei können 5 Regeln unterschieden werden, die alle eine klare Entsprechung im *ius commune europaeum* haben. Diese sind:

(i) *nur ein bestimmter Schaden ist entschädigungspflichtig* (§ 1.532 ZGB). Ein bestimmter Schaden beinhaltet den aktuellen/tatsächlichen Schaden, der durch den Verlust einer Chance („perte d’une chance“ auf Französisch) entsteht;

(ii) *nur ein vorhersehbarer Schaden ist ersatzpflichtig* (§ 1.533 ZGB) – die Regel (wie überall in der Rechtsvergleichung) bedeutet, dass die Obergrenze der Schaden ist, der ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar ist. Von dieser Grenze sind Schäden ausgenommen, die durch Nichterfüllung, grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz der vertragsbrüchigen Partei verursacht wurden;

(iii) *der materielle Schaden und der immaterielle Schaden sind gleichermaßen Gegenstand der Entschädigung* (§ 1.531 ZGB). Diese Regelung soll Unklarheiten ausschließen, da der Ersatz von immateriellen Schäden, die durch die Nichterfüllung einer vertraglichen Pflicht verursacht wurden, vor der durch das ZGB durchgeführten Reform umstritten war;

(iv) *der Schadensersatz ist durch die mora creditoris begrenzt* (§ 1.534 ZGB). Diese Regel ist zweigeteilt. Erstens sind die Schäden, die teilweise dem Gläubiger zuzurechnen sind (d.h. durch eigenes Verschulden des Gläubigers verursacht wurden), nicht ausgleichsfähig. Wird der Schaden sowohl vom Schuldner als auch vom Gläubiger verursacht, wird die Höhe des Schadens um den Beitrag des Gläubigers gemindert. Zweitens hat der Gläubiger eine gewisse gesetzliche *Schadensminderungspflicht*. Er muss also alles ihm Zumutbare tun, um eine Ausweitung des Schadens zu vermeiden;

(v) *Der Schadensnachweis ist wiederum eine Doppelregel* (§ 1.535 Abs. 1, § 1.537 ZGB). Zunächst liegt die Beweislast für den Schaden beim Geschädigten. Auch wenn die Nichterfüllung die Verschuldensvermutung für den Schuldner (gemäß § 1.548 ZGB) auslöst, setzt dies nicht das Vorliegen eines Schadens voraus. Die Höhe des Schadens muss daher vom Gläubiger nachgewiesen werden.

78. Schadensfeststellung. Die gesetzlichen Bestimmungen nennen drei verschiedene Arten der Schadensfeststellung: gerichtlich, juristisch und konventionell. Alle drei unterliegen den oben genannten Voraussetzungen. Besonderheiten bestehen jedoch jeweils in der Anpassung einiger Voraussetzungen und/oder Regeln zur Begrenzung des Schadensersatzes.

79. Der Normalfall: Die gerichtliche Bewertung. Das Gericht hat nach den festgelegten Regeln einen vollständigen Schadensersatz zu ermitteln. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, muss das Gericht auch mögliche Veränderungen des Schadens nach dem Zeitpunkt seiner Entstehung berücksichtigen. Daher sollte der Schaden im Zeitpunkt des Erlasses der gerichtlichen Entscheidung bewertet werden.

80. Eine rechtliche Bewertung (ex lege) findet statt, wenn der Schaden nach gesetzlich festgelegten Regeln zu ersetzen ist. Das Modell der rechtlichen Bewertung wird hauptsächlich bei Geldpflichten (§ 1.535 ZGB) und daran anknüpfend bei Pflichten zu einer in Geld zu bewertenden Leistung (§ 1.536 ZGB) relevant. Zusammenfassend gilt daher für finanzielle Verpflichtungen: (i) die geschädigte Partei ist nicht verpflichtet, Beweise für den Schaden und dessen Ausmaß zu erbringen; (ii) der Wert der Entschädigung wird durch Spezialgesetze ausdrücklich vorgeschrieben, sofern die Parteien im Vertrag keinen anderen Wert vereinbart haben; (iii) Vertragsbestimmungen betreffend eine Entschädigung sind an spezialgesetzlichen Verboten zu messen.

81. Die konventionelle Bewertung ergibt sich aus Vertragsklauseln, die eigene Bewertungskriterien vorgeben. Zwei besondere, im rumänischen Rechtssystem traditionell bekannte und anerkannte Wege werden auch gesetzlich geregelt: die *Strafklausel* („clauza penală“) und die *Hinterlegungsklausel* („clauza de arvună“) – eine Variante der Strafklausel. Die Strafsatzregelung (§§ 1.538–1.543 ZGB) folgt dem italienischen Vorbild der Art. 1382–1384 Codice civile („clausola penale“) und dem kanadischen Modell in Art. 1622–1625 CCQ. Durch die Strafklausel setzen die Parteien im Voraus die Höhe des Schadens im Falle der Nichterfüllung oder verspäteten Erfüllung fest. Die Vertragsstrafe besteht in einer anderen Leistung (in Geld oder anderem) als derjenigen, die zu erbringen ist, wenn die Hauptleistung nicht erfüllt wurde und der Gläubiger Schadensersatz als Abhilfe gewählt hat. Die Höhe der Strafe ist normalerweise unveränderlich, es sei denn, es ist eine Teilleistung erfolgt oder sie ist offensichtlich überhöht (offensichtlich übermäßig, § 1.541 ZGB). Die Vertragsstrafe kann mit dem gewöhnlichen Schadensersatz und/oder der Leistung (§ 1.539 ZGB) kumuliert werden oder nicht, je nachdem, was festgestellt wurde (z. B. kann die Vertragsstrafe mit der Leistung kumuliert werden, wenn nur Entschädigung für verspätete Leistung vorgesehen ist). Dazu gibt es beeindruckende Literatur und auch eine gefestigte Rechtsprechung.

82. Was die *Hinterlegungsklausel* anbelangt, sehen die §§ 1.544–1.546 ZGB (offensichtlich inspiriert von Art. 1385–1386 Codice civile italiano bezüglich der sogenannten „caparra“) zwei Arten einer solchen vertraglichen Vorabbeurteilung von Schäden vor. Die eine heißt *Bestätigungsklausel/arvuna confirmatorie*: In diesem Fall stellt der von einer Partei geleistete Vorschuss ein Zeichen dar, das die Absicht bestätigt, den Vertrag zu erfüllen – bei Nichterfüllung wird der Vorschuss einbehalten oder doppelt zurückgezahlt, je nachdem, welche Partei den Verstoß begeht. Die andere ist die „*Bußklausel*“/arvuna penalizatoare: In diesem Fall ist der geleistete Vorschuss mit der Möglichkeit der Partei verbunden, einseitig vom Vertrag zurückzutreten, den geleisteten Vorschuss zu verlieren oder den doppelten Vorschuss zurückzahlen.

6. Rechtsbehelfe und Haftungsbefreiung bei Veränderung der Umstände?

83. Grundlagen. Zu den bedeutendsten Änderungen des neuen Zivilgesetzbuches gehört die Rechtfertigung der Nichterfüllung durch ein Hindernis, das die Parteien nicht zu vertreten haben. Es gibt viele Vorschriften zu diesem Thema (§§ 1.274, 1.634, 1.351 usw.), am innovativsten in Bezug auf Rechtsbehelfe scheint jedoch § 1.557 ZGB zu sein, der die Auswirkungen der objektiven Unmöglichkeit des Vertrages an die Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung anpasst. Die Textstruktur ist klar und stammt hauptsächlich aus Art. 8.108 PECL, Art.-Nr. III.–3:104 DCFR und Art. 7.1.7. PICC und nur sekundär aus Art. 1470 CCQ.

84. Wirkungen und Auswirkungen. Im Allgemeinen werden der objektiven Unmöglichkeit zwei Hauptwirkungen zugeschrieben: (i) die Befreiung des Schuldners, sofern er nicht bereits in Verzug geraten ist (dieser Aspekt wird durch § 1.634 Abs. 1 und 2 betont); (ii) die Auflösung des Vertrags nach Maßgabe des Umfangs der Unmöglichkeit (ganz oder teilweise). § 1.557 ZGB enthält Regelungen zu der zuletzt genannten Wirkung. Im Grundsatz gelten zwei Regeln:

a) Im Falle der *vollständigen und absoluten Unmöglichkeit* in Bezug auf eine „wesentliche“ Verpflichtung wird der Vertrag automatisch zum Zeitpunkt des Eintritts des nicht kontrollierbaren Ereignisses beendet. Im Übrigen gilt bei einem Betriebsvertrag der debitorische Eigentumsübergang nach § 1.274 Abs. 2 ZGB (*res perit debitori*);

b) *Vorübergehende Unmöglichkeit* – der Rechtslehre zu den beiden Absätzen des § 1.557 ist zu entnehmen, dass auch Fälle teilweiser Unmöglichkeit erfasst sein sollen. Der Vertrag kann demnach beendet werden, wenn infolge der teilweisen Unmöglichkeit das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung verloren geht. Des Weiteren wird die Bestimmung zu den für die Vertragsaufhebung geltenden Regeln anwendbar. Insofern beharrt die Rechtslehre darauf, dass der Gesetzgeber mit der Erwähnung der Vertragsaufhebung eigentlich auf das ganze Bündel von Rechtsbehelfen verweist.¹²⁴ Daher gelten alle Rechtsbehelfe – mit Ausnahme von Schadensersatz – auch für alle Unmöglichkeiten, die nicht vollständig und absolut sind.

85. Die Regelung der Unmöglichkeit ist von entscheidender Bedeutung für das Verständnis des Rechtsbehelfssystems. Die Interaktion zwischen den beiden unterschiedlichen Quellen des Soft Law (insbesondere PECL, PICC und DCFR) und des Hard Law (Schweizer OR, CCQ und italienisches Zivilgesetzbuch) begünstigt die erste Konzeption von Rechtsbehelfen. Dementsprechend sind (Art. III.–3:101 ff. DCFR¹²⁵) (i) für alle Nichterfüllungen die Rechtsbehelfe praktisch anwendbar – die Regel gilt sowohl für berechnigte als auch für unberechnigte Nichterfüllungen;

¹²⁴ *Popa*, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor pentru neexecutarea contractului, S. 358; *Ilie*, Riscurile în contracte. De la vechiul la noul Cod civil, S. 423 ff.

¹²⁵ Siehe von *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Bd. I, S. 772 ff.

(ii) für Nichterfüllungen, die durch objektive Unmöglichkeit verursacht wurden, sind alle Rechtsbehelfe mit Ausnahme des Schadensersatzes praktisch anwendbar. Um die obige Unterscheidung verständlicher zu machen, wurde eine Unterscheidung vorgeschlagen: alle Nichtleistungen sind *Nichterfüllungen*; die mangelhafte Nichterfüllung ist zugleich eine *Vertragsverletzung*.¹²⁶

VII. Fazit

86. Die neuen Rechtsbehelfsregeln, wie sie in §§ 1.516 ff. ZGB enthalten sind, zeugen von einem gewissen Schwanken zwischen traditioneller und moderner europäischer Sichtweise. Die obige Übersicht bescheinigt jedoch eine Orientierung an dem europäischen *ius commune*. Dafür spricht vor allem die Orientierung des Gesetzgebers an verschuldensunabhängigen Rechtsbehelfen und an der außergerichtlichen Durchsetzung dieser Rechtsbehelfe.

87. Die allgemeinen Regeln lauten zusammenfassend wie folgt: (i) der Gläubiger hat das Recht auf Rechtsbehelfe für jede ungerechtfertigte Nichterfüllung; (ii) der Gläubiger hat auch Anspruch auf Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung, die durch ein zufälliges und unvermeidliches Ereignis verursacht wurde (objektive Unmöglichkeit), mit Ausnahme von Schadensersatz und Zwangsvollstreckung der Leistung; (iii) eine Nichterfüllung kann durch zufällige Unmöglichkeit oder die *mora creditoris* gerechtfertigt sein; (iv) für *mora creditoris* und in deren Umfang kann der Gläubiger nicht die Rechtsbehelfe in Anspruch nehmen; (v) Schadensersatz kann nur gewährt werden, wenn die Nichterfüllung ungerechtfertigt ist.

88. Es ist ersichtlich, dass kaum an ein Verschulden als Voraussetzung angeknüpft wird. Das hängt mit der Unterscheidung zwischen gerechtfertigter und ungerechtfertigter Nichterfüllung zusammen. Wo es keine Rechtfertigung gibt, liegt Verschulden vor; umgekehrt liegt dort, wo es eine Rechtfertigung gibt, kein Verschulden vor. Diese Auslegung steht in vollkommenem Einklang mit der Regelung des Rechtsbehelfssystems im rumänischen Recht. Aus diesem Grund wird in dem vorliegenden Beitrag die *Nichterfüllung* als objektives Konzept verstanden und der *Vertragsbruch* als eine Art subjektives Konzept, das Situationen gewidmet ist, in denen ein Fehlerelement vorhanden ist. Das erste Konzept schließt das zweite in dem Sinne ein, dass bei manchen Abhilfemaßnahmen das Verschulden, selbst wenn es keine Voraussetzung ist, ein Faktor ist, der die Anwendbarkeit nicht beeinträchtigt.

¹²⁶ Popa, Rolul vinovăției în funcționarea remediilor pentru neexecutarea contractului, S. 357 ff., Nr. 37 ff.

Das rumänische Sachenrecht zwischen deutschen, österreichischen und französischen Einflüssen

Von *Christian Alunaru* †

I. Einleitung – Wie die Entstehung Großrumäniens zum modernen eklektischen Rechtssystem geführt hat

Das Wesen des rumänischen Zivilrechts kann nur dann richtig verstanden werden, wenn man die Geschichte der Entstehung des modernen rumänischen Staates kennt, weil es eine untrennbare Verbindung zwischen der Vereinigung verschiedener Provinzen in einem Einheitsstaat und der Entstehung des gegenwärtigen eklektischen Zivilrechtssystems Rumäniens gibt.¹

Das heutige Rumänien entstand durch die Vereinigung von drei großen Fürstentümern und einigen kleineren Provinzen. Die 3 Fürstentümer – die Moldau, die Walachei und Siebenbürgen (lateinisch *Transsylvanien* = jenseits der Wälder) – wie auch die anderen kleineren Provinzen (Banat, Bukowina, Maramuresch, Dobrukscha) befanden sich, bis zu ihrer Vereinigung, unter einem Protektorat oder waren sogar Teile von drei benachbarten Kaiserreichen – dem Osmanischen Reich, Österreich-Ungarn und Russland. Manche Gebiete waren lange Zeit unter österreichischer, andere unter russischer oder türkischer Verwaltung, andere wieder haben ihre eigene Verwaltung behalten, standen jedoch unter der Oberhoheit des Osmanischen Reiches. Diese verschiedenen Systeme der staatlichen Verwaltung haben einen wichtigen Einfluss auf das Wesen des rumänischen Zivilrechtssystems ausgeübt. Obwohl keines der rumänischen Fürstentümer während der Geschichte unter französischer Herrschaft oder Oberhoheit geraten ist, hat auch das französische Rechtssystem, hauptsächlich nach der Vereinigung der Walachei mit der Moldau im Jahre 1859, einen wichtigen Einfluss ausgeübt, den ich sofort erläutern werde.

¹ Ausführlich dazu: *Christian Alunaru*, Königreich Rumänien (1881–1947), in: Martin Löhnig/Stephan Wagner (Hrsg.), Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, 283–290; *Christian Alunaru*, Das rumänische Zivilrecht unter dem Einfluss des Österreich-Ungarischen und Osmanischen Reiches, in: Rudolf Welser (Hrsg.), Neuere Privatrechtsentwicklungen in Österreich und in der Türkei, Manz, Wien, 2013, 19–36; *Christian Alunaru*, Das rumänische Sachenrecht zwischen zwei Gesetzbüchern in „Internationale Juristenvereinigung Osnabrück, Jahresheft 2011/2012“ 29–59.

Von den auf das rumänische Zivilrecht ausgeübten und von den benachbarten Kaiserreichen stammenden Einflüssen werde ich die Kollision von zwei wichtigen Arten des Rechtsdenkens analysieren, die ein eklektisches, einmaliges Rechtssystem gebildet haben: es ist von dem deutschen (österreichischen) und vom französischen Rechtssystem die Rede.

Jetzt kurz über die Entstehung Großrumäniens.

Erst haben sich die mittelalterlichen rumänischen Fürstentümer, die Moldau und die Walachei, am 24. Januar 1859 unter dem Fürsten *Alexandru Ioan Cuza* vereinigt. Kurz nach der Vereinigung dieser Fürstentümer wurde das erste rumänische Zivilgesetzbuch („*Codul civil român*“) verabschiedet, das am 1. Dezember 1865 in Kraft trat. Dieses Gesetzbuch (das bis zum ersten Oktober 2011 anwendbar geblieben ist) wurde, trotz anderer Gesetze jener Zeit die als Quellen verwendet wurden (so, z. B., das belgische Hypothekengesetz vom 16. Dezember 1851, der Zivilgesetzbuchentwurf von *Pissanelli* und einige Vorschriften des alten rumänischen Rechts), als eine Nachahmung des französischen *Code Napoléon* betrachtet, ohne aber ein getreues Abbild seines französischen Vorbilds zu sein. Wie gesagt, ist dieser französische Einfluss eine Merkwürdigkeit, die erklärt werden muss, weil zu dieser Zeit Rumänien noch unter der Oberhoheit des Osmanischen Reiches stand. Warum gab es zu dieser Zeit trotzdem keinen türkischen Einfluss auf das rumänische Zivilrecht?

II. Über die Abwesenheit des türkischen und des russischen Einflusses

Dieses Thema der Abwesenheit eines türkischen Einflusses auf das rumänische Zivilrecht habe ich schon öfters bearbeitet.² Ich habe erläutert, wie es möglich war, dass zu dieser Zeit, als Rumänien noch unter der Oberhoheit des Osmanischen Reiches stand, ein französisch beeinflusstes Zivilgesetzbuch erlassen werden konnte. Obwohl die beiden rumänischen Fürstentümer außerhalb des Karpatenbogens Jahrhunderte lang (angefangen mit dem 16. Jahrhundert) unter der Oberhoheit des Osmanischen Reiches gestanden sind, wurden sie nie in „Paschalik“ umgewandelt. Es gibt historische Dokumente, die diese relative Unabhängigkeit der rumänischen Fürstentümer bestätigen. So gibt z. B. das Gesetzbuch (*Kanunamé*)³ des Sultans von 1792 mitten in der Herrschaft fremder Fürsten (vom Sultan ernannter Mitglieder reicher griechischen Familien aus Istanbul) zu, dass sich die kaiserliche Verwaltung nicht

² *Christian Alunaru*, Die Wurzeln des rumänischen Zivilrechts von Istanbul bis Québec, in: Atilla Altop/Rudolf Welser/Cüneyt Bellican/Nihal Ural Çınar/Güler Gümüşsoy Karakurt (Hrsg.), Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN'a Armağan C.III (Festschrift für Prof. İlhan ULUSAN), Verlag Seçkin Yayıncılık A.Ş., Istanbul 2016, 40–65.

³ *Mustafa A. Mehmet*, Eine neue Regelung der Verhältnisse der Moldau und der Walachei zu der Pforte in 1792 (Ein Gesetzbuch – Kanunname – in türkischer Sprache), in *Studii t. 20*, (1967), 4, 691–707, zitiert von C. *Giurescu/D. Giurescu*, *Istoria Românilor din cele mai vechi timpuri până astăzi* (Die Geschichte der Rumänen aus uralten Zeiten bis heute)² (1975), 502.

in die innere Verwaltung dieser Fürstentümer einmischte – dass diese frei, durch das Verbot fremder Betretung sind und dass alle Steuern und Pachtzinsen den Fürsten zukommen.⁴ Die Bedingung dieser relativen Autonomie war die rechtzeitige Zahlung des Tributs (türkisch: Haratsch).

Über die „Herrschaft fremder Fürsten“ in den rumänischen Fürstentümern muss noch einiges erläutert werden, weil in der Geschichte die Zeit der „fremden Fürsten“ im Vergleich zur Zeit der „einheimischen Fürsten“ ziemlich kurz ist. Bis 1711 wurden die Fürsten der Moldau und der Walachei von den Adligen (*Bojaren*) dieser Fürstentümer gewählt. Der Verrat des Fürsten *Dimitrie Cantemir* hat aber eine Einstellungsänderung der Hohen Pforte verursacht. Der Sultan hatte im Jahre 1710 *Cantemir*, eine sehr gebildete Person, die in Istanbul studiert und mit den osmanischen hohen Beamten sehr gute Beziehungen gehabt hat, zum Fürst der Moldau ernannt, sodass der Sultan gehofft hatte, in der Moldau einen hingebenden Fürsten zu haben. *Cantemir* hat aber im selben Jahr das Abkommen von *Luck* (3./14. April) mit dem Zaren *Peter dem Großen* abgeschlossen, um gegen das Osmanische Reich zu kämpfen mit der Absicht einige Vorteile für sich und sein Fürstentum zu erhalten: eine erbliche Dynastie für seine Familie und Wiederherstellung der alten Grenzen des Fürstentums an der Donau und dem Schwarzen Meer.⁵ Aus diesem Grunde hat der Sultan sein Vertrauen in die einheimischen Fürsten verloren und beschlossen, den Thron der rumänischen Fürstentümer Mitgliedern von reichen griechischen Familien aus dem Stadtteil „Fanar“ (*Fener*) aus Istanbul zu geben. Deshalb sind diese Fürsten mit dem Namen „Fanarioten“ in die Geschichte eingegangen. Die berühmtesten aus Istanbul stammenden Herrscherfamilien trugen griechische Namen: *Mavrokordat*, *Moruzi*, *Sturdza*, *Caragea*, *Ipsilanti*, *Ghika*, *Callimachi*. Die Herrschaft der aus Istanbul stammenden Fürsten dauerte mehr als ein Jahrhundert: zwischen 1711 und 1821.⁶

Über den russischen Einfluss im Osten Rumäniens ist es heute sinnlos zu sprechen, denn der unter dem Namen „Bessarabien“ (rum. *Basarabia*) im Jahre 1812 von Russland besetzte Teil des Fürstentums Moldau (zwischen den Flüssen Prut und Dnestr), der sich im Jahre 1918 mit dem Königreich Rumänien vereinigt hat, ist nach dem Zweiten Weltkrieg wieder Teil Russlands (genauer gesagt der Sowjetunion) geworden und bildet jetzt die unabhängige Republik Moldau. Folglich gehört der russisch beeinflusste östliche Teil der Moldau nicht mehr zu Rumänien. Der westliche Teil der Moldau, der sich 1859 mit der Walachei vereinigt hat und das Kleine Rumänien (das Alte Königreich) bildete, war nicht vom russischen Recht beeinflusst.

⁴ C. Giurescu/D. Giurescu, 494.

⁵ Dazu: C. Giurescu/D. Giurescu, 446–447.

⁶ Dazu: *Joseph Gottwald*, Phanariotische Studien, in *Leipziger Vierteljahrschrift für Südosteuropa*, V (1941), 1–58; *Hans Walter Held*, Die Phanarioten., Inaugural Dissertation, Elberfeld, (1920).

III. Das Alte Königreich Rumänien (Vechiul Regat) und das französisch beeinflusste Zivilgesetzbuch mit seinen spezifischen Grundsätzen

Nach der Vereinigung der Fürstentümer Moldau und Walachei im Jahre 1859 unter dem rumänischen Fürsten *Cuza*, wurde dieser im Jahre 1866 durch den deutschen Fürsten *Karl von Hohenzollern-Sigmaringen* ersetzt. Zu dieser Zeit war Rumänien noch immer Vasall des Osmanischen Reiches. Erst nach dem Russisch-Türkischen Krieg von 1877, an dem auch die beiden vereinigten Fürstentümer, jetzt unter der Herrschaft des Prinzen *Karl von Hohenzollern-Sigmaringen*, teilgenommen haben, hat der Berliner Kongress (1878) die Unabhängigkeit des neu entstandenen rumänischen Staates anerkannt und Rumänien wurde 1881 zum Königreich. Dieses Königreich wird in der rumänischen Geschichte als „*Vechiul Regat*“ (das Alte Königreich, oder das „Altreich“ – wie es die Siebenbürger Sachsen nannten) bezeichnet. Fürst Karl von Hohenzollern Sigmaringen wurde zum König Karl I von Rumänien (rum. *Regele Carol I*) gekrönt. Das französische Zivilgesetzbuch aus 1864 ist aber weiter in Kraft geblieben (bis zum 1. Oktober 2011).

Den französischen Einfluss auf das erste Zivilgesetzbuch Rumäniens, noch während der türkischen Oberhoheit, habe ich auch so erklären können, dass Frankreich die Vereinigung der beiden Fürstentümer (der Walachei und der Moldau) im Jahre 1859 unterstützt hat. Es sind nicht nur der französische Kaiser *Napoléon III*, sondern auch viele Persönlichkeiten Frankreichs, wie *Jules Michelet*, *Edgar Quinet*, *Paul Bataillard*, *Elias Regnault*, *Thibault-Lefevre* gemeint, die gute Beziehungen zu den rumänischen Intellektuellen hatten und Beiträge über die beiden Fürstentümer geschrieben haben, durch welche diese Fürstentümer in Frankreich bekannt wurden.⁷

Das Königreich Rumänien war bis zum Ersten Weltkrieg, trotz der Tatsache, dass es durch die Vereinigung von zwei Fürstentümern, Vasallen des Osmanischen Reiches, entstanden ist, ein Einheitsstaat, in dem das Zivilgesetzbuch von 1865, französisch beeinflusst, in Kraft war. Die Abwesenheit des türkischen Einflusses und den starken französischen Einfluss auf das rumänische Zivilrecht habe ich eben erklärt. Wichtig war, dass im Alten Königreich Rumänien das Zivilrecht französischen Ursprungs galt und, dass es keine Rechtskollisionen mit anderen Rechtssystemen gab. Im Sachenrecht galt der Grundsatz des Konsensualismus und das einzige Publizitätssystem im Grundstücksverkehr war das französische Liegenschaftsregister (*registre des transcriptions et inscriptions*), Begriffe, die ich im Weiteren erläutern werde.

Vor allem muss eine wichtige Bemerkung bezüglich dieses Zivilgesetzbuchs gemacht werden. Hat es einen Sinn über ein Zivilgesetzbuch, das vor über 150 Jahren verabschiedet wurde, zu sprechen? Ja, weil hier nicht von Rechtsgeschichte, sondern von einem Gesetzbuch die Rede ist, das noch bis vor 10 Jahren in Kraft war. Warum? Weil in Rumänien zur Zeit des kommunistischen Regimes, trotz aller Versuche, das alte Zivilgesetzbuch von 1864/65 nicht aufgehoben wurde um, wie in manchen ost-

⁷ C. Giurescu/D. Giurescu, 609.

europäischen Ländern, ein neues, den Grundsätzen der kommunistischen Doktrin entsprechendes Zivilgesetzbuch einzuführen. Der wichtigste Entwurf eines neuen, kommunistischen Zivilgesetzbuches wurde im Jahre 1971 ausgearbeitet, doch zum Glück wurde er nie verabschiedet.

Zwei wichtige Novellierungen des alten ZGB betreffen die Aufhebung des ersten Buches über Personen, das durch das neu geschaffene Familiengesetzbuch (1954) und durch Sondergesetze ersetzt wurde, und die Aufhebung der Vorschriften über die Verjährung, die in einem Sondergesetz (Dekret Nr. 167/1958), zum ersten Mal von der Ersitzung getrennt, vorgesehen wurden.

Scheinbar blieben die restlichen Vorschriften des Zivilgesetzbuches unberührt. Aber die kommunistischen Verfassungen Rumäniens, angefangen mit der Verfassung aus dem Jahre 1948, so wie verschiedene Sondergesetze bezüglich der Nationalisierung, Enteignung oder Ersitzung zugunsten des Staates, Untersagung der Veräußerung von Privatgrundstücken, Einschränkung des Grundeigentums auf eine einzige Wohnung, usw., ermöglichten einen brutalen Missbrauch des Privateigentumsrechts.

Das alles geschah jedoch außerhalb des Zivilgesetzbuches. Deshalb war es einfach, nach der Revolution von 1989 diese Sondergesetze aufzuheben, und das alte Zivilgesetzbuch blieb weiter in Kraft als wichtigste Regelung im Bereich des Zivilrechts. Schwieriger war es durch Sondergesetze die durch die kommunistische Gesetzgebung verursachten Schäden wieder gutzumachen. Aus politischen aber auch praktischen Gründen (wie z. B. die Schwierigkeit das Problem der Mieter aus den vom Staat enteigneten Wohnungen zu lösen) kam es zögernd zu verschiedenen Rückstellungsgesetzen.

IV. Besonderheiten des Zivilgesetzbuchs von 1864/65, die aus dem französischen Recht übernommen wurden – Texte des italienischen Zivilgesetzbuchs, die vom rumänischen Gesetzgeber bevorzugt wurden

Im Allgemeinen folgt das rumänische Zivilrecht (und das ZGB von 1864/65) der französischen Tradition, mit seinen wichtigsten Charakteristiken:

1. Vor allem war die rumänische Rechtssprache von der französischen wesentlich beeinflusst. Begriffe wie: *propriété* (Eigentum), *possession* (Besitz), *usufruit* (Nießbrauch), *droit d'habitation* (Wohnrecht), *droit de superficie* (Erbbaurecht), *servitude* (Grunddienstbarkeit), *succession* (Erbfolge, Erbschaft), *obligation* (Schuldverhältnis, Verbindlichkeit, Verpflichtung), *contrat* (Vertrag), *compensation* (Anrechnung, Ausgleich), *responsabilité délictuelle* (Schadenersatzrecht), *préposé* (Erfüllungshilfe), *prescription* (Verjährung), *usucapion* (Ersitzung), *présomption absolue ou irréfragable* (unwiderlegbare Vermutung), *présomption simple ou réfragable* (widerlegbare Vermutung), usw. wurden einfach „romanisiert“ und der rumänischen

Sprache angepasst. Deshalb ist das rumänische Zivilgesetzbuch für einen Kenner der französischen Rechtssprache leicht verständlich.

2. Die Struktur des ZGB von 1864/65 ist deutlich vom *Code civil* beeinflusst: Es gab im alten ZGB keinen allgemeinen Teil, nur drei Bücher: „Über Personen“, „Über Sachen und über die verschiedenen Änderungen des Eigentums“ (*Despre bunuri și despre osebitele modificări ale proprietății*) und „Über verschiedene Arten des Eigentumserwerbes“ (*Despre diferitele moduri prin care se dobândește proprietatea*). Dieses dritte Buch enthielt Vorschriften des Erbrechts (im I. Titel), dann Vorschriften bezüglich der Schenkungen und Testamente (im II. Titel), und regelte dann die Verträge als wichtigste Entstehungsgründe einer Obligation. Im III. Titel waren allgemeine Regeln für Verträge vorgesehen, dann wurden vom IV. bis zum XVII. Titel verschiedene Sonderverträge geregelt, Titel XVIII regelte die Zwangsvollstreckung und Titel XIX die Verjährung (gleichzeitig mit der Ersitzung). Es gab keinen besonderen Abschnitt für das Schadenersatzrecht. Im schon beschriebenen dritten Buch gab es im V. Kapitel „Über Delikte und Quasidelikte“ (Fahrlässigkeit) des III. Titels „Über Verträge“ (rum: *Despre contracte sau convenții*) 6 Artikel (998–1003), die das Schadenersatzrecht regelten.

3. Im II. Titel dieses dritten Buches wurden die Schenkungsverträge und Testamente, nach französischem Vorbild, zusammen geregelt, der Auffassung gemäß, dass beide unentgeltliche Zuwendungen (*libéralités*) sind, selbst wenn die Ersten unter Lebenden, die Letzten von Todes wegen erfolgen.

4. Wie im *Code Napoléon* gab es auch im rumänischen ZGB kein richtiges Ehegattenerbrecht. Bis 1944, gemäß den in Art. 679 und 681–684 ZGB enthaltenen Vorschriften, war der überlebende Ehegatte zugunsten der Verwandten des Erblassers deutlich benachteiligt, was von der Rechtslehre einstimmig kritisiert wurde.⁸ Er wurde erst in Abwesenheit der Erben aus allen vier Parentelen (Klassen) zur Erbfolge berufen. Art. 684 ZGB schrieb nur der armen Witwe ein Fruchtgenussrecht (Nießbrauchrecht, *usus fructus*) an einem gewissen Erbteil zu, wenn auch Deszendenten des Erblassers vorhanden waren oder ein Eigentumsrecht an einem Erbteil (einer Quote) von einem Viertel des Nachlasses, wenn Aszendenten oder andere Verwandten vorhanden waren. Erst während des zweiten Weltkrieges wollte man durch die Regierungsverordnung (Dekret) Nr. 319/1944 die schwierige und ungerechte Lage der Kriegswitwen verbessern und führte zum ersten Mal ein echtes Ehegattenerbrecht ein. Diese Vorschriften wurden nie ins alte ZGB eingeführt, sie bildeten bis zur Aufhebung des alten ZGB ein Sondergesetz. Erst im neuen ZGB von 2011 wurde das Ehegattenerbrecht in das ZGB mit einbezogen.

5. Das Erbbaurecht (Baurecht, *droit de superficie*) war nicht ausdrücklich, sondern indirekt geregelt: mittels der Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des künstlichen Zuwachses, (gemäß Art. 492).

⁸ Mihail Eliescu, *Mostenirea si devolutiunea ei in dreptul RSR* (Die Erbschaft und ihr Erwerb in der Rechtsordnung der Sozialistischen Republik Rumänien), Editura Academiei (Verlag der Akademie), Bucuresti 1966, 131.

6. Die Grunddienstbarkeiten (Servituten) waren nach französischem Vorbild, dreierlei: 1. natürliche Dienstbarkeiten („*servitude naturelle*“ – sich aus der Natur der Sache ergebende Dienstbarkeiten), 2. gesetzliche Dienstbarkeiten („*servitude établie par la loi*“) und 3. rechtsgeschäftliche Dienstbarkeiten („*servitude établie par le fait de l'homme*“). Der Rechtslehre gemäß waren die ersten zwei keine regelrechten Dienstbarkeiten, sondern nur gesetzliche Einschränkungen der Befugnisse des Eigentümers im Interesse eines friedlichen Zusammenlebens der Nachbarn.⁹ Das neue rumänische Zivilgesetzbuch folgt der Rechtslehre und zählt nun die gewesenen „natürlichen“ und „gesetzlichen“ Dienstbarkeiten im Kapitel bezüglich der Beschränkungen des Eigentumsrechts auf.

7. Die Verjährung und die Ersitzung wurden einheitlich unter dem Namen „*prescripție*“ (fr: „*prescription*“) geregelt, der Auffassung gemäß, dass beide Rechtsinstitute Rechtsfolgen des Zeitverlaufs seien: „*la prescription acquisitive*“ (*praescriptio acquisitiva*, Acquisitivverjährung, erwerbende Verjährung, Ersitzung) wo der Zeitverlauf den Erwerb eines dinglichen Rechts zur Folge hat (selbstverständlich durch qualifizierten Besitz) und „*prescripție extinctivă*“ („*la prescription extinctive*“, *praescriptio extinctiva*, Extinktivverjährung, erlöschende oder eigentliche Verjährung, im Sinne des deutschen und österreichischen Zivilrechts), die einen Rechtsverlust wegen Nichtausübung durch eine bestimmte Zeit zur Folge hat.¹⁰ Es war der Einfluss des Art. 2219 des französischen Zivilgesetzbuches „*La prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi*“.¹¹ Durch die Verordnung Nr. 167/1958 wurde die Verjährung von der Ersitzung (die weiter im Zivilgesetzbuch blieb) zum ersten Mal getrennt und mit viel kürzeren Fristen versehen (z. B. 3 statt 30 Jahre). Erst das neue ZGB von 2011 hat die Regelung der Verjährung wieder ins Gesetzbuch mit einbezogen und hat die Trennung der Verjährung von der Ersitzung beibehalten (was eine Abwei-

⁹ Von den Klassikern der rumänischen Rechtswissenschaft zitieren wir: C. Nacu, Dreptul civil român, vol. I, (Rumänisches Zivilrecht. Band I), Verlag Soccec, Bucuresti 1901, 866; D. Alexandresco, Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman in comparatiune cu legile vechi și cu principalele legislatii straine. Tomul III. Partea I, Editia a II-a, (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen, Band III, 2. Auflage) Verlag Atelierele grafice Soccec & Co, Bucuresti 1909, 238; D. Alexandresco, Principiile dreptului civil, vol. I. (Die Grundsätze des Zivilrechts. Band I.), Verlag Soccec București, 1926, 542; M. B. Cantacuzino, Elementele dreptului civil (Die Elemente des Zivilrechts), Verlag Cartea romaneasca, Bucuresti 1921, 153; C. Hamangiu/I. Rosetti-Balanesco/Al. Baicoianu, Tratat de drept civil roman (Abhandlung des rumänischen Zivilrechts), Verlag Naționala, Bucuresti 1929, 55; Aurelian R. Ionascu, Curs de drept civil român. Volumul III. Drepturile reale. Universitatea „Regele Ferdinand I.“ din Cluj (Lehrbuch des rumänischen Zivilrechts, Band III. Sachenrecht. Universität „König Ferdinand“ Klausenburg) 1946, 33.

¹⁰ Kozjol/Welser, Bürgerliches Recht¹⁰, II (1996), 86.

¹¹ In der ursprünglichen Fassung des *Code Napoléon*. Heute ist die Ersitzung (*la prescription acquisitive*) in Art. 2258 *Code civil*, (Modifié par LOI n°2008-561 du 17 juin 2008 – art. 1) getrennt geregelt. Trotzdem wird auf die Vorschriften der Art. 2221 und 2222, die die Verjährung betreffen (*la prescription extinctive*), verwiesen.

chung vom französischen Vorbild bedeutet). Die Ersitzung wird jetzt getrennt, *als Rechtsfolge des Besitzes* geregelt (ein Grundsatz, der für die Rechtslehre schon immer als selbstverständlich galt).

8. Wie schon erwähnt, gab es eine karge Regelung des Schadenersatzrechts – nur 6 Artikel (998–1003) im V. Kapitel „Über Delikte und Quasidelikte“ (Fahrlässigkeit) des III. Titels „Über Verträge“ (rum: *Despre contracte sau convenții*).

9. Am wichtigsten war aber die Herrschaft des Konsensualgrundsatzes (der Formfreiheit der Verträge). Der Grundsatz des „Konsensualismus“ bedeutet im rumänischen Recht, unter französischem Einfluss, viel mehr als der „Grundsatz der Formfreiheit“ (§ 883 ABGB), mehr als dass der Abschluss des Rechtsgeschäftes an keine besondere Form gebunden ist.¹² Aus dem Grundsatz, dass die Übertragung des Eigentumsrechtes durch einfache mündliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers möglich ist, ergibt sich, dass ein Kaufvertrag *gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft* in einem ist. Es fehlt also die „Zweiaktigkeit“ des sachenrechtlichen Rechtsgeschäfts¹³ (§ 380 ABGB), oder wie es in der deutschen Rechtslehre heißt, das *Trennungsprinzip* (die „systematische Trennung zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und der dinglichen Rechtsänderung“). Folglich fehlt auch die im deutschen BGB geltende „Abstraktheit“ der dinglichen Rechtsgeschäfte („Abstraktionsprinzip“).¹⁴

Es sind wichtige Folgen, die den Eigentumsübergang betreffen.

Der Grundsatz des Konsensualismus im Bereich des Rechtsverkehrs bezüglich der Grundstücke¹⁵ ist dadurch zu erklären, dass es, wie im französischen Rechtssystem (vor der Reform der Publizität der Grundstücksrechte von 1955),¹⁶ auch im rumänischen System keine Grundbücher im deutschen und österreichischen Sinne gab.

¹² Zur Formfreiheit des schuldrechtlichen Geschäftes, s. *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007), 14.

¹³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006), 310.

¹⁴ *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 5 Rn. 40 ff.

¹⁵ *Liviu Pop*, Dreptul de proprietate si dezmembramintele sale (Das Eigentumsrecht und die beschränkten dinglichen Rechte), Verlag Lumina lex, București, 2001, 46–48.

¹⁶ Da der damals gültige *Code Napoléon* dem rumänischen Zivilgesetzbuch als Vorbild diente, gab es sowohl im französischen als auch im rumänischen Recht dasselbe Publizitätssystem für Sachenrechte an Grundstücken, die Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte (*registre des transcriptions et inscriptions*). Inzwischen hat sich aber die französische Gesetzgebung diesbezüglich in Richtung eines modernen, europäischen Publizitätssystems entwickelt, während das rumänische Zivilgesetzbuch von 1864 unverändert blieb. Durch mehrere Gesetze zwischen 1935–1979, insbesondere durch die Verordnung No. 52–22 vom 4. Januar 1955 „Über die Reform der Publizität der Grundstücksrechte“ (*Portant réforme de la publicité foncière*), hat der französische Gesetzgeber das Publizitätssystem wesentlich umgestaltet, sodass es heute dem deutschen System viel ähnlicher ist. Dazu ausführlich: *I. Albu*, Noile cărți funciare (Die neuen Grundbücher) Verlag Lumina lex, București 1997, 12.

Die Übertragung des Eigentums unbeweglicher Sachen erfolgte durch die formfreie Willensübereinstimmung (Angebot und Annahme) der Vertragsparteien. Erforderlich war weder eine zusätzliche sachenrechtliche Einigung noch die Beurkundung oder die Schriftform. Die Eintragung des allein durch diese Einigung *erworbenen* dinglichen Rechts im Liegenschaftsregister (das ein Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte und kein Grundbuch im deutschen und österreichischen Sinne war) hatte nur die Drittwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Ein Kaufvertrag war folglich ein Verfügungsgeschäft (fr. *contrat translatif de propriété*), durch welches der Käufer das Eigentumsrecht erwarb. Dieser Erwerb wirkte jedoch nur *inter partes*. *Erga tertios* (*erga omnes*) wirkte das Erwerbsgeschäft nur durch Eintragung (Umschreibung) im Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte.

Der Erwerb dinglicher Rechte war in zwei Etappen getrennt: die Etappe der Willensübereinstimmung zwischen den Vertragsparteien (*inter partes*) und die Etappe der gegen Dritte wirkenden Rechte (*erga omnes*). Es gab also ein Paradoxon der *nicht entgegengesetzten dinglichen Rechte*, solange diese nicht im Register eingetragen worden sind.

Laut der französischen und der rumänischen Literatur stammt die Eintragung aus dem Feudalrecht¹⁷ und besteht in der buchstäblichen Umschreibung der „übertragenden“ Rechtsgeschäfte, also jener Verträge die gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte in einem sind, so wie auch jener dinglichen Rechte an Liegenschaften, die verpfändet werden können.¹⁸

Der Grundsatz des „Konsensualismus“ wurde im Bereich des Grundstücksverkehrs als Folge der Einführung des Grundbuchsystems in ganz Rumänien durch das neue ZGB von 2011 wesentlich eingeschränkt, doch er blieb als herrschender Grundsatz im Bereich des Rechtsverkehrs bezüglich der beweglichen Sachen.

Folglich beruht die Eigentumsübertragung bei beweglichen Sachen sowohl im alten als auch im neuen Zivilgesetzbuch nur auf der Willensübereinstimmung der Vertragsparteien, welche sowohl *inter partes* als auch *erga tertios* wirkt. Die Tradition (Übergabe) spielt überhaupt keine Rolle.

Die Übergabe der Sache diene nur um dem Käufer den Besitz der Sache zu verschaffen (Art. 1314 rum. ZGB von 1864/65). Gemäß § 1138 des französischen Code civil, (in der ursprünglichen Fassung, heute aufgehoben durch *Ordonnance n° 2016–131 du 10 févr. 2016*)¹⁹ – „*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul con-*

¹⁷ Dazu *Flandin*, Transcription en matière hypothécaire, I, 13 ff. (Résumé historique sur la transcription) 1861. Für das römische Recht, s. *Gr. Dimitrescu*, Introducere la studiul transcripțiunei. (Einführung in das Studium der Eintragung) București 1908.

¹⁸ Dazu ausführlich: *C. Hamangiu/I. Rosetti-Bălănescu/Al. Băicoianu*, Tratat de drept civil român. (Abhandlung des Rumänischen Zivilrechts) Band II. Verlag „Nationala“, București 1929, 173 ff.

¹⁹ In der gegenwärtigen Fassung steht es viel deutlicher in Art. 1196 *Code civil*, der durch die *Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016* eingeführt wurde): „Dans les contrats ayant

sentement des parties contractantes“ – war die Pflicht zur Übergabe der Sache allein durch die Einigung der Vertragsparteien rechtswirksam. Dieser Paragraph wurde jedoch als fehlerhaft betrachtet,²⁰ weil er die Ursache vieler theoretischer Auseinandersetzungen war.

Deshalb verließ der rumänische Gesetzgeber diesmal die französische Quelle, obwohl ihm der *Code Napoléon* als Muster gedient hatte, und übersetzte im oben erwähnten Art. 971 (rum. ZGB) *ad litteram* § 1125 des italienischen Zivilgesetzbuches:

„Nei contratti che hanno de oggetto la translazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o el diritto si trasmette e si acquista per efetto del consenso legittimaménte manifestato“.

Dieses noch heute anwendbare französische System bedeutet eine Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechts. Diesen Grundsätzen gemäß erfolgte die Eigentumsübertragung nur durch Übergabe, und das nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch gegen Dritte. „*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*“. Dem Erwerber wurde kein *jus in re*, sondern nur ein *jus ad rem* eingeräumt.

Im Vergleich zum österreichischen Recht, war der für den Rechtserwerb erforderliche „Modus“ – die Übergabe für bewegliche Sachen und die grundbücherliche Eintragung für Liegenschaften – nicht vorgeschrieben.²¹ Im neuen rumänischen Zivilgesetzbuch, das am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten ist, ist dieser Grundsatz dadurch eingeschränkt, dass in den meisten Fällen (mit einigen Ausnahmen) für der Rechtserwerb an Grundstücken die grundbücherliche Eintragung verlangt ist.

V. Einfluss des deutschen Rechtsdenkens, durch das österreichische ABGB, auf das rumänische Zivilrecht

Die Rechtskollisionen zwischen verschiedenen Rechtssystemen entstanden erst nach der Vereinigung der ehemaligen österreichischen Provinzen (Siebenbürgen, Banat und Bukowina) mit dem Alten Königreich Rumänien in Jahre 1918.

Über den Einfluss des ABGB auf die Gestaltung des modernen rumänischen Zivilrechts habe ich öfters geschrieben.²² Er hat sich auf mehreren Ebenen ausgewirkt.

pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat“.

²⁰ Hiezu ausführlich *Marcadé*, IV, 480.

²¹ Dazu ausführlich *H. Koziol/R. Welser*, Bürgerliches Recht II, 1996, 4, 107.

²² *Christian Alunaru*, Das ABGB in Rumänien (frühere Geltung und heutige Ausstrahlung), in: Constanze Fischer-Czermak/Gerhard Hopf/Georg Kathrein/Martin Schauer (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre ABGB, Manz, Wien, 2011, 101 – 122.

Das waren eigentlich die Wege, auf welchen sich der Einfluss des deutschen Rechtsdenkens auf das rumänische, französisch orientierte Rechtssystem ausgeübt hat.

- Eine erste Ebene ist die „Umsetzung“ der wichtigsten Vorschriften des ABGB in die einheimische Gesetzgebung, die Nachahmung des ABGB in einheimischen Gesetzen. Als wichtigstes gesetzgeberisches Werk aus den einstigen rumänischen Fürstentümern (vor deren Vereinigung), das als Hauptquelle des ABGB verwendet hat, ist der Codex des moldawischen Fürsten *Scarlăt Callimachi* erwähnenswert. Leider wurde dieses, vom ABGB stark geprägte Gesetzbuch, kurz nach der Vereinigung der Moldau mit der Walachei (am 24. 1. 1859) durch die Inkraftsetzung des Zivilgesetzbuches des neuen Staates Rumänien, am 1. 12. 1865, aufgehoben, so wie ich etwas später erläutern werde.
- Die zweite Ebene besteht in der unmittelbaren Anwendung des ABGB in den ehemaligen österreichischen Provinzen noch ein Vierteljahrhundert nach deren Vereinigung mit Rumänien.
- Die dritte Ebene besteht in den „materiellen Spuren“, die das österreichische Rechtssystem in den einstigen österreichischen Provinzen hinterlassen hat. Es sind die Grundbücher, die für das Adoptionsland, wo die Publizität der Liegenschaftsrechte durch die französischen Liegenschaftsregister (*registre d'inscription et de transcription*) erfolgte, etwas Ungewöhnliches darstellten und trotzdem behalten wurden.
- Die vierte und letzte Ebene besteht in dem heutigen Einfluss des ABGB auf das rumänische Zivilrecht (auf das ZGB von 2009, das am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten ist).²³

²³ Über diesen Einfluss habe ich einen ausführlichen Vortrag an der von der Universität Bukarest zusammen mit der Universität Würzburg veranstalteten Sommerschule in deutscher Sprache im September 2018 gehalten. Siehe auch: *Christian Alunaru*, Die Bedeutung des deutschen Rechtsdenkens auf das rumänische Zivilrecht, in: Gabor Hamza/Milan Hlavačka/Kazuhiro Takii (Hrsg.), Rechtstransfer in der Geschichte. Internationale Festschrift für Wilhelm Brauner zum 75. Geburtstag, Verlag Peter Lang GmbH Internationaler Verlag der Wissenschaften, Berlin 2019, 11–57; *Christian Alunaru*, Considerații privind importanța gândirii juridice germane în dreptul european și influența acesteia asupra evoluției dreptului privat român (Erwägungen über die Bedeutung des deutschen Rechtsdenkens im Europäischen Recht und dessen Einfluss auf die Entwicklung des rumänischen Privatrechts), in: Dan Andrei Popescu/Ionuț-Florin Popa/Sergiu Golub/Liviu-Marius Harosa (Hrsg.), In honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică (Zwischen Rechtsdogmatik und praktischer Vernunft), Verlag Hamangiu, București 2018, 5–62.

VI. Rumänien hätte ein Zivilgesetzbuch deutschen Einflusses, eine Kopie des österreichischen ABGB, haben können

Unter der Herrschaft des Fürsten *Scarlat Callimachi*²⁴ (1806, 1807–1810, 1812–1819), wurde in der Moldau das Gesetzbuch verabschiedet, das in der rumänischen Rechtsgeschichte als „*Codul Calimach*“ (*Codex Calimach*, *Codex Civilis Moldaviae*) bekannt ist, und das ein getreues Abbild des ABGB war.

Wie es dazu kam, versuchten die Forscher der rumänischen Rechtsgeschichte auf verschiedene Weise zu erklären. Doch die Erklärung ist viel einfacher: Der wahre Verfasser dieses Gesetzbuches war ein ehemaliger Student Professor *Franz von Zeillers*, dem Verfasser des ABGB!

Also ist der Einfluss des ABGB auf das Gesetzbuch von *Scarlat Callimachi*, was den Plan und die Methode betrifft, dem wichtigsten und gebildetsten Mitarbeiter²⁵ des Fürsten bei der Verfassung des Moldawischen Gesetzbuches zu verdanken, dem Rechtsprofessor *Flechtenmacher*, seinerzeit der berühmteste Jurist des Fürstentums Moldau.

Christian Flechtenmacher, ein Siebenbürger Sachse aus Kronstadt (Braşov), hatte seinen Dokortitel in Wien – als Student von Professor *Franz von Zeiller* – erworben und so verwendete er für seinen Kommentar zum neuen Moldawischen Gesetzbuch den Kommentar seines Meisters. Er wurde vom Fürsten *Callimachi* im Jahre 1813 in die Moldau gebracht und war auch an der rumänischen Übersetzung des Gesetzbuches beteiligt (ursprünglich wurde dieses Gesetzbuch in griechischer Sprache – die Amtssprache der Justiz in den rumänischen Fürstentümern – verfasst).

Was den besonderen Wert dieses Gesetzbuches betrifft, wurde dieser u. a. von der Universität Oxford bestätigt, nachdem Fürst *Callimachi* vor der Verkündung des Gesetzbuches Kopien des Entwurfes an mehrere europäische Gelehrte gesandt hatte, um ihre Meinung einzuholen.²⁶

Der „Code Callimaque“ oder „Codex civilis Moldaviae“ wurde durch die Fürstliche Verordnung vom 1. 7. 1817 verkündet und war zwischen dem 1. 10. 1817 und dem 1. 12. 1865 in Kraft, bis er durch das rumänische Zivilgesetzbuch („*Codul civil român*“ – französischen Einflusses), aufgehoben wurde.

²⁴ Weil der Moldawische Fürst griechischer Abstammung war, ist er in der Geschichte als *Scarlat Callimachi* bekannt. Siehe *C. Giurescu/D. Giurescu 515*; *N. Iorga*, Documentele private la familia Calimachi (Die Urkunden bezüglich der Familie Calimachi) I., 1902. In der rumänischen Rechtsliteratur wird das Gesetzbuch aber „*Codul Calimach*“ genannt. Siehe *Andrei Rădulescu* u. a., *Codul Calimach*. Ediție critică (Das Gesetzbuch Calimach. Kritische Auflage), Verlag der Akademie, Bucureşti, 1958.

²⁵ Manche halten *Christian Flechtenmacher* für den wahren Verfasser des Gesetzbuchentwurfes, selbstverständlich unter Anleitung des Fürsten. Siehe *Al. Papadopol Calimach*, Din istoria legislaţiunii Moldovei (Aus der Geschichte der Gesetzgebung in der Moldau) in „*Arhiva Societăţii ştiinţifice şi literare din Iaşi*“ (Urkundensammlung der Wissenschaftlichen und Literarischen Gesellschaft Iassy) VII 160 ff.

²⁶ *Al. Papadopol Calimach* 163 ff.

Das Gesetzbuch des Fürsten *Callimachi* wurde von *E. K. Zachariae von Lingenthal* ins Deutsche übersetzt und im Vorwort zu der zweiten Auflage seines Werkes „Geschichte des griechisch-römischen Rechts“ veröffentlicht.²⁷ Weiter wurde es auch im Werk von *I. und P. Zepos* „Jus Graeco-romanum“, Band VIII (Athen 1931) 1–355, veröffentlicht.

Es gab auch eine Auflage in rumänischer Sprache, die in Czernowitz (Cernăuți) für die Bukowina erschien.²⁸ An der Übersetzung ins Rumänische war der Verfasser des Gesetzbuches, *Flechtenmacher* selbst, beteiligt.

Laut einer weit verbreiteten Meinung ist der *Codex Calimach* eine einfache Kopie des österreichischen ABGB, vielleicht mit einigen Abänderungen. Der griechische Professor *Triandaphyllopoulos* hat in seinem Aufsatz „*Sur les sources du code Callimaque*“ behauptet, dass dieses Gesetzbuch eine Kopie des ABGB sei, und als er von der Gliederung des Stoffes in Teile, Abteilungen und Randnoten geschrieben hat, äußerte er die Meinung, dass all dies „une copie fidèle du code autrichien“²⁹ sei.

Sogar der berühmte rumänische Zivilrechtsprofessor *Dimitrie Alexandresco* gibt zu, dass der Codex „einen großen Teil des Österreichischen Zivilgesetzbuches, das einige Jahre davor erschienen ist, vielleicht mit einigen Änderungen, wiedergibt“.³⁰

Raab, der österreichische Vertreter in Iassy (Iași), der Hauptstadt des Fürstentums Moldau, sandte am 28. 8. 1818 der Kaiserlich-Königlichen Hofbibliothek die griechische Ausgabe des Moldawischen Gesetzbuches „so wie bis jetzt noch keine in der Moldau erschienen ist“ und schrieb, dass auch die moldawische Fassung folge, sobald diese erscheinen würde.³¹ Der österreichische Vertreter behauptet, dass *als Vorbild für dieses Gesetzbuch, das dem Fürsten Ehre mache, das ABGB diene*. „Die Gesetze sind genau so wie unsere, doch wurden jene Vorschriften behalten, die hier kraft der Sitten und Gebräuche noch gelten.“³²

Der griechische Professor *G. Mantzufas* behauptet in seiner Vorlesung an der Universität Innsbruck mit dem Titel „*Zeillers Kommentar, das Vorbild des Codex Calimach*“, dass „die Verfasser des Gesetzbuches *Callimachi* das ABGB und andere

²⁷ Nach *Triandaphyllopoulos*, *Sur les sources du code Callimaque*, in: *Revista Istorică Română* (Die rumänische Zeitschrift für Geschichte) I., 1931, 34 ff.

²⁸ *Rădulescu* u. a., *Codul Calimach*. Ediție critică (Das Gesetzbuch Calimach. Kritische Auflage), 1958, 24.

²⁹ *Triandaphyllopoulos* Fn. 20.

³⁰ *D. Alexandresco*, Explicațiune teoretică și practică a Dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine (Theoretische und praktische Erläuterung des rumänischen Zivilrechts im Vergleich mit den alten Gesetzen und den wichtigsten ausländischen Rechtsordnungen) Band I, Teil I, Verlag Tipografia lucrătorilor români asociați, Iassy 1886, XXI Fn. 2.

³¹ Der Codex wurde zum ersten Mal im Jahre 1831 während der Regierung des Generals Kisseleff ins Rumänische übersetzt (s. *Alexandresco* I, XXI Fn. 2).

³² So *N. Iorga* *Documentele privitoare la familia Calimachi* (Die Urkunden bezüglich der Familie Calimachi) I. 1902, 295.

österreichische Gesetze nicht nur verwendet und unschöpferisch zusammengestellt, sondern in vielen Artikeln und Randnoten den Kommentar *Franz von Zeillers* (Autor des österreichischen Zivilgesetzbuches und Dekan der Rechtsfakultät in Wien) zum ABGB, *regelrecht kopiert haben*“.³³

Trotz der offensichtlichen Ähnlichkeiten zwischen dem Codex Calimach und dem österreichischen ABGB wollten die rumänischen Kommentatoren nicht zugeben, dass dieser Codex ein getreues Abbild des ABGB sei, sondern versuchten diese Ähnlichkeiten dadurch zu erklären, dass beide Gesetzbücher auf denselben Quellen beruhen: auf dem römischen und dem griechisch-römischen Recht. Die Quellen des Codex Calimach sind in der Verkündungsverordnung des Fürsten angegeben: das römische und griechisch-römische Recht, insbesondere die Basiliken (ein Meisterwerk des byzantinischen Rechts, Kaiser *Leon VI, dem Philosophen*, 886–911, zu verdanken), aber auch die Digesten Justinians, die Institutionen (*Institutiones*), der *Codex Justiniani* und einige von den *Novellae Constitutiones*, weniger das *Hexabiblos* des Griechen Harmenopulos.

Über diese Kontroverse könnte man noch vieles schreiben, doch aus rechtsvergleichender Sicht empfinde ich es als viel wichtiger den gemeinsamen Grundsatz beider Gesetzbücher (des *Codex Calimach* und des ABGB), dass der bloße Titel kein Eigentum gibt (§§ 570, 1412, 1454 des *Codex Calimach* und §§ 425, 1053, 1084 ABGB), hervorzuheben. Es ist, zum Unterschied vom modernen rumänischen Zivilrecht, eine getreue Übernahme des römischen Grundsatzes, dass das Eigentum beweglicher und unbeweglicher Sachen nur durch Übergabe und Übernahme erworben werden kann. Für bewegliche Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Übergabe zulassen, sei, so *Alexandresco*, „ähnlich wie im ABGB (§ 427), eine Art von *traditio brevi manu* vorgesehen“³⁴ (§ 572 Übergabe durch Zeichen).

Es gibt aber einen selbstverständlichen Unterschied zwischen den zwei Regelungen, der von dem Grunde stammt, dass zu dieser Zeit in der Moldau das Grundbuchsystem noch nicht bekannt war, so dass das Intabulationsprinzip aus dem ABGB nicht übernommen werden konnte: § 576 des *Codex Calimach* verlangt für die Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen die „Übergabe der Urkunden wodurch das Eigentum dargetan wird“ während § 431 ABGB ebenso wie auch das deutsche BGB (§ 873) die Eintragung in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher verlangen.³⁵

Es bleibt zu bedauern, dass dieser wertvolle Codex aufgehoben wurde, selbst wenn er durch ein anderes, zwar ebenfalls wertvolles Gesetzbuch, nämlich durch das rumänische Zivilgesetzbuch von 1864, eine Nachahmung des *Code Napoléon*,

³³ Siehe *G. Mantzufas*, Zeillers Kommentar, das Vorbild des Codex Calimach, Athen, 1955, 32; *Andrei Rădulescu* u. a., Das Gesetzbuch Calimach. Kritische Ausgabe, 1958, 26, Fn. 64.

³⁴ Ders. 164.

³⁵ Dazu *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen ABGB I., 1902, 536 ff.

ersetzt wurde. Das stellte den Anfang des Entfernungsprozesses zwischen dem rumänischen und dem österreichischen Rechtssystem dar. Seit der Aufhebung des *Codex Calimach*, der die Grundsätze des ABGB ins einheimische Recht eingeführt hatte, wurde das rumänische Zivilrecht durch das französische Recht beeinflusst.

VII. Die Rechtskollisionen, die wegen der Beibehaltung des ABGB bis 1943 und der Beibehaltung des Grundbuchsystems, selbst nach der Einführung des rumänischen ZGB in ganz Rumänien 1943 entstanden sind

Nach der Vereinigung der ehemaligen österreichischen Provinzen mit dem Königreich Rumänien im Jahre 1918 war Großrumänien aus zivilrechtlichem Standpunkt in zwei geteilt:

- im Alten Königreich (also in der Moldau, der Walachei und der Dobrudscha) galt das rumänische (französisch beeinflusste) Zivilgesetzbuch von 1864/65;
- in den ehemaligen österreichischen Provinzen (Siebenbürgen, Bukowina, Banat) galt das österreichische ABGB (und in gewissen Gebieten das ungarische Wohnheitsrecht).

Weil der Versuch, das rumänische Zivilrecht durch das Zivilgesetzbuch des Königs Karl II. im Jahre 1940 zu vereinheitlichen gescheitert ist, hat die rumänische Regierung das rumänische Zivilgesetzbuch im ganzen Lande eingeführt. Das geschah durch das Gesetz Nr. 389 vom 21. Juni 1943 „bezüglich der Ausdehnung der Zivil- und Handelsgesetzordnung im jenseits der Karpaten gelegenen Rumänien“.³⁶

Durch die Einführung im Jahre 1943 des rumänischen Zivilgesetzbuchs von 1864/65 in ganz Rumänien wurde in Siebenbürgen (wie auch in den anderen ehemaligen österreichischen Provinzen Banat und Bukowina) eine ganz außergewöhnliche Situation geschaffen. Es entstand *eine einmalige Zusammenstellung von zwei verschiedenen Rechtssystemen*. Die Vorschriften des rumänischen Zivilgesetzbuches bildeten in Siebenbürgen, so wie in ganz Rumänien, das gemeine Recht im Bereich des Sachenrechts. Dem rumänischen Zivilgesetzbuch gemäß war der Rechtsverkehr im Bereich der Liegenschaften dem Konsensualismus, also dem Grundsatz der Formfreiheit des Rechtsgeschäfts, unterworfen.

Wie schon erläutert, erfolgte die Übertragung des Eigentums unbeweglicher Sachen durch die formfreie Willensübereinstimmung (Angebot und Annahme) der Vertragsparteien. Erforderlich war weder eine zusätzliche sachenrechtliche Einigung noch die Beurkundung oder die Schriftform. Die Eintragung des allein durch

³⁶ „Legea nr. 389 (D.1.730) din 21 iunie 1943 privind extinderea legislației civile și comerciale în România de peste Carpați“, veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens (Monitorul Oficial) Nr. 142/22 Juni 1943.

diese Einigung *erworbenen* dinglichen Rechts im Liegenschaftsregister (das ein Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte und kein Grundbuch im österreichischen Sinne war) hatte nur die Drittwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.

Dieser Grundsatz widersprach aber dem Wesen des Grundbuchsystems. Deshalb mussten im Ausführungsgesetz der rumänischen Grundbuchordnung in Siebenbürgen (Gesetz Nr. 241/12 Juli 1947) Sondervorschriften für die Grundstücke (Liegenschaften), die sich in den Grundbuchgebieten befanden, vorgesehen werden.

Dies bedeutet, dass in Siebenbürgen (so wie auch in der Bukowina und im Banat – andere Provinzen wo die alten österreichischen Grundbücher behalten blieben) zur rechtsgeschäftlichen Rechtsänderung an Grundstücken, nämlich zur Übertragung und Belastung von Grundstücksrechten die Einigung und Eintragung in das Grundbuch notwendig waren.³⁷

Sondervorschriften gab es auch für die *Ersitzung* unbeweglicher Sachen. Wie im ABGB gab es auch hier sowohl die *eigentliche* als auch die *uneigentliche* Ersitzung, nur die Ersitzungszeiten waren verschieden (10 bzw. 20 Jahre statt 30 Jahre)!

Noch mehr, die Übergangsvorschriften des Ausführungsgesetzes der rumänischen Grundbuchordnung in Siebenbürgen (Gesetz Nr. 241/12 Juli 1947) machten sogar das österreichische *materielle* Recht (§§ 1468, 1470, 1477 ABGB), im Falle der Ersitzung, unter bestimmten Umständen, bis heute anwendbar.³⁸ So z. B. wenn die Ausübung des qualifizierten Besitzes vor dem 22. Juli 1943 begonnen hat, ist die Rechtswirkung der Ersitzung dem Gesetz unterworfen, das zu diesem Zeitpunkt in Kraft war (Art. 6, Abs.2), *also dem österreichischen ABGB*.

Folglich gab es (jedenfalls bis zum Inkrafttreten des neuen ZGB) zwei Rechtskollisionen im rumänischen Zivilrecht.

Erstens gab es einen räumlichen Normenkonflikt zwischen den Provinzen bezüglich des Publizitätssystems. Zweitens gab es in Siebenbürgen einen Normenkonflikt zwischen der gesetzlichen Regelung der dinglichen Rechte:

- für bewegliche Sachen galt der Grundsatz des Konsensualismus (Übertragung des Eigentums durch die formfreie Willensübereinstimmung der Vertragsparteien);
- für Liegenschaften der Eintragungsgrundsatz (das Intabulationsprinzip).

Es war etwas Besonderes, dass es in einem Einheitsstaat wie Rumänien, in dem die Grundsätze des französischen Rechts gelten (vor allem das Formfreiheitsprinzip), mehrere Provinzen gab, in denen im Bereich des Liegenschaftsrechts ausnahmsweise die Grundsätze eines anderen Rechtssystems anwendbar waren.

³⁷ *Paul Barbateiu*, Drepturile personale și sarcinile reale sub regimul cărților fonduare (Die Forderungsrechte und die Reallasten im Grundbuchsystem), Verlag Ardealul, Cluj, 1937.

³⁸ Dazu: *Liviu Pop*, Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale (Das Eigentumsrecht und die beschränkten dinglichen Rechte), Verlag Lumina-lex, București 2001, 235 ff.

Das Kataster- und Grundbuchgesetz Nr. 7/1996 hat zwar versucht diese Rechtskollisionen zu lösen, doch leider nicht in der vernünftigsten Art und Weise.

Positiv war die Beseitigung des *räumlichen Normenkonflikts* zwischen den Provinzen bezüglich des Publizitätssystems durch die Verallgemeinerung des Grundbuchsystems. (Früher wurden *gleichzeitig zwei Publizitätssysteme* anerkannt: die österreichischen Grundbücher und die französischen Liegenschaftsregister – Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte).

Kritisierbar war aber *wie* der Normenkonflikt zwischen der *gesetzlichen Regelung der dinglichen Rechte* in den gewesenen österreichischen Provinzen gelöst wurde: Früher galt für Liegenschaften das Intabulationsprinzip und der Grundsatz des Konsensualismus galt nur für bewegliche Sachen; durch das neue Gesetz wurde der Konsensualgrundsatz verallgemeinert.

Eine viel bessere Lösung für die zweite Rechtskollision hat das neue Zivilgesetzbuch von 2009 (das am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten ist) gebracht: Für Liegenschaften wurde das Intabulationsprinzip (statt dem Konsensualismus) eingeführt.

Die große Bedeutung der erwähnten Sondervorschriften, die die Grundbücher in Siebenbürgen, im Banat und in der Bukowina acht Jahrzehnte lang regelten, bestand darin, dass sie die Rettung des Grundbuchsystems in einem Land mit einem Zivilgesetzbuch französischer Herkunft, dem das Grundbuchsystem fremd war, zur Folge hatten.

Schlussfolgernd muss ich noch hinzufügen, dass diese Rechtskollisionen leider nicht einmal heute gelöst sind. Zwischen den Provinzen gibt es heute noch Unterschiede bezüglich der Rechtsfolgen eines Vertrags, durch welchen das Eigentumsrecht an Grundstücken übertragen wird. Und das, weil die Einführung des Intabulationsprinzips durch das Einführungsgesetz Nr. 71/2011 auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wurde.

Es bleibt weiter auch die Rechtskollision zwischen der Übertragung des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen.

Während der vom *European Legal Studies Institute* der Universität Osnabrück am 12. Dezember 2011 veranstalteten Konferenz mit dem Thema „*Das rumänische Sachenrecht zwischen zwei Gesetzbüchern*“ wurden verschiedene kritische Meinungen zu diesem konsensualistischen System geäußert. Professor *Christian von Bar* betonte den Widerspruch zwischen zwei Regeln dieses Systems. Art. 969 und 973 des rumänischen ZGB von 1864 (wie auch Art. 1270 des neuen ZGB) bestimmten die Rechtswirkung der Verträge nur zwischen den Vertragsparteien (*inter partes*).³⁹ Folglich galt auch die Rechtswirkung des Kaufvertrags, wie aller Verträge, nur *inter partes*,

³⁹ Gemäß Art. 969 des alten ZGB von 1864 haben „die gesetzmäßig abgeschlossenen Verträge zwischen den Vertragsparteien die Kraft eines Gesetzes“ und gemäß Art. 973 „haben die Verträge nur zwischen den Vertragsparteien Rechtswirkung“.

nur zwischen den Vertragsparteien. Diesem Grundsatz zuwider regelten Art. 971⁴⁰ als *lex generalis* und Art. 1295 Abs 1⁴¹ als *lex specialis* für den Kauf, den formfreien Erwerb des Eigentums (an beweglichen und unbeweglichen Sachen) allein durch Willensübereinstimmung.

Art. 1273 und 1674 des neuen ZGB von 2009/2011 enthalten ähnliche Vorschriften. Art. 1273⁴² wiederholt den Grundsatz des alten ZGB, dass „die Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts durch die einfache Willensübereinstimmung der Parteien erfolgt“, sieht aber zwei Ausnahmen vor: für Gattungssachen und für Grundstücke, die im Grundbuch eingetragen sind. Art. 1674 des neuen ZGB:

„Mit Ausnahme der vom Gesetz vorgesehenen Fälle und falls die Vertragsparteien nicht anders vereinbart haben, geht das Eigentumsrecht im Augenblick des Vertragsabschlusses auf den Käufer über, selbst wenn die Sache nicht übergeben und der Preis nicht bezahlt wurde“.⁴³

Folglich wiederholt sich derselbe Widerspruch.

Dieser Widerspruch ist deutlich zu erkennen: Wie kann ein Vertrag, dessen Rechtswirkung sich *nur auf die Vertragsparteien* beschränkt, den Erwerb eines dinglichen Rechtes (des Eigentumsrechts) zur Folge haben, eines Rechts, das allen gegenüber (*erga omnes*) wirksam ist?

⁴⁰ Art. 971 des alten ZGB: „In den Verträgen, die als Gegenstand – Inhalt – die Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts haben, erfolgt der Eigentumsübergang durch die Willensübereinstimmung der Parteien und der Erwerber übernimmt die Risikotragung selbst wenn die Sache diesem nicht übergeben wurde“ (rum: *În contractele ce au de obiect translația proprietății sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului*).

⁴¹ Art. 1295 Abs. 1 des alten ZGB: „Der Kauf ist zwischen den Vertragsparteien vollendet und das Eigentum auf den Käufer übertragen sobald die Vertragsparteien den Kaufgegenstand und den Kaufpreis vereinbart haben, selbst wenn die Sache nicht übergeben und der Preis nicht bezahlt wurde“ (rum: *Vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat*).

⁴² Art. 1273 des ZGB von 2009 „*Constituirea și transferul drepturilor reale*“

- (1) *Drepturile reale se constituie și se transmit prin acordul de voință al părților, chiar dacă bunurile nu au fost predate, dacă acest acord poartă asupra unor bunuri determinate, ori prin individualizarea bunurilor, dacă acordul poartă asupra unor bunuri de gen.*
- (2) *Fruitele bunului sau dreptului transmis se cuvin dobânditorului de la data transferului proprietății bunului ori, după caz, a cesiunii dreptului, afară de cazul în care prin lege sau prin voința părților se dispune altfel.*
- (3) *Dispozițiile în materie de carte funciară, precum și dispozițiile speciale referitoare la transferul anumitor categorii de bunuri mobile rămân aplicabile.*

⁴³ Art. 1674 „*Transmiterea proprietății*“: *Cu excepția cazurilor prevăzute de lege ori dacă din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă.*

Während einer von der Rechtsanwaltskammer Temeschwar veranstalteten nationalen Rechtskonferenz im Jahre 2018 habe ich diese Frage einem der Verfasser des neuen rumänischen ZGB (Professor *Valeriu Stoica* aus Bukarest) gestellt. Die Antwort war, dass die Drittwirkung im Falle der Veräußerung der beweglichen Sachen durch den Besitz der Sache gesichert wird. Doch finde ich diese Antwort unbefriedigend. Denn genau hier liegt das Problem: Es ist von dem klassischen rumänischen Konsensualvertrag die Rede, und nicht von einem Realvertrag, wo die tatsächliche Übergabe der Sache zusätzlich erforderlich ist. Folglich: Was geschieht zwischen dem Augenblick der Willensübereinstimmung, in dem laut dem rumänischen Grundsatz das Eigentumsrecht schon übertragen wurde, und dem späteren Augenblick, in dem dem Erwerber der Besitz der Sache übergeben wird?

VIII. Einflüsse des deutschen Rechtsdenkens auf das neue rumänische Zivilgesetzbuch

Über die Einflüsse des deutschen Rechtsdenkens auf das neue rumänische Zivilgesetzbuch habe ich öfters die Gelegenheit gehabt zu berichten.⁴⁴ Deshalb werde ich hier nur einige Grundsätze hervorheben.

Das neue rumänische Zivilgesetzbuch kann sicher nicht mehr als Kopie des *Code Napoléon* betrachtet werden. In der Begründung des neuen Zivilgesetzbuchs werden von den ausländischen Regelungen, die herangezogen wurden, folgende zitiert: Das Zivilgesetzbuch von Québec, das französische, italienische, spanische, schweizerische und brasilianische Zivilgesetzbuch, wie auch das deutsche BGB und das schweizerische Obligationenrecht (Schuldrechtsgesetzbuch). Das bedeutet, dass der französische Einfluss wesentlich eingeschränkt ist. Das deutsche BGB erscheint unter den von den Verfassern des neuen ZGB verwendeten Quellen. Kein Kommentar des neuen ZGB erklärt aber, worin der deutsche Einfluss besteht. Jedenfalls, wie schon erläutert, ist das ganze Grundbuchsystem mit seinem Intabulationsprinzip kein Element des französischen, sondern des deutschen Zivilrechts. Einige neue Begriffe, die das ZGB von 2009/2011 mit sich bringt, wie z. B. das Grundbuchsystem, der Eigentumsvorbehalt oder die Risikoübertragung nur zum Zeitpunkt der Übergabe der verkauften Sache, können nur aus dem deutschen Recht stammen.

1. Die Einführung des Grundbuchsystems und dessen Einschränkungen

Das neue rumänische Zivilgesetzbuch von 2009/2011, das am 1. Oktober 2011 in Kraft getreten ist, versucht das Grundbuchsystem als einziges Publizitätssystem in ganz Rumänien einzuführen. Diese Anerkennung des Grundbuchsystems durch das Zivilgesetzbuch als einziges und überlegenes Publizitätssystem kann – nach fast einem Jahrhundert seit der Vereinigung der ehemaligen österreichischen Provin-

⁴⁴ Siehe Fn. 23.

zen mit Rumänien – als einer der wichtigsten Einflüsse des deutschen Rechtsdenkens in Rumänien angesehen werden.

Leider ist, wie ich im Folgenden erläutern werde, noch keine vollständige Einführung des Grundbuchsystems möglich, weil das Einführungsgesetz des neuen ZGB (Nr. 71/2011) die Rechtsfolgen dieses Systems (wie z. B. den Eintragungsgrundsatz) wesentlich einschränkt.

Im 5. Titel „Das Grundbuch“ (rumänisch: *Cartea funciară*) des dritten Buchs „Über Sachen“ des neuen ZGB findet man wichtige Vorschriften, die den traditionellen Grundsatz französischer Abstammung des „Konsensualismus“ wesentlich einschränken und das rumänische Sachenrecht dem deutschen näherbringen.

Sogar der Begriff „Grundbuch“ erscheint zum ersten Mal im rumänischen ZGB, weil das alte Gesetzbuch, wie sein französisches Vorbild, nur das System der Liegenschaftsregister (d. h. der Register zur Eintragung und Bekanntmachung der Grundstücksgeschäfte) gekannt hat.

Am wichtigsten ist aber der Grundsatz, dass jetzt das Eigentum an Liegenschaften (mit einigen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen), im Gegensatz zu den Vorschriften des Gesetzes Nr. 7/1996 über Kataster und Immobilienpublizität, aber auch zu den Grundsätzen des alten Gesetzbuchs, nur durch die Eintragung im Grundbuch erworben werden kann.

Im Gegensatz zu den Vorschriften des Gesetzes Nr. 7/1996 über Kataster und Immobilienpublizität, aber auch zu den Grundsätzen des alten Gesetzbuchs, kann jetzt das Eigentum an Liegenschaften (mit einigen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen) nur durch die Eintragung im Grundbuch erworben werden.

Art. 557 Abs. 4 des neuen ZGB führt also den Eintragungsgrundsatz (das Intabulationsprinzip) wieder ein, wie er auch in der alten Grundbuchsordnung Rumäniens (Gesetz Nr. 115/1938) und im deutschen und österreichischen Zivilrecht verankert ist. Derselbe Grundsatz wird auch in Art. 1676 bezüglich der Eigentumsübertragung durch den Kaufvertrag wiederholt, genauer gesagt, es wird vorgesehen, dass die Eigentumsübertragung im Bereich der Liegenschaften den Grundbuchvorschriften unterworfen ist.

Diesen Vorschriften zuwider bleibt leider der Grundsatz des Konsensualismus weiter das leitende Prinzip des Eigentumserwerbs. Doch schon aus der Definition dieses Grundsatzes geht hervor, dass zum ersten Mal Ausnahmen vorgesehen sind, so dass eigentlich dieses Prinzip nur auf bewegliche Sachen anwendbar bleibt.

Gemäß Art. 1273 Abs. 1 „erfolgt die Bestellung und der Erwerb von dinglichen Rechten durch die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien, selbst wenn die Sachen nicht übergeben worden sind, wenn diese Willensübereinstimmung Speziesachen betrifft“ (für Gattungssachen erfolgt die Eigentumsübertragung durch die Individualisierung der Sachen).

Als Folge des erwähnten Konsensualgrundsatzes ist als *lex specialis* für den Kauf in Art. 1674 des neuen ZGB vorgesehen, dass

„mit Ausnahme der vom Gesetz vorgesehenen Fälle und falls die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, das Eigentumsrecht im Augenblick des Vertragsabschlusses auf den Käufer übergeht, selbst wenn die Sache nicht übergeben und der Preis nicht bezahlt wurde“.

Wie schon erläutert, lässt sich schon aus dieser Vorschrift erkennen, dass das neue Gesetz Ausnahmen von dem Grundsatz des Konsensualismus vorsieht.

Eine solche (vollkommen neue) Ausnahme ist die für den Erwerb von dinglichen Rechten an Grundstücken vorgesehene allgemeine Ausnahme in Art. 1273 Abs. 3 (Die Vorschriften im Bereich des Grundbuchs, wie auch die Sondervorschriften die die Übertragung einiger Kategorien von beweglichen Sachen betreffen, sind weiter anwendbar).⁴⁵ Damit werden die Vorschriften aus Art. 557 Abs. 4 und Art. 885 Abs. 1⁴⁶ gemeint, die den Eintragungsgrundsatz (das Intabulationsprinzip) eingeführt haben.

Eine Ausnahme ist auch für den Kauf von Grundstücken in Art. 1676 vorgesehen und betrifft eben den Eintragungsgrundsatz: „Die Eigentumsübertragung vom Verkäufer auf den Käufer im Bereich des Grundstückskaufs ist den Grundbuchsvorschriften unterworfen.“

Neben der Einführung des Eintragungsgrundsatzes im neuen rumänischen ZGB ist auch die Vorschrift aus Art. 888, die für die Eintragung ein notariell beurkundetes Rechtsgeschäft verlangt, als ein Einfluss des deutschen Rechtsdenkens zu betrachten (§ 873 BGB, § 432 ABGB).

Leider ergibt sich aus dem Einführungsgesetz Nr. 71/2011, dass diese Vorschriften des neuen ZGB noch nicht eingeführt werden können. Nach Art. 56 des Einführungsgesetzes wird die Anwendbarkeit einiger Grundbuchsvorschriften (wie die erwähnten Art. 557 Abs. 4 und Art. 885 Abs. 1) auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Somit wird gemäß dem Gesetz Nr. 7/1996 über Kataster und Immobilienpublizität das Intabulationsprinzip für die betreffenden Liegenschaften erst nach der Beendigung der Katasterarbeiten in allen Verwaltungseinheiten des Landes anwendbar sein. Bis dahin bleibt gemäß Art. 56 Abs. 2 des Einführungsgesetzes die Rechtswirkung der Eintragung im Grundbuch auf die Drittwirksamkeit beschränkt.

⁴⁵ Rum: „Dispozițiile în materie de carte funciară, precum și dispozițiile speciale referitoare la transferul anumitor categorii de bunuri mobile rămân aplicabile“.

⁴⁶ Rum: Art. 557 (4): „Cu excepția cazurilor anume prevăzute de lege, în cazul bunurilor imobile dreptul de proprietate se dobândește prin înscriere în cartea funciară, cu respectarea dispozițiilor prevăzute la art. 888.“

Art. 885 (1): „Sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea.“

Auch andere Übergangsvorschriften des Einführungsgesetzes verhindern die vorläufige Anwendbarkeit des Intabulationsprinzips. Gemäß Art. 76 des Einführungsgesetzes sind die Vorschriften der Art. 876–915 bezüglich der Fälle, der Bedingungen, der Rechtsfolgen und der rechtlichen Regelung der Eintragungen im Grundbuch (also auch bezüglich der erwähnten Art. 885 und Art. 888) nur auf *nach* dem Inkrafttreten des ZGB abgeschlossene Rechtsgeschäfte anwendbar. Folglich sind alle *vor* dem Inkrafttreten des neuen ZGB abgeschlossenen Kaufverträge nicht den Vorschriften dieses ZGB unterworfen. Gemäß Art. 77 des Einführungsgesetzes bleiben sogar die *nach* dem Inkrafttreten des neuen ZGB im Grundbuch gemachten Eintragungen den alten Vorschriften unterworfen, falls die Eintragung auf Grund eines *vor* der Inkraftsetzung des neuen ZGB abgeschlossenen Rechtsgeschäfts durchgeführt worden ist.

Somit bleibt der Eintragungsgrundsatz im Bereich des Grundstückserwerbs vorläufig nur eine Hoffnung für die Zukunft.

2. Die Definition des Kaufvertrags im neuen rumänischen ZGB

Der Kaufvertrag war im rumänischen Recht nach französischem Vorbild traditionsgemäß gleichzeitig ein Verfügungs- und ein Verpflichtungsgeschäft. Die rumänische Rechtslehre⁴⁷ hat den Unterschied zwischen dem deutschen und dem rumänischen Kaufvertrag schon aus der Definition des Kaufvertrags im deutschen BGB (§ 433),⁴⁸ wo der Kaufvertrag kein Verfügungs-, sondern ein Verpflichtungsgeschäft⁴⁹ ist, logisch abgeleitet. Hier wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Die rumänische Rechtslehre hat französische Autoren zitiert, um, genauso wie diese, die deutsche Definition des Kaufvertrags zu kritisieren, weil von den zwei aufgezählten Pflichten des Verkäufers die eine nur eine Nebenpflicht wäre, die für den Kaufvertrag nicht charakteristisch sein kann.⁵⁰ So eine Kritik ist für einen deutschen oder österreichischen Juristen schwer zu verstehen, weil in der deutschen und österreichischen Auffassung beide Pflichten zentrale Pflichten sind. Denn die bloße Eigentumsverschaffung hilft dem Käufer nicht, da er die Sache ja auch benutzen möchte und

⁴⁷ *Ion Dogaru/Edmond Gabriel Olteanu/Lucian Bernd Săuleanu*, Bazele dreptului civil, IV Contracte speciale (Die Grundsätze des Zivilrechts, IV. Sonderverträge), C. H. Beck, București 2009, 8.

⁴⁸ § 433 BGB: Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen.

⁴⁹ „Der Kauf ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag. Er verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer einen Vermögensgegenstand (Kaufgegenstand) zu verschaffen, und den Käufer, den Kaufpreis zu zahlen und den Kaufgegenstand abzunehmen“. Siehe: *Saenger*, Vorbemerkung zu §§ 433–480, Rz. 1, in: *Reiner Schulze/Heinrich Dörmer/Ina Ebert/Thomas Hoeren/Rainer Kemper/Ingo Saenger/Klaus Schreiber/Hans Schulte-Nölke/Ansgar Staudinger*, BGB Handkommentar, Nomos, Baden-Baden 7. Aufl. 2012.

⁵⁰ *Marcel Planiol*, Traité élémentaire du droit civil, tom II, Librairie générale de droit & de jurisprudence, Paris 1923, 353.

sie daher haben muss. Aber auch die bloße reale Überlassung der Sache genügt nicht, weil sie dann dem Käufer jederzeit wieder weggenommen werden könnte, wenn es einen anderen Berechtigten gibt. Man muss aber die Kritik der rumänischen und französischen Autoren vom Standpunkt ihrer eigenen Auffassung aus betrachten. Im traditionellen rumänischen wie auch im französischen Zivilrecht erfolgt die Eigentumsübertragung durch die einfache Willensübereinstimmung des Verkäufers und des Käufers. Die Verschaffung des Besitzes ist keine wesentliche Bedingung des Kaufvertrags, es ist eine Pflicht des Verkäufers, eine unter mehreren der von ihm übernommenen Vertragspflichten.

Weil die rumänische Rechtslehre keinen Vergleich mit dem österreichischen Zivilrecht macht, muss hier derselbe Unterschied zwischen dem Wesen des Kaufvertrags in diesen beiden Rechtssystemen betont werden. Nach §§ 1053, 1061–1063 ABGB verpflichtet sich der Verkäufer zur Übereignung und tatsächlichen Übergabe einer Sache und der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises. Der Kaufvertrag ist ein bloßes Verpflichtungsgeschäft, also nur der Rechtsgrund (Titel) für die Übereignung. Der Käufer erwirbt zunächst nur ein Forderungsrecht auf die Übertragung des Eigentums und des Besitzes. Die Übereignung selbst setzt die Übergabe der Sache (§§ 380, 1053), bei Liegenschaften die Einverleibung im Grundbuch voraus (§ 431). Der Abschluss des Kaufvertrags und seine Erfüllung sind also auseinanderzuhalten. Beim Handkauf (z. B. beim Ladenkauf) fallen allerdings Kaufvertrag und Erfüllung praktisch zusammen. Daher haben hier manche Vorschriften, wie z. B. die Verzugsregeln, keinen Anwendungsbereich.⁵¹ Was im österreichischen Kaufrecht die Ausnahme für den Fall des Handkaufs darstellt, ist im rumänischen konsensualistischen System die Regel. Im rumänischen Recht war der Kaufvertrag traditionsgemäß gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.

Das neue ZGB führt aber in Art. 1650 Abs. 1 eine andere Definition des Kaufvertrags ein, laut welcher der Kaufvertrag zum ersten Mal ein Verpflichtungs- und kein Verfügungsgeschäft sein könnte. Das sollte den rumänischen Kaufvertrag der deutschen Auffassung vom Kaufvertrag näherbringen. „Der Verkauf“ ist jener Vertrag,

⁵¹ *Rudolf Welser*, Bürgerliches Recht, Bd. II, Manz, 13. neubearb. Aufl. Wien 2007, wie Fn. 32, 166.

⁵² Der rumänische Gesetzgeber von 2009, wie auch jener von 1864, spricht nicht vom „Kaufvertrag“ wie in § 1053 ABGB und § 433 BGB, oder vom „Kauf“ wie in § 1055 ABGB, sondern vom „Verkauf“, was den Einfluss des französischen Zivilrechts noch einmal bestätigt (Art. 1582 des Code Napoléon verwendet auch den Ausdruck „vente“). Die österreichische Rechtslehre nennt den Kaufvertrag „Kauf“ und nicht „Verkauf“ wie der rumänische Gesetzgeber und die rumänische Literatur, vgl. *Welser*, wie Fn. 51, 165). Die Erklärung dazu ist, dass im französischen Recht und in den von diesem beeinflussten Rechtssystemen (wie auch im rumänischen Zivilrecht) ein besonderer Akzent auf die Leistung des Verkäufers, im deutschen und österreichischen Recht aber auf die Leistung des Käufers gelegt wird. Im italienischen Zivilgesetzbuch (Art. 1470) werden beide Leistungen, die des Verkäufers und die des Käufers, miteinbezogen, deshalb heißt der Vertrag „la compera e vendita“. Siehe dazu *Ioan Popa*, Contractul de vânzare-cumpărare. Studiu comparativ de doctrină și jurisprudență (Der Kaufvertrag. Vergleichendes Studium der Rechtslehre und der Rechtsprechung), Universul Juridic, 2. neubearb. und ergänzte Aufl. București 2008, 50.

durch welchen der Verkäufer das Eigentum an einer Sache dem Käufer überträgt oder gegebenenfalls sich verpflichtet es zu übertragen, für einen Preis, den der Käufer sich zu bezahlen verpflichtet“.⁵³

Gemäß der Rechtslehre sollte sich der Inhalt dieser Definition von der im alten ZGB enthaltenen Definition nicht wesentlich unterscheiden, weil das Wesen des Kaufvertrags darin besteht, dass das Eigentum an einer Sache dem Käufer gegen Zahlung eines bestimmten Preises übertragen wird. Art. 1294 des alten ZGB schrieb vor: „Der Verkauf ist ein Vertrag, durch welchen zwei Vertragsparteien sich gegenseitig verpflichten, die Erste das Eigentum an einer Sache der Zweiten zu übertragen und diese sich verpflichtet, der Ersten den Preis der Sache zu bezahlen.“⁵⁴ Trotzdem sind einige Unterschiede zwischen den beiden Definitionen erkennbar, die zu verschiedenen Schlussfolgerungen bezüglich der Rechtsfolgen des Kaufvertrags führen können.

Wichtig ist die Kritik, die wegen der Formulierung „sich gegenseitig verpflichten“ an der in Art. 1294 des alten ZGB enthaltenen Definition geübt wurde. Es wurde behauptet, dass sie irreführend wäre.⁵⁵ Diese Kritik zeigt die Besorgnis der rumänischen Rechtslehre der Interpretation gegenüber, dass der Kaufvertrag ein Verpflichtungsgeschäft sein könnte, und erleichtert es uns, die an der neuen Definition des Kaufvertrags geübte Kritik zu verstehen. So eine Formulierung, sagen die Autoren, könnte den Eindruck erwecken, dass durch den Kaufvertrag nur ein schuldrechtliches Verhältnis entsteht, durch welches der Verkäufer verpflichtet ist, in der Zukunft das Eigentum an der Kaufsache dem Käufer zu übertragen. Die Erklärung dafür soll ein historischer Überrest aus dem Römischen Recht sein. Gemäß den Digesten Justinians war der Kaufvertrag (*emptio-venditio*) ein gesetzlich geregelter Konsensualvertragstyp, ein Entstehungsgrund von Obligationen, der aber die Eigentumsübertragung an der verkauften Sache nur nach der Übergabe (*traditio*) zur Folge hatte. Die modernen Zivilgesetzbücher, die vom französischen Zivilrechtssystem beeinflusst wurden, wie auch das alte rumänische ZGB, enthalten eine andere Auffassung bezüglich des Kaufvertrags: Der Kaufvertrag ist zu einem Verfügungsgeschäft (rumänisch: *contract translativ de proprietate*) geworden. Das Eigentum an der verkauften Sache wird dem Käufer allein durch die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien (*solo consensu*) übertragen. Also kann von einer Pflicht des Verkäufers, das Eigentum dem Käufer später zu übertragen, keine Rede sein.

Dass der Kaufvertrag in dieser Auffassung ein Verfügungsgeschäft war, geht nicht nur aus der in Art. 1294 vorgesehenen Definition des Kaufvertrags, sondern auch aus

⁵³ Rumänisch: *Vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să îl plătească.*

⁵⁴ Rumänisch: *Vinderea este convenție prin care două părți se obligă între sine, una a transmite celeilalte proprietatea unui lucru și aceasta a plăti celei dintâi prețul lui.*

⁵⁵ *Dan Chirică*, *Tratat de drept civil. Contracte speciale I Vânzarea și schimbul* (Abhandlung des Zivilrechts. Sonderverträge, I. Der Kauf und der Tausch), C. H. Beck, București 2008, 25.

Art. 971 und 1295 Abs. 1 des alten ZGB hervor. Art. 971⁵⁶ regelte als *lex generalis* (im III. Kapitel des III. Titels des III. Buches des alten ZGB „Über die Rechtsfolgen der Verträge“ (rumänisch: *Despre efectul convențiilor*) und Art. 1295 Abs. 1⁵⁷ regelte als *lex specialis* für den Kauf den formfreien Erwerb des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen allein durch Willensübereinstimmung.

Also war der Kaufvertrag im rumänischen Recht traditionsgemäß gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft. Unter diesen Umständen ist die in der neuen Definition des Kaufvertrags (Art. 1650 des neuen ZGB) von neuem verwendete Formulierung, „verpflichtet sich dem Käufer zu übertragen“, mit Vorsicht zu interpretieren.

Diese Formulierung ist merkwürdig, weil im rumänischen System, wie schon erläutert, in der Regel die Eigentumsübertragung schon zum Zeitpunkt der Willensübereinstimmung erfolgt.

Selbstverständlich gibt es auch Ausnahmen⁵⁸ von dieser Regel, die den Eindruck erwecken könnten, dass auch im rumänischen Recht der Kaufvertrag ein Verpflichtungsgeschäft sei. In Wirklichkeit wurden diese Ausnahmen schon vor dem Inkrafttreten des neuen ZGB von der Rechtslehre und von der Rechtsprechung anerkannt, und zwar mit der Bemerkung, dass diese Ausnahmen die Regel bestätigen und dass sie das Wesen des Kaufvertrags im rumänischen konsensualistischen System nicht ändern. Dieser Grundsatz, der gesetzlich vorgesehene Ausnahmen erlaubt, ist in Art. 1674 des neuen ZGB ausdrücklich vorgesehen:

„Mit Ausnahme der im Gesetz vorgesehenen Fällen und sofern die Vertragsparteien nichts anders vereinbart haben, geht das Eigentumsrecht im Augenblick des Vertragsabschlusses auf den Käufer über, selbst wenn die Sache nicht übergeben und der Preis nicht bezahlt wurde.“

⁵⁶ Art. 971 des alten rumänischen ZGB: In Verträgen, die als Gegenstand (Inhalt) die Übertragung des Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechts haben, erfolgt der Eigentumsübergang durch die Willensübereinstimmung der Parteien und der Erwerber übernimmt die Risikotragung, selbst wenn die Sache diesem nicht übergeben wurde (rumänisch: *În contractele ce au de obiect translația proprietății sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului*).

⁵⁷ Art. 1295 Abs. 1 des alten ZGB: Der Kauf ist zwischen den Vertragsparteien vollendet und das Eigentum wird auf den Käufer übertragen, sobald die Vertragsparteien den Kaufgegenstand und den Kaufpreis vereinbart haben, selbst wenn die Sache nicht übergeben und der Preis nicht bezahlt wurde. (Rumänisch: *Vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat*).

⁵⁸ Solche Ausnahmen sind: Der Kauf von Gattungssachen, wo das Eigentum nur zum Zeitpunkt der Individualisierung dieser Sachen durch Übergabe, Zählung, Wiegen oder Messung auf den Käufer übertragen wird; der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung (Suspensivbedingung) oder einer aufschiebenden Frist; der Verkauf von künftigen Sachen.

Das Bestehen all dieser Ausnahmen ist, wie erläutert, vom Gesetz selbst vorgehen und dasselbe Gesetz bestimmt, dass in der Regel das Eigentum *im Augenblick des Vertragsabschlusses* auf den Käufer übergeht. Daraus zieht die Rechtslehre die Schlussfolgerung, dass das Wesen des Kaufvertrags auch im neuen ZGB darin besteht, dass dieser ein Verfügungs- und kein bloßes Verpflichtungsgeschäft ist.⁵⁹

Meiner Meinung nach enthält die in Art. 1650 Abs. 1 des neuen ZGB enthaltene Definition des Kaufvertrags einen grundsätzlichen Widerspruch. Es gibt, wie eben erläutert, zwei verschiedene Auffassungen bezüglich des Wesens des Kaufvertrags. In der Auffassung des deutschen BGB und des österreichischen ABGB ist der Kaufvertrag ein bloßes Verpflichtungsgeschäft, also nur der Rechtsgrund (Titel) für die Übereignung; in der französischen und rumänischen konsensualistischen Auffassung ist der Kaufvertrag ein Verfügungsgeschäft. Das bedeutet, dass nach dem Abschluss des Kaufvertrags von einer Verpflichtung zur Übereignung keine Rede mehr sein kann. Eine Definition, die gleichzeitig beide Auffassungen enthält, ist nicht nur eklektisch, sondern auch irreführend. Aus so einer Definition kann man nicht erfahren, was für ein Rechtsgeschäft der Kaufvertrag im System des neuen rumänischen ZGB tatsächlich ist.

Schlussfolgernd kann ich behaupten, dass diese neue viel kritisierte Möglichkeit des Verkäufers einer Sache, sich nur zu verpflichten dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen – eine Möglichkeit, die das neue rumänische ZGB in die Definition des Kaufvertrags eingeführt hat –, nur als ein Einfluss des deutschen Rechtsdenkens betrachtet werden kann.

3. Die Risikoverteilung (Gefahrübergang) im neuen rumänischen ZGB

Weil im rumänischen Zivilrecht der Kaufvertrag in der Regel ein Verfügungs- und nicht bloß ein Verpflichtungsgeschäft ist, war die Rechtslehre einstimmig der Meinung, dass das Eigentum und auch die Risikotragung schon im Augenblick des Vertragsabschlusses auf den Käufer übertragen wird.

Art. 1274 Abs. 1 des neuen ZGB bringt aber eine Regelung, die dem bekannten Grundsatz „*res perit domino*“ widerspricht:

„Insofern die Parteien nicht etwas anderes festgesetzt haben, solange die Sache nicht übergeben wurde, bleibt die Gefahr (Risikotragung) beim Schuldner der Übergabepflicht, selbst wenn das Eigentum schon dem Käufer übertragen wurde. Im Falle des zufälligen („*fortuit*“) Untergangs der Sache verliert der Schuldner der Übergabepflicht das Recht auf die Gegenleistung und falls diese schon erfüllt wurde, muss er sie rückerstatten.“

Art. 1274 Abs. 2 sieht aber, ausnahmsweise, einen Übergang der Risikotragung auf den Gläubiger vor:

⁵⁹ *Gheorghe Gheorghiu*, in: Flavius-Antoniou Baias/Eugen Chelaru/Rodica Constantinovici/Ioan Macovei (Hrsg.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole* (Das neue Zivilgesetzbuch. Kommentar paragraphenweise), C. H. Beck, București 2012, Art. 1650, Rz. 7–8.

„Trotzdem übernimmt der Gläubiger als Folge des Annahmeverzugs das Risiko des zufälligen Untergangs der Sache. Er kann sich nicht befreien, selbst wenn er beweisen könnte, dass die Sache untergegangen wäre auch wenn sie rechtzeitig übergeben worden wäre.“

So eine Regelung ist deutlich von § 446 BGB beeinflusst:

„Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an Gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn er Käufer im Verzug der Annahme ist.“⁶⁰

Also ist der alte Grundsatz, dass der Eigentümer das Risiko des Untergangs der Sache tragen muss (*res perit domino*), nicht mehr anwendbar. Obwohl im Fall des Verkaufs von Speziessachen („bestimmte Sachen“, wie diese in § 1447 ABGB heißen) im rumänischen Zivilrecht das Eigentum durch den Abschluss des Kaufvertrags sofort auf den Käufer übertragen wird, geht die Risikotragung nicht sofort, sondern nur im Augenblick der Übergabe der Sache auf den Käufer über.

Bei Gattungssachen setzt der Gefahrenübergang die Konzentration (Konkretisierung) voraus. Der rumänischen Rechtslehre gemäß bleibt der Verkäufer bis zur Konzentration (Individualisierung der Sachen) Eigentümer der Gattungssachen (Genusssachen) und trägt folglich das Risiko für deren Untergang. Wenn diese Sachen vor der Übergabe untergehen, trägt der Verkäufer das Risiko und wird von der Übergabepflicht nicht befreit, weil er andere Sachen aus der Gattung beschaffen und sie leisten muss („*genera non pereunt*“).

Die Vorschrift aus Art. 1274 des neuen ZGB bedeutet eine Trennung von den Grundsätzen des französischen Zivilrechts, die das rumänische Recht mehr als ein Jahrhundert beeinflusst haben. Gemäß Art. 1138 Abs. 2 des französischen *Code civil* (in der ursprünglichen Fassung, heute aufgehoben durch *Ordonnance n° 2016–131 du 10 févr. 2016*)⁶¹ erfolgt der Übergang der Risikotragung zusammen mit der Eigentumsübertragung, im Augenblick der Willensübereinstimmung der Vertragsparteien, selbst wenn die Sache nicht übergeben worden ist. (Art. 1138 *Code civil*: (1) „*L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*“; (2) „*Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à*

⁶⁰ Ausführlich dazu: Hk-BGB/Saenger, § 446 Rn. 1–7 (Saenger, Vorbemerkung zu §§ 433–480, Rz. 1, in: *Reiner Schulze/Heinrich Dörner/Ina Ebert/Thomas Hoeren/Rainer Kemper/Ingo Saenger/Klaus Schreiber/Hans Schulte-Nölke/Ansgar Staudinger*, BGB Handkommentar, Nomos, Baden-Baden 7. Aufl. 2012).

⁶¹ Die Risikoübertragung ist heute durch Art. 1196 *Code civil* geregelt (*Modifié par Ordonnance n° 2016–131 du 10 février 2016 – art. 2*)

„Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat.

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l’effet de la loi.

Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l’obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l’article 1344–2 et sous réserve des règles prévues à l’article 1351–1.

ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.“) Art. 971 des alten ZGB von 1864 wurde von diesem Grundsatz beeinflusst, doch ausnahmsweise hat diesmal der rumänische Gesetzgeber das französische Vorbild nicht wortwörtlich übersetzt (sondern hat den Text des italienischen Zivilgesetzbuchs übernommen).

Durch die neue Regelung der Gefahrtragung ist also das rumänische ZGB dem österreichischen (und deutschen) Kaufrecht nähergekommen. Die Risikoverteilung hängt nicht mehr von dem Augenblick des Vertragsabschlusses, sondern von dem Zeitpunkt der Übergabe der Sache ab. Zwar stellt die neue Regelung des Gefahrübergangs einen wichtigen Einfluss des deutschen Rechtsdenkens dar, doch sind gemäß Art. 108 des Einführungsgesetzes Nr. 71/2011 die Vorschriften über die Risikoverteilung aus Art. 1274 des neuen ZGB nur auf die nach dem Inkrafttreten des neuen ZGB abgeschlossenen Verträge (also nach dem 1. Oktober 2011) anwendbar.

4. Der Eigentumsvorbehalt – ein neuer Begriff im rumänischen ZGB

Tatsächlich erscheint der Begriff „Eigentumsvorbehalt“ zum ersten Mal in Art. 1755 des neuen ZGB, was als ein wichtiger Einfluss des deutschen Rechtsdenkens betrachtet werden kann. Doch es muss zugegeben werden, dass dieser Begriff keine absolute Neuheit für das rumänische Zivilrecht darstellt.

Obwohl er im alten ZGB von 1865 nicht aufscheint, wurde er trotzdem in der Zwischenkriegszeit in Sondergesetzen für Ausnahmefälle geregelt.

Der Eigentumsvorbehalt⁶² wurde im rumänischen Recht zum ersten Mal im Jahre 1929 durch das nicht mehr geltende Gesetz⁶³ über den Kreditkauf von Industrie- und Landwirtschaftsmaschinen und Kraftfahrzeugen geregelt. Dieses Gesetz ermöglichte den Kreditkauf unter Eigentumsvorbehalt von Industrie- und Landwirtschaftsmaschinen sowie Kraftfahrzeugen und gemäß Art. 30 wurden seine Bestimmungen über den Eigentumsvorbehalt auch auf andere bewegliche Sachen ausgedehnt.⁶⁴ Diese anderen beweglichen Sachen konnten auch solche sein, deren Kauf nicht unter den von diesem Gesetz geregelten Bedingungen abgeschlossen wurde, und sogar solche, die nicht einmal diesem Gesetz unterlagen.⁶⁵ Weiters hat das Insolvenzgesetz Nr. 64/

⁶² Ausführlich über die Regelung des Eigentumsvorbehalts im rumänischen Recht: *Lenuta Botos*, in: Christian Alunaru/Lenuta Botos, *Das Kaufrecht in Rumänien nach dem neuen ZGB*, Nomos-facultas wuv, Wien 2013, 188–189.

⁶³ Das Gesetz Nr. 2/1929 (rumänisch: *Lege asupra vânzării pe credit a mașinilor industriale, agricole și autovehiculelor*) wurde im Amtsblatt Rumäniens I 1929/169 veröffentlicht.

⁶⁴ *Lucian Teveș*, *Das rumänische Kreditsicherheitsystem und dessen Rolle für das deutsche Exportgeschäft*, in: *Jahrbuch für Ostrecht* (XL), 1999, 305.

⁶⁵ *Livia Mocanu*, *Garanțiile reale mobiliare* (Die dinglichen Mobiliarsicherheiten), All Beck, Bucuresti 2004, 25.

1995⁶⁶ das Recht des Gläubigers vorgesehen, auch nach dem Verkauf einer Sache noch Eigentümer zu bleiben, und diese von seinem zahlungsunfähigen Schuldner (Käufer) wieder zurückzufordern. Es ist offensichtlich, dass der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers an der verkauften Sache eine Sicherheit für die Zahlung des Kaufpreises ist, der bei der Übergabe des Kaufgegenstandes nicht zur Gänze entrichtet wird.⁶⁷

In Bezug auf den Eigentumsvorbehalt wurde in der bisherigen Rechtsliteratur die Auffassung vertreten, dass der Abschluss eines Kaufvertrags ohne unmittelbare Übertragung des Eigentums ein Kauf mit aufschiebender oder auflösender Bedingung sei.⁶⁸ Wenn die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Verkäufer bis zur vollständigen Entrichtung des Kaufpreises Eigentümer des Kaufgegenstands bleibt, unterliegt der Kauf einer aufschiebenden Bedingung. Vereinbaren die Vertragsparteien hingegen, dass das Eigentum bereits beim Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer übergeht, jedoch bei Nichtzahlung des gesamten Kaufpreises rückwirkend wieder aufgelöst wird, unterliegt der Kauf einer auflösenden Bedingung.⁶⁹

Der Gesetzestext, der den Eigentumsvorbehalt im rumänischen Zivilgesetzbuch regelt, ist Art. 1755:

„Der Eigentumsvorbehalt und das Risiko. Wenn im Falle eines Ratenkaufs die Zahlung des Kaufpreises mit dem Eigentumsvorbehalt zugunsten des Verkäufers gesichert wurde, erwirbt der Käufer das Eigentumsrecht an der gekauften Sache erst bei der Entrichtung der letzten Rate; das Risiko des zufälligen Untergangs der Sache geht bereits bei Übergabe der Sache auf den Käufer über.“

Die Lehrmeinungen zu den Bestimmungen des Art. 1755 sind geteilt. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, der zuzustimmen ist, dass der Übergang des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung steht.⁷⁰ So eine Auffassung, wie auch der Text des Art. 1755 des neuen rumänischen ZGB, ist deutlich von § 449 BGB beeinflusst:

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das Eigentum unter der aufschie-

⁶⁶ Dieses Gesetz wurde durch das Gesetz Nr. 85/2006 über die Insolvenzordnung (rumänisch: *Legea privind procedura insolvenței*) aufgehoben.

⁶⁷ *Ion Turcu/Tudorel Boboc-Enoiu*, Clauza de rezervă a dreptului de proprietate în practica bancară (Die Eigentumsvorbehaltsklausel in der Bankpraxis), in: *Revista de drept comercial* (Zeitschrift für Handelsrecht), 1998/7–8, 20.

⁶⁸ Die Erklärung dafür ist, dass im traditionellen rumänischen Recht das Eigentum grundsätzlich beim Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer übergeht.

⁶⁹ *Ion Dogaru/Edmond Gabriel Olteanu/Lucian Bernd Săuleanu*, Bazele dreptului civil, IV Contracte speciale (Die Grundsätze des Zivilrechts, IV. Sonderverträge), C. H. Beck, București 2009, 95.

⁷⁰ *Adrian Stefan Sacalschi*, Grundeigentum und Sicherheiten in Rumänien. Verlag Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2011, 75.

benden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (Eigentumsvorbehalt).“⁷¹

Der andere Teil der Lehre vertritt die Meinung, dass es sich bei den Bestimmungen des Art. 1755 neues ZGB nicht um einen bedingten Kauf handelt, sondern um einen Kauf mit einer Befristung, und fügt hinzu, dass der Käufer bei vollständiger Kaufpreiszahlung das Eigentum mit Wirkung ab diesem Zeitpunkt und nicht rückwirkend erwirbt.⁷²

Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist für den Verkäufer zweifelsohne eine Sicherstellung für die Zahlung des Kaufpreises.⁷³ Der Verkäufer übergibt dem Käufer die Kaufsache bereits bevor dieser den Kaufpreis vollständig entrichtet hat, und im Gegenzug dafür behält er das Eigentumsrecht an der Sache und damit alle sachenrechtlichen Vorteile eines Eigentümers.

Wie schon vorher erläutert geht im rumänischen Zivilrecht das Eigentumsrecht bei den beweglichen Sachen grundsätzlich automatisch mit Willensübereinstimmung der Vertragsparteien und bei den unbeweglichen Sachen mit Eintragung in das Grundbuch auf den Käufer über. Die Vertragsparteien können jedoch davon abweichen und den Eigentumsübergang auf einen späteren Zeitpunkt verschieben.⁷⁴ Dies ist in der Praxis bei einem Kauf auf Raten üblich. Im Unterschied zu dieser neuen rumänischen Auffassung spricht § 449 Abs. 1 BGB von Eigentumsvorbehalt nur bei beweglichen Sachen.

Meiner Meinung nach können einige Meinungsunterschiede der Rechtslehre den allgemeinen Eindruck nicht ändern, dass die erstmalige Regelung des Eigentumsvorbehalts im Zivilgesetzbuch einen wichtigen Einfluss des deutschen Rechtsdenkens darstellt.

5. Die übermäßige Schädigung (übermäßige Verletzung, enorme Verletzung, *laesio enormis*)

Während eines Seminars in Wien über die Rekodifikation des Zivilrechts in Rumänien und Ungarn⁷⁵ wurden die Inspirationsquellen der neuen Regelung der *laesio*

⁷¹ Ausführlich dazu: Hk-BGB/Saenger, § 449 Rz. 1–9 (Saenger, Vorbemerkung zu §§ 433–480, Rz. 1, in: Reiner Schulze/Heinrich Dörner/Ina Ebert/Thomas Hoeren/Rainer Kemper/Ingo Saenger/Klaus Schreiber/Hans Schulte-Nölke/Ansgar Staudinger, BGB Handkommentar, Nomos, Baden-Baden 7. Aufl. 2012).

⁷² Gheorghe Gheorghiu, in: Flavius-Antoniou Baias/Eugen Chelaru/Rodica Constantinovici/Ioan Macovei (Hrsg.), Noul Cod civil. Comentariu pe articole (Das neue Zivilgesetzbuch. Kommentar paragraphenweise), C. H. Beck, București 2012, Art. 1755 Rz. 4.

⁷³ Ebda, Art. 1755 Rz. 1.

⁷⁴ Adrian Stefan Sacalschi, Grundeigentum und Sicherheiten in Rumänien. Verlag Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin 2011, 76.

⁷⁵ Christian Alunaru (Rumänien)/Lajos Vékás (Ungarn), „Die Rekodifikation des Zivilrechts in Rumänien und Ungarn“, Seminar an der Wirtschaftsuniversität Wien, Forschungs-

im neuen rumänischen ZGB untersucht. Es ging daraus hervor, dass Art. 1221 und Art. 1222 des neuen ZGB, welche die *laesio* (rumänisch: *leziunea*) regeln, durch die Kombination der Vorschriften bezüglich des wucherischen Vertrags und der *laesio enormis* entstanden sind.

Im alten rumänischen ZGB war das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auf Grund irrtümlicher Bewertung (*laesio*) in Art. 951 als Willensmangel nur für Minderjährige geregelt,⁷⁶ und wurde durch die Verordnung Nr. 32/1954⁷⁷ auf Minderjährige, die schon 14 Jahre alt waren und alleine, ohne Genehmigung der Eltern oder des Vormunds, Rechtsgeschäfte abschlossen, die ihnen einen Schaden zufügten, beschränkt. Die *laesio* hatte folglich einen sehr beschränkten Anwendungsbereich. Aus dieser Regelung hat die Rechtslehre die Schlussfolgerung gezogen, dass der Gesetzgeber die *objektive Auffassung* vertreten hat. Folglich musste derjenige, der sich auf die *laesio* berief, nur das auffallende Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung beweisen, nicht aber auch, dass die Zwangslage der anderen Vertragspartei ausgenutzt worden wäre. Falls eine Vertragspartei die Zwangslage der anderen Partei ausgenutzt hätte, hätte der Vertrag wegen sittenwidrigen Rechtsgrunds (fr. *cause immorale*) angefochten werden können.⁷⁸

Aus der Untersuchung der neuen Regelung der Art. 1221 und 1222 des neuen rumänischen ZGB ergibt sich, dass diese Vorschriften der österreichischen und auch der deutschen Regelung sehr nahestehen, besser gesagt, dass sie durch die Kombination der Vorschriften bezüglich des wucherischen Vertrags (§ 879 Abs. 2 Ziff. 4 ABGB,⁷⁹ aber auch § 138 BGB:⁸⁰ Sittenwidriges Rechtsgeschäft, Wucher) und der *laesio enormis* (§ 934 ABGB) entstanden sind.

institut für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien (FOWI), am 13.9.2010.

⁷⁶ C. Hamangiu/N. Georgean, Codul civil adnotat cu textul art. corespunzător francez, italian și belgian, cu doctrina franceză și română și jurisprudența completă de la 1868–1925 (Kommentar zum Zivilgesetzbuch mit dem entsprechenden französischen, italienischen und belgischen Text, mit der französischen und rumänischen Doktrin und der gesamten Rechtsprechung von 1868–1927), Band II, Verlag der Buchhandlung Universala Alcala y&Co, București 1925, 452 (Kommentar zu Art. 951).

⁷⁷ Verordnung Nr. 32/1954 zur Einführung des Familiengesetzbuches und der Verordnung über natürliche und juristische Personen, veröffentlicht im Amtsblatt Rumäniens 31. I. 1954/9.

⁷⁸ Ausführlich dazu: Gheorghe Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil. Ediția a VII-a revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă (Rumänisches Zivilrecht. Einführung in das Zivilrecht. Die Subjekte des Zivilrechts, 7. durchgesehene und von M. Nicolae und P. Trușcă ergänzte Auflage), Universul Juridic, București 2001, 157–159.

⁷⁹ § 879 ABGB

(1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

1a. wenn etwas für die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bedungen wird;

Art. 1221 bestimmt die Bedingungen der *laesio* und Art. 1222 regelt die Sanktion.

Aus dem Vergleich der rumänischen mit der deutschen und österreichischen Regelung ergibt sich, dass im rumänischen Text ein Unterschied zwischen der *laesio* im Falle der Volljährigen und der Minderjährigen gemacht wird.

Die Untersuchung der von Art. 1221 des neuen ZGB für die *laesio* vorgeschriebenen Bedingungen zeigt, dass zwei davon, die von den Kommentatoren des neuen ZGB hervorgehoben werden, ohne deren Herkunft zu bestimmen,⁸¹ eigentlich die Bedingungen aus § 879 Abs. 2 Ziff. 4 ABGB wie auch aus § 138 BGB sind:

- das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und
- die Zwangslage (die Unerfahrenheit, der Mangel an Urteilsvermögen) des anderen.

Auch eine dritte Bedingung, die in Art. 1221 des neuen rumänischen ZGB für die *laesio* vorgesehen ist, also die Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen eines anderen, ist in § 879 Abs. 2 Ziff. 4 ABGB⁸² und in § 138 BGB für den wucherischen Vertrag vorgesehen.

Der deutsche Bundesgerichtshof hat die Bedingungen aus § 138 BGB öfters erläutert:

„Dafür erforderlich ist sowohl ein objektiv auffälliges, wucherähnliches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung als auch das Hinzutreten subjektiver Umstände, wie zum Beispiel das Zutreten einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten.“⁸³

2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich löst oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird;

3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;

4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.

⁸⁰ § 138 BGB Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

⁸¹ *Cristina Zamşa*, in: Flavius-Antoniou Baias/Eugen Chelaru/Rodica Constantinovici/Ioan Macovei (Hrsg.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole* (Das neue Zivilgesetzbuch. Kommentar paragraphenweise), C. H. Beck, Bucureşti 2012, 1283, Art 1221, Rz. 4–7.

⁸² Ausführlich dazu: *Helmut Koziol/Rudolf Welser/Andreas Kletečka*, *Bürgerliches Recht*, Band I, 14. Auflage, Manz, Wien 2014, 197 Rz. 556.

⁸³ BGH, Urteil vom 11. Januar 1995 – VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, 257 f.; Urteil vom 28. April 1999 – XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257, 263; Urteil vom 19. Januar 2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 f.

Aus dem Vergleich der rumänischen mit der deutschen und österreichischen Regelung ergeben sich auch andere Ähnlichkeiten. So z. B. der Zeitpunkt, in welchem das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestimmt wird: der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Für die Anfechtungsklage im Falle der Volljährigen stellt Art. 1222 des neuen rumänischen ZGB eine zusätzliche Bedingung und zwar, dass ein Vertragsteil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen Vertragsteil gegeben hat, von diesem als Gegenleistung erhalten hat. Der rumänische Text spricht ausdrücklich von einer „*laesio* die die Hälfte überschreitet“. In § 934 ABGB heißt es „Verkürzung über die Hälfte“.

Es muss verdeutlicht werden, dass es Unterschiede zwischen der Regelung der *laesio enormis* im österreichischen und deutschen Recht gibt. Das deutsche Zivilrecht kennt keinen geschriebenen Grundsatz des Verbots der enormen Verletzung. Der Bundesgerichtshof geht aber in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Wert der Leistung und dem der Gegenleistung besteht. Ein solches Missverhältnis nimmt der Bundesgerichtshof an, wenn die Wertdifferenz bei 100 % liegt.⁸⁴ Zusätzlich zu der objektiven Äquivalenzstörung verlangt der BGH aber auch subjektive Faktoren bei der vom Geschäft begünstigten Partei. Regelmäßig müsse noch deren verwerfliche Gesinnung zu bejahen sein.⁸⁵ Das sei grundsätzlich dann der Fall, wenn die bevorteilte Vertragspartei das Ungleichgewicht erkennt oder sich dieser Erkenntnis fahrlässig verschlossen hat. Da bei einem besonders groben Missverhältnis der Leistungen laut BGH⁸⁶ eine tatsächliche Vermutung für die verwerfliche Gesinnung des Bevorteilten besteht, die erst durch besondere Umstände widerlegt werden müsse, ist in der Literatur von einer Renaissance der enormen Verletzung die Rede.⁸⁷ Die Schlussfolgerung der Rechtslehre, dass sich die deutsche Rechtspraxis wieder der *laesio enormis* angenähert hat, ist durch die Ansicht des Bundesgerichtshofs begründet, wonach bei Vorliegen eines auffälligen Missverhältnisses (von 100 %) gleichzeitig eine tatsächliche Vermutung für das subjektive Element der Sittenwidrigkeit spricht.

Die Kombination zweier verschiedener Vorschriften des ABGB im neuen rumänischen ZGB hätte keine besondere Bedeutung gehabt, wenn nicht von zwei verschiedenen Rechtsfiguren mit unterschiedlichen Bedingungen die Rede wäre. Die österreichische Rechtslehre hat den Unterschied zwischen *laesio enormis* und Wu-

⁸⁴ BGH, NJW-RR 1989, 1068.

⁸⁵ BGHZ 141, 257 (263).

⁸⁶ BGH, NJW 2004, 2671 (2673).

⁸⁷ *Theo Mayer-Maly*, Renaissance der *laesio enormis*?, in: Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1983, 395–409; *Thomas Finkenauer*, Zur Renaissance der *laesio enormis* beim Kaufvertrag, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, 183–207.

cher öfters hervorgehoben. Ich zitiere einige Erläuterungen der österreichischen Rechtslehre:

„Die *laesio enormis* ist ein sehr praktisch zu handhabender Rechtsbehelf, da sie – etwa im Gegensatz zu Wucher oder Irrtumsanfechtung – nicht auf subjektiven Tatbestandselementen aufbaut. Voraussetzung ist allein die Differenz im objektiven Wert, die relativ leicht bewiesen werden kann.“⁸⁸

„§ 879 Abs. 2 Ziff. 4 (Wucher) unterscheidet sich von der *laesio enormis* (§§ 934 f.), die ebenfalls die Störung der objektiven Äquivalenz zum Gegenstand hat, durch das Fehlen einer starren Wertgrenze. Die Wuchervorschrift verlangt aber das Vorliegen gewisser subjektiver Voraussetzungen, auf die es bei § 934 nicht ankommt.“⁸⁹

„Dabei setzt § 934 nur ein bestimmtes objektives Missverhältnis, nämlich 49:100, voraus. Für Wucher genügt schon ein geringeres Missverhältnis, doch müssen darüber hinaus subjektive Umstände auf Seite des Verkürzten vorliegen, die seine Selbstbestimmung beeinträchtigen, wie z. B. eine Zwangslage.“⁹⁰

Aus den zitierten Erläuterungen geht hervor, dass es zwei Rechtsfiguren (Wucher und *laesio enormis*) gibt, die auf zwei verschiedenen Grundsätzen beruhen: die erste baut auf *subjektiven* Tatbestandselementen der Ausbeutung der Zwangslage des benachteiligten Vertragsteils auf, die zweite beruht auf einem *objektiven* Missverhältnis, nämlich 49:100.

Durch die Kombination beider Rechtsfiguren hat der rumänische Gesetzgeber eine Synthese zwischen zwei entgegengesetzten Grundsätzen verwirklicht. Während die Kommentatoren des alten rumänischen ZGB⁹¹ die Meinung vertraten, dass die *laesio* auf dem objektiven Grundsatz des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung beruht, sind die Kommentatoren des neuen ZGB⁹² der Meinung, dass Art. 1221 des neuen rumänischen Gesetzbuchs die subjektive Auffassung von der *laesio* (wenigstens im Falle der Volljährigen) fördert, weil das Gesetz die subjektive Bedingung der Ausbeutung der Zwangslage des benachteiligten Vertragsteils verlangt. Es muss aber hinzugefügt werden, dass im selben Kommentar, neben der „subjektiven Bedingung“⁹³ auch von einer „objektiven Bedingung“,⁹⁴ des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, gesprochen wird. Zusätzlich wird im Kommentar zu Art. 1222 des neuen ZGB⁹⁵ die vom Gesetz gestellte Bedin-

⁸⁸ Helmut Koziol/Rudolf Welser, Bürgerliches Recht, Band I: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, Manz, 10. Aufl. Wien 1995, 272.

⁸⁹ Ebda. 144.

⁹⁰ Koziol/Welser/Kletečka, wie Fn. 82, 109.

⁹¹ Gheorghe Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil. Ediția a VII-a revăzută și adăugită de M. Nicolae și P. Trușcă (Rumänisches Zivilrecht. Einführung in das Zivilrecht. Die Subjekte des Zivilrechts, 7. durchgesehene und von M. Nicolae und P. Trușcă ergänzte Auflage), Universul Juridic, București 2001, 159.

⁹² C. Zamșa, wie Fn. 81, Kommentar zu Art. 1221, Rz. 3.

⁹³ Ebda. Rz. 6.

⁹⁴ Ebda. Rz. 7.

⁹⁵ Ebda. Art. 1222, Rz. 4.

gung für die Anfechtungsklage betont, nämlich dass „die *laesio* die Hälfte überschreitet“ (dass die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung bei 100 % liegt), was offensichtlich ein objektives Kriterium darstellt.

IX. Schlussfolgerung

Der Titel dieses Beitrags lautet: „Das rumänische Sachenrecht zwischen deutschen, österreichischen und französischen Einflüssen“. Ich hoffe, dass sich aus meinen Erläuterungen folgendes ergeben hat:

Das heutige Rumänien entstand durch die Vereinigung von drei großen Fürstentümern und einigen kleineren Provinzen, die entweder Teile von drei benachbarten Kaiserreichen waren – dem Osmanischen Reich, Österreich-Ungarn und Russland – oder unter deren Oberhoheit gestanden sind. Durch die Vereinigung dieser Gebiete, die das Rechtssystem der Kaiserreiche, aus denen sie stammten, mitgebracht haben, entstand ein eklektisches, von diesen Rechtssystemen beeinflusstes Zivilrecht.

Die Abwesenheit des türkischen und russischen Einflusses auf das moderne rumänische Zivilrecht habe ich mit historischen und politischen Argumenten erklärt. Dafür war aber das rumänische Zivilrecht, traditionsgemäß vom französischen Recht wesentlich beeinflusst. Den französischen Einfluss auf das erste Zivilgesetzbuch Rumäniens, noch während der türkischen Oberhoheit, habe ich so erklärt, dass Frankreich die Vereinigung der beiden Fürstentümer (der Walachei und der Moldau) im Jahre 1859 unterstützt hat.

Diese französische Tradition hängt folglich mit der Vereinigung der Moldau und der Walachei zusammen. Doch vor der Vereinigung gab es einen wichtigen österreichischen Einfluss im Jahre 1817, als die rumänischen Fürstentümer noch Vasallen des Osmanischen Reiches waren. Dann wurde, zur Zeit des Fürsten Callimachi, ein Zivilgesetzbuch erlassen (*Codex Calimach* oder *Codex civilis Moldaviae*), das eine Nachahmung des österreichischen ABGB war.

Auch später, nach der Inkraftsetzung des Rumänischen Zivilgesetzbuchs im Jahre 1865, das eine Kopie des *Code Napoléon* war, gab es Einflüsse des deutschen Rechtsdenkens auf das rumänische Zivilrecht, doch außerhalb des Zivilgesetzbuchs. Den Grundsätzen des französischen Rechts zuwider hat die rumänische Regierung in den ehemaligen österreichischen Provinzen (Siebenbürgen, Banat, Bukowina) das Grundbuchsystem mit seinem Intabulationsprinzip auch nach der Vereinigung dieser Provinzen mit dem alten Königreich Rumänien weiter beibehalten. Das bedeutete, dass wenigstens in diesen Provinzen ein System des Grundstückserwerbs galt, das dem deutschen System näher war als dem französischen. Der Widerspruch zwischen den französischen Grundsätzen des Zivilgesetzbuchs und der österreichisch beeinflussten Grundbuchordnung führte zu wichtigen Rechtskollisionen. Es mussten Sondervorschriften über die Arten des Grundstückserwerbs, wie z. B. die Ersitzung, erlas-

sen werden, damit der Grundstückerwerb in diesen Provinzen den Grundsätzen des deutschen Rechtsdenkens entsprach.

Das neue rumänische ZGB ist keine Kopie des französischen Zivilgesetzbuchs mehr, sondern ist ein eklektisches Werk. Unter den von den Verfassern des Gesetzbuchs verwendeten Quellen wird auch das deutsche BGB zitiert. Die Autoren erklären allerdings nicht, worin der Einfluss des deutschen Rechtsdenkens besteht. Es erscheinen aber neue Begriffe, die dem französisch beeinflussten rumänischen Recht bisher unbekannt waren. Zum ersten Mal erscheinen die Begriffe Grundbuch und Intabulationsprinzip im ZGB. Dann wurde die Risikoübertragung zum Zeitpunkt der Übergabe der Sache, der Eigentumsvorbehalt, der Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft, und damit Begriffe, die aus dem deutschen Recht stammen, geregelt. Auch die Art und Weise in welcher die übermäßige Schädigung (*laesio enormis*) geregelt wurde, ist eine Folge des Einflusses des deutschen Rechtsdenkens.

Die Rechtslehre⁹⁶ erwähnt auch andere Vorschriften des neuen ZGB, die von dem deutschen Rechtsdenken (vor allem von den Vorschriften des BGB) beeinflusst wurden. Es werden z. B. die Regelung der Anfechtbarkeit wegen Drohung⁹⁷ (Art. 1216, 1220 ZGB), die Schuldübernahme⁹⁸ (Art. 1599 – 1600 ZGB) oder mehrere Vorschriften der Verjährung, wie die Wirkung der Verjährung bei gesicherten Ansprüchen⁹⁹ (Art. 2504 ZGB), die Wirkung der Verjährung¹⁰⁰ (Art. 2506 ZGB), Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung¹⁰¹ (Art. 2515 ZGB), Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen¹⁰² zitiert. Auch wurden einige Vorschriften des VII. Buchs über das Internationale Privatrecht von der deutschen Regelung beeinflusst. Leider waren diese Behauptungen bisher nur in mündlichen, nicht auch in schriftlichen Vorträgen enthalten.

Als Schlussfolgerung kann festgehalten werden, dass im Unterschied zum alten Zivilgesetzbuch, das eine fast wortgetreue Nachahmung des französischen *Code civil* war, all diese zitierten Vorschriften des neuen rumänischen Zivilgesetzbuchs eine Abweichung vom französischen Rechtsdenken darstellen, die das rumänische Zivilrecht dem deutschen Recht näherbringen.

⁹⁶ Dan Oancea, Die Europäisierung des rumänischen Zivilrechts. Vortrag an der von den Universitäten aus Bukarest und Würzburg in Bukarest veranstalteten Sommerschule im September 2017, in diesem Band oben abgedruckt.

⁹⁷ § 123 BGB.

⁹⁸ §§ 414 ff. BGB.

⁹⁹ § 216 BGB.

¹⁰⁰ § 214 BGB.

¹⁰¹ § 215 BGB.

¹⁰² § 203 BGB.

How ‘Real’ is a Security Interest? Security Interests as Derivative Proprietary Interests

By Radu RizoIU

Motto: We operate on one currency.

Not money (...).

Just one simple thing. Trust.

Snake Eyes. GI Joe Origins (2021)

This short essay on Romanian jurisprudence is trying to look at the security interests from the outside and to see where they fit in the general scheme of the Cartesian classification of rights that separates rights *in rem* from rights *ad personam*. However tempting it is to consider that security interests are the elusive ‘missing link’ between the two, or the Hegelian synthesis between the thesis of ‘real’ interests and the antithesis of ‘personal’ rights, placing the security interest in one of the two classical realms proves more pragmatic. We will therefore plead for a (re)consideration of the security interests as rights *in rem*, irrespective of the nature of collateral. In doing so, we will look at the current configuration of the Romanian law as resulting from the recent Civil Code¹ of 2011 and the ensuing jurisprudence of the Romanian High Court.²

¹ The Romanian Civil Code was enacted in 2009 and entered into force on October 1st, 2011 after several amendments and explanations were brought by the Law no. 71/2011 for the implementation of the Civil Code. This paper will refer to the Romanian Civil Code in its current configuration as the ‘NCC’ or the New Civil Code, while the Law no. 71/2011 will be referred as the ‘LPA’.

² Under article 126 of the Romanian Constitution, the justice is made by the High Court of Justice and by the other courts. The Romanian High Court of Cassation is the only one having the power to issue decisions that will have a general scope by interpreting a certain legal situation, as per the third paragraph of the same constitutional text. In this regard, the Romanian High Court can issue two types of general decisions: (i) the decision issued in appeal on the points of law with the purpose of unifying case-law (*recurs in interesul legii*, in Romanian – herein referred to as ‘RIL’; this procedure is regulated under articles 514–518 of the Romanian Code of Civil Procedure) and (ii) the decision issued in reply to a preliminary question (*dezlegarea unor chestiuni de drept*, in Romanian – herein referred to as ‘HP’; this procedure is regulated under articles 519–521 of the Romanian Code of Civil Procedure). In this paper we will focus mainly on these general decisions of the Romanian High Court. While they could result from two different procedures, their effect is similar, namely they are mandatory to the courts (including the Romanian High Court) in all similar cases. The Romanian High Court shall be referred by its local abbreviation, ‘ICCJ’, from *Inalta Curte de Casatie si Justitie*, in Romanian.

I. From Trust to Contract. Some Terminology Accents

Any contract is based on trust. This is the reason why the grounding of contract theory is so shaky: it is built on a very thin soil – a mere sentiment. In Northern Europe it is a truism to invoke the famous ‘*ein Mann, ein Wort*’ (a man’s word is his bond) saying.³ But we tend to forget that trust was also underlying Roman law (even if it was hidden under the veil of formalism) and existed in Southern Europe in early modernity.⁴ Maybe the best formulation of this ideal (and one of the oldest) is in the opening of the famous ‘Domboc’ of Alfred the Great which reads ‘First we instruct, that it is most needful, that each man should prudently keep his oath and his vow’.⁵

Without trust, contract is impossible. After all, any contract is a promise,⁶ and promises are as valuable as the trust we put in the promisor. Article 1270 para (1) of the NCC states that ‘The validly enacted agreement has the power of law as between the contracting parties’. This means that law (i.e., NCC) considers any contract as being enforceable against the parties as a rule. In case a party does not perform under the terms of the agreement without justification, the other party could ask the court to obtain a remedy [art. 1516 para (2) NCC]. Among these remedies the law lists specific performance, damages, termination for cause and any other specific remedy provided by the law. As a rule, specific performance is the preferred remedy [art. 1527 para (1) NCC] whenever it is still possible and it is not abusive.⁷ This means that the promisor should make good for their promise. But it also infers that the creditor should be convinced that the promisor is able to deliver on their promise. This implies that the creditor puts their trust in the debtor.

³ See G. L. H. Svendsen/G. T. Svendsen, How Did Trade Norms Evolve in Scandinavia? Long-Distance Trade and Social Trust in the Viking Age, in: *Economic Systems*, vol. 40, no. 2/2016, <http://dx.doi.org/10.1016/j.ecosys.2016.03.001>.

⁴ Niccolò Machiavelli said in Chapter XVIII of its Prince that ‘Every one admits how praiseworthy it is in a prince to keep faith, and to live with integrity and not with craft’.

⁵ English translation from S. Jurasinski/L. Oliver, *The Laws of Alfred. The Domboc and the Making of Anglo-Saxon Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, p. 285.

⁶ See Ch. Fried, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, second edition, Oxford University Press, Oxford 2015, p. 1: ‘The promise principle, which in this book I argue is the moral basis of contract law, is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before’.

⁷ On this topic, the standard Romanian legal literature consider that specific performance is always the preferred remedy. Newer studies try to allow the courts some degree of freedom in estimating the impact of specific remedies in ‘hard cases’ where this remedy could have a detrimental impact on the debtor while providing little advantage to the creditor. See C. Paziuc, Decizia de a nu executa contractul – despre oportunitatea ilicitului contractual [The Decision Not to Perform the Contract – On the Desirability of Breach of Contract], in: *Revista Romana de Drept Privat*, no. 3/2019, p. 82–109; V. Diaconită, Obligația de a da și neexecutarea eficientă. Scurte considerații [Contractual Obligation to Give and Efficient Non-Enforcement. Brief Considerations], in: *Revista Romana de Drept Privat*, no. 1/2019, p. 188–202. For an earlier presentation, see L. Pop, Scurte considerații referitoare la analiza economică a contractului. Teoria ‘Efficient Breach of Contract’ [Brief Point of View on Economic Analysis of Law. The Theory of Efficient Breach], in: *Dreptul*, no. 11/2007, p. 78–92.

Under article 1164 NCC, the obligation is defined as 'the legal link on the basis of which the debtor is held to procure a performance to the creditor and the latter has the right to obtain the performance due'. It follows that, using the classic Roman definition,⁸ the right of the creditor has the same object as the obligation of the debtor [art. 1226 para (1) NCC], namely the delivery by the latter of the promise. This means that the creditor projects their mind in the future and estimates as of today the probability for the debtor to deliver on their promise in that future (i.e., when the promise matures). This probability game is fueled by trust because human people having free will could easily refuse to deliver. In other words, you have no certainty today of what a person will do tomorrow unless you assume that they have some rules to follow. It was the lack of trust that forced early Romans to put their debtors in (physical) chains until the obligation was performed... Once society evolved and the ties between people intensified in the City of Rome, the iron chains were replaced by allegorical ones and then by simple words.

Behind all these changes, trust was the glue that allowed contracts to stick together. However, we should not forget that trust is nothing but a sentiment and a very flammable one. Trust is notoriously hard to earn and easy to lose. In order to trust someone, I have to know him as completely as possible. This is increasingly hard when groups become larger and larger and the speed of transactions becomes greater. In a global economy with myriads of consumer clients, is it practically impossible to know your partner. But trust can be fabricated and it could be 'canned' in standardized ready-for-use portions. It was this discovery that allowed the development of contracts in the past hundred years. Nowadays, trust is the subject of algorithmic evaluation and processing.⁹

The law offers a general help in building this trust by offering its (coercive) power to the creditor. However, as it is seldom the case with coercion, this 'license to enforce' might prove irrelevant when greater forces oppose it. Moreover, it is not sufficient to have a general pledge from the law if the State apparatus is unable to offer any meaningful help in a timely manner. Parties return therefore to basics – they look for means to ensure trust. The main tool for enhancing trust is to secure (the performance of) an obligation. While guarantees maintain their closed link to the person (of the guarantor), security interests seem to be able to offer a direct path to something valuable in itself – the assets of the debtor. Therefore, security agreements are the epitome of this design: they create a security interest which is trust objectified. As such, the security agreement is pure trust poured in the mold of an agreement.

Several concepts were used in the discourse up to now and it seems this is the place to clarify some of them. The first concept is also the most elusive: what is a real right (or proprietary interest)? We are so used to think that the only real right (*ius in rem*) is

⁸ Justiniani Institutiones, III, 13, pr.: '*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostra civitatis jura*'.

⁹ See R. Rizoïu, Computing sentiments: An empirical view on credit scoring, in: Central Bank Journal of Law and Finance, no. 2/2017, p. 51–76.

the ownership that we almost totally forget that it continues to be just a right i.e., an interest. We even go further and consider that only ownership over tangible assets is 'real'. Or even furthermore, one considers the ownership in land being the only real interest. This means to confuse the asset (i.e., the thing) with the right (i.e., the legal protection associated with an entitlement of a person). Romanian law tries to help the lawyer avoid these traps. Article 535 NCC defines assets as 'things, tangible or intangible, which form the object of a patrimonial right', i.e., a right that could be appraised as a monetary value [art. 31 para (1) NCC].¹⁰ This definition could be transcribed as an equation:

$$\text{Thing} + \text{Right} = \text{Asset} \quad (1)$$

It is very clear that an asset is different from a right as it also differs from a thing. The *thing* is an object of the reality; the *right* is a legal concept. By consequence, the *asset* is a mixed notion placed in the legal realm only to reflect the existence of the thing in the reality. The problems occur when a right forms the object of a(nother) right (*ius in re aliena*). For example, when an usufruct is created over a receivable [art. 737 sqq. NCC], we can see a real right (the usufruct) having as object a claim right (the receivable, that is a right over a right). This case does not fall under the formula (1) above. There is a 'translation' formula for this instance as well. Under article 542 NCC, the rights are to be treated as assets when they themselves are subjected to other rights. This means that:

$$\text{Right} + \text{Right} \leftrightarrow \text{Right} + \text{Asset} \quad (2)$$

When simplifying formula (2), one obtains that:

$$\text{Right} \leftrightarrow \text{Asset} \quad (3)$$

Therefore, rights themselves could be the object of real rights, which means that the realm of real rights is far greater than those rights vested in real estate. It is to be noted here that the above-mentioned definition contained in article 535 NCC is keen to stress that there is no qualitative difference between tangible and intangible assets.¹¹ One note is useful to be made here nonetheless. It is pointless to discuss

¹⁰ On the general theory of assets, see V. Stoica, Drept civil. Drepturile reale principale [Civil law. Main rights in rem], second edition, C. H. Beck, Bucharest 2013, p. 4–19.

¹¹ A more detailed argument was made in R. Rizoïu, Ipoteca asupra bunurilor incorporeale: Cum urmărești ceea ce nu vezi? [The hypothec over intangible assets: How can one seize something invisible?], in: Revista romana de drept privat, no. 4/2015, p. 128–196 and further developed in R. Rizoïu, Universul invizibil și economia sa. Ipoteca asupra bunurilor incorporeale și ipoteca asupra drepturilor patrimoniale [The invisible Universe and its economy. The hypothec over intangible assets and the hypothec over patrimonial rights], in: Revista romana de drept privat, no. 3/2017, p. 285–298. A critique could be found in V. Stoica, Noțiunea de bun incorporeal în dreptul civil român [The concept of intangible asset in the Romanian civil law], in: Revista romana de drept privat, no. 3/2017, p. 38–43, where it is suggested that intangible assets are only those expressly defined by the law, while corporal assets are 'natural' and, therefore, there is no need for a specific legal provision to give them the 'asset' status. However, this opinion seems to ignore the specific language of article 535 NCC.

about 'ownership' of a right because any right has a holder. In the Romanian legal system, it is impossible to have a right without a (clear) holder, since only legal subjects (namely natural persons and legal entities) could hold rights [art. 25 NCC]. While discussed during the drafting of the Civil Code, the option of rights places in a pool of assets without a clear holder (in connection to the trust/*fiducia*) was expressly dismissed [art. 31 para (1) NCC]. As such, it is useless to focus on 'ownership of claims' for example.¹² It is obviously pointless to discuss about the ownership of real rights since this will result in a pleonasm (e. g., ownership of ownership) or a contradiction (e. g., ownership of usufruct).

This conceptual toolbox answers to a great deal of questions. For example, it is stated for a long time that the real (sic!) test to find if a right is *in rem* or *ad personam* is to see how it is treated in case the holder of such right enters bankruptcy proceeding. In other words, only those rights that are 'immune' to these proceedings (especially the automatic stay) are truly real rights. Based on this test, for example, ownership (including the reservation of title¹³) should be considered a right *in rem*, while a mortgage will be a right *ad personam*. What happens when reservation of title proves to be stayed,¹⁴ while (some)¹⁵ security interests do not?

Before moving to the analysis of security interests, several terms should be defined. First of all, in this paper I used the concept of 'security interest' loosely to cover any legal device that could be used to secure the performance of an obligation.

¹² For a different view, coming from a Canadian author looking at the French law, see Y. Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, L.G.D.J., Paris 2007.

¹³ See R. Dincă, *Vânzarea cu rezerva proprietății* [Sale with reservation of title], in: A. Almășan (ed.), *In Honorem Corneliu Bîrsan, Hamangiu, Bucharest 2013*, p. 365–383; R. Dincă, *La réserve de propriété*, in: Fl. A. Baiaș/R. Dincă (eds.), *Le nouveau Code civil roumain: Vu de l'intérieur – Vu de l'extérieur*, vol. 2, Edition de l'Université de Bucarest 2014, p. 541–558.

¹⁴ See R. Rizoïu, *Conflictele dintre proprietari și creditori: Despre proprietate și cvasiproprietate în economia de consum* [The conflicts between owners and creditors: On ownership and quasi-ownership in the consumption-based economy], in: M. Nicolae/R. Rizoïu/L. Toma-Dăuceanu (eds.), *In honorem Valeriu Stoica. Drepturi, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Universul Juridic, Bucharest 2018, p. 448–497. Contra, S. Golub, *Clauza de rezervă a dreptului de proprietate în procedura insolvenței. Despre opozabilitatea "inopozabilă" sau în căutarea oximoronului juridic perfect* [Reservation of tile in insolvency proceedings. On the 'non opposable' opposability or looking for the perfect oxymoron], in: D. A. Popescu et alii (eds.), *In honorem Dan Chirică. Între dogmatica dreptului și rațiunea practică*, Hamangiu, Bucharest 2018, p. 364–393.

¹⁵ See OG9 (D2002/47). It worth be noted that the initial implementation of the law on security interests in personal property in Romania (based on an U.S. Uniform Commercial Code Article 9 design) contained a general immunity clause for security interests in bankruptcy i. e., article 86 of Law no. 99/1999, Title VI. This text was repealed shortly thereafter, by effect of Law no. 161/2003. See R. Rizoïu, *Garanțiile reale mobiliare. Legislație comentată și adnotată* [Security interests in personal property. Commented and annotated laws], Universul Juridic, Bucharest 2006, p. 430–431.

For example, under article 2347 NCC,¹⁶ reservation of title, conditional sales and assignment of receivables concluded for the purposes of securing an obligation are all considered security interests inasmuch as they need to be recorded as such in public registries in order to obtain ranking and their enforcement shall follow the rules for mortgages. While the assimilation is not complete, as in the case of U.S. Uniform Commercial Code Article 9,¹⁷ this extension creates an important change of structure. For example, under article 123 para (6) of the Romanian Bankruptcy Law,¹⁸ a reservation of title is automatically requalified as a mortgage once the holder of the asset enters insolvency.

On a more specific level, we shall use the term ‘hypothec’ to designate a specific type of security interest. Drawing from the terminology of the Quebec Civil Code of 1991, the Romanian Civil Code choose to define the hypothec as any type of security interest in a specific asset (or pool of assets) that does not require the secured creditor to be in possession of that asset (i. e., the collateral¹⁹) (art. 169/171 LPA). It is irrelevant what the nature of the collateral is; it could be either tangible or intangible, movable or immovable [art. 2350 para (1) NCC], or it could even be a receivable (art. 2398 NCC) or a pool of assets [art. 2350 para (2) NCC] or a portfolio of receivables (art. 174 LPA).

Apart from the hypothec, the Romanian law mentions the ‘pledge’ which is the classic security interest in movable (tangible) assets requiring dispossession (art. 186 LPA). The possibility of creating a pledge over immovable property (‘*antichresis*’) is expressly prohibited [art. 2385 NCC]. Also, the law provides for certain ‘privileges’ (art. 2333 NCC) which are legal causes of priority. Together, the privileges, the hypothec and the pledge cover all cases where a (secured) creditor could have priority against other creditors (art. 2327 NCC).

II. From Accessory to Identity. The Long Road Towards Origins

The traditional knowledge about security interests tells us that they are second ranking interests because they are depending on a claim. In other words, since rights *in rem* are absolute (i. e., enforceable against the world), a security interest is a mere accessory to a right *ad personam* that is relative to the parties involved (e. g., the creditor and the debtor). As such, by contagion, the security interest cannot be absolute; hence it cannot be considered a ‘real’ right *in rem*. Therefore, the classical analysis of

¹⁶ For a detailed presentation of this mechanism, See R. Rizoïu, Operațiunile asimilate ipotecii – unitate în diversitate [Hypothec-like transactions – unity in diversity], in: *Revista romana de drept privat*, no. 1/2013, p. 181–220.

¹⁷ See J. B. McDonnell, The Scope of Article 9, in: P. F. Coogan/W. E. Hogan/D. F. Vagts/J. B. McDonnell, *Bender’s Uniform Commercial Code Service. Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, vol. 1, LexisNexis, Newark 2005, p. 3–3–3–13.

¹⁸ Law no. 85/2014 regarding pre-insolvency and insolvency proceedings.

¹⁹ By ‘collateral’ we shall define the object of the hypothec.

real rights is divided into main (or principal) rights and accessory rights.²⁰ While the first class has a dedicated course in the first semester of the second year of law schools' curricula, the second one is a final chapter (and a rather basic one as well) in the general theory of obligations squeezed at the end of the next semester. As such, every Romanian law student graduates with the firm conviction that security interests are a(n ancillary) matter of claim rights.

A (very) short look into the (pre)history of security interests proves this 'modern' view false. Indeed, while we have little knowledge on the Greek hypothec,²¹ the Roman law evolution is much more scrutinized. The basic story²² says that the Roman *hypotheca* developed at the end of a long road starting with fiduciary transfers (*fiducia cum creditore*) and passing through possessory pledges (*pignus*). It is not here the place to enter into details;²³ however, a few observations might prove useful for the following discussion.

First, we should see that the evolution of security interests is closely linked with the proprietary interests. In the first phases, it was ownership altogether that was conveyed to the creditor and the debtor received in exchange a simple claim right (that became in medieval times the 'equity of redemption' we still find in the current regulation of common law mortgages²⁴). Later on, instead of full ownership, the creditor received only the possession of the collateral. Further on, the physical possession was replaced by a constructive one and then by an abstract (yet specific) right.

However, all along this evolutionary path, one thing remained unchanged: the creditor had the right to (re)claim the (full) ownership of the collateral. This is the context where Marcianus formulated his sentence that became famous²⁵ by its inclu-

²⁰ See V. Stoica, Drept civil. Drepturile reale principale [Civil law. Main rights in rem], cit. supra, p. 50–51. For a general presentation, see R. Dincă, Contracts. Romania, in: R. Blanpain (ed.), International Encyclopaedia of Laws, Supplement no. 46, Kluwer Law International 2006, p. 69–70.

²¹ See J. V. A. Fine, Horoi. Studies in Mortgage, Real Security, and Land Tenure in Ancient Athens, J. H. Furst Company, Baltimore 1951, p. 61–95.

²² See A. Jourdan, L'Hypothèque. Exposition historique & dogmatique, Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1876; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 5^e éd., Arthur Rousseau, Paris 1911, p. 767–787.

²³ A more detailed study can be found in R. Rizioiu, O fantomă bântuie Noul Cod civil: Acțiunea ipotecară [A specter is haunting the New Civil code: The hypothecary action], in: Revista romana de drept privat, no. 4/2018, p. 244–286.

²⁴ See R. W. Turner, The Equity of Redemption: Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally, reissue ed., Cambridge University Press, Cambridge 2013; D. P. Waddilove, Why the Equity of Redemption?, in: Ch. Briggs/J. Zuiderduijn (eds.), Land and Credit: Mortgages in the Medieval and Early Modern European Countryside, Palgrave Macmillan, Cham 2018, p. 117–148. For an interesting historic view of the redemption rule and the attempts to defraud it over time, see B. Wyman, The Clog on the Equity of Redemption, in: Harvard Law Review, vol. 21, no. 7/1908, p. 459–475.

²⁵ See W. J. Zwolve, A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods, in: E.-M. Kieninger, Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 41.

sion in the Digesta:²⁶ ‘*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*’.²⁷ Since Marcianus was concerned with the remedies the secured creditor has at their disposal, the observation was that they were the same remedies as that of the pledgee. It was only later on, under the Christian emperors Theodosius and Justinian, that several limitations were brought to this type of remedy. The most important limitation was the prohibition of the *lex commissoria* from the classical period that allowed the creditor to take ownership of the collateral in a private way.²⁸

Second, we need to remember that the rights *in rem* of modern law have their origin in the *actiones in rem* of Roman law. In other words, each time the Romans spoke of an *action in rem*, we are now qualifying this remedy as being associated with a real right. *Actio hypothecaria* was considered a real action in Roman law.²⁹ By following the ‘translation’ algorithm mentioned above, this means that the hypothec should be a right *in rem* nowadays. This intuition is confirmed by the text of article 551 point 10 NCC which includes the security interests among the *numerus clausus* list of rights *in rem*. Moreover, article 2343 NCC defines the hypothec as the ‘real right over movable or immovable assets that are destined to secure the performance of an obligation’. The law also makes sure that there is a clear difference between the personal action any creditor (secured [art. 2364 NCC] or unsecured [art. 2324 NCC]) has against their debtor and the hypothec’s own remedy which is a real action (art. 2432 NCC).

Since the law itself makes sure that the hypothec is a right *in rem*, the only question that remains is whether this (legal) status is affected by the closed link the hypothec has with its underlying obligation. This is the famous problem of the accessory nature of the hypothec. And the key to understanding it is precisely this word – ‘nature’. Under the terms of (the first thesis of) article 2344 NCC, ‘[t]he hypothec is, *by its nature*, accessory’ (emphasis added). This means that the accessory is only in the na-

²⁶ As a matter of fact, most of the content of Book XX of the Digesta is a collection of sentences from the now lost treatise of Marcianus on the hypothec’s remedial action (*actio hypothecaria*).

²⁷ D. 20, 1, 5, 1.

²⁸ Nowadays, the same prohibition is to be found in article 2433 NCC. Nonetheless, in case of hypothec over (tangible) movable assets, the secured creditor has the option to take possession thereof by private means (without breaching the peace) (art. 2440 NCC) and then to organize the sale process himself (in a commercially reasonable manner) (art. 2445–2446 NCC). In this process, the creditor could even buy himself the collateral in exchange for (a part of) the secured claim (art. 2448 NCC).

²⁹ See E. Danion, Du droit de suite en matière de privilèges & hypothèques, Ch. Oberthur et Fils, Rennes, 1875, p. 16; A. Jourdan, op. cit., p. 569–570 (‘l’action hypothécaire est un action réelle; elle est ainsi qualifiée par les textes: *pignoris persecutio in rem parit actionem creditori* [...] C’est un revendication *pignoris nomine*, elle est souvent désigné par le nom de *vindicatio*’). Adde H. Pinon, Droit romain : De la réalisation de gage hypothécaire. Droit français : Des règles spéciales à la publicité des hypothèques, Imprimerie Eugene Jobard, Dijon, 1890, p. 25: ‘l’action hypothécaire est une action réelle et pétitoire; c’est, comme l’indique le nom de *vindicatio pignoris*, une sorte de revendication appliquée au droit réel d’hypothèque’.

ture of the hypothec and not in its essence. It is not here the place to enter into the history of these concepts,³⁰ but it is useful to remember that by a strange twist in meaning, the 'nature' changed from the all-encompassing *physis* to the extremely narrow *accident* (*symbebekos*). At the same time, the more preeminent role was taken by a derivative of being (*to ti esti*) which took its superior trace from the Platonic *eide* to form the Scholastic *essentia*.

At this stage, we need to draw attention to two specific traits of the hypothec. First, the hypothec is a (legal) *concept* that has little meaning to the 'real' world. Despite its real right qualification, the hypothec is far from being real indeed. Maybe the closest it got to the real world was in ancient Greece where the hypothec was made public by engraving its text in a milestone (*horoi*) planted by the creditor on the mortgaged land. At that time, the interest was effectively 'written in stone'. In the meantime, the hypothec is the most intangible of the real rights. For example, while all other rights *in rem* have an earthly component of possession, this is not the case with the security interests where the possession is said not to be applicable [art. 916 para (2) last phrase NCC]. At the end of its evolution, the hypothec lost any tangible trace; it became the legal interest *par excellence*.

There is even a debate to what extent the hypothec is part of the bundle of rights that joins in the content of the ownership. While *common law* seems to be sure that the hypothec is a component of ownership,³¹ on the Continent the opinion tends to be quite the opposite.³² It was even suggested³³ that the hypothec has no effect on the (patrimony of the) mortgagor until its enforcement phase. These debates suggest that the legal literature is not happy with the taxonomy of the hypothec being placed in the same line with the rights *in rem*. The 'solution' to 'discriminate' the security interests from the other real rights was to place the former in a class of its own, namely the accessory rights *in rem* (as opposed to the main, or principal, rights *in rem*).³⁴ In

³⁰ For a more detailed analysis, see *R. Rizioiu*, Cum (de)construim o instituție juridică: despre esența ipotecii [How to (de)construct a legal institution: on the essence of the hypothec], in: *Revista romana de drept privat*, no. 1/2021, p. 282–327.

³¹ See *A. M. Honoré*, Ownership, in: *A. G. Guest* (ed.), *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 1961, p. 107–147.

³² See *F. Laurent*, *Cours élémentaire de droit civil*, t. IV, Bruylant-Christophe, Bruxelles, Librairie A. Marecq Ainé, Paris, 1881, p. 296. For a critique of the idea itself of unbundling the ownership, see *P. Berlioz*, *La notion de bien*, LGDJ, Paris 2007, p. 360–365: "La théorie du démembrement conduit ainsi à remettre en cause la conception de la propriété qui la fonde, car ce droit ne peut, en toute hypothèse, être considéré comme le plus complet des droits réels, celui qui les rassemble tous. Il n'est pas non plus le plus éminent. La propriété n'est plus que la somme virtuelle des droits sur la chose" (ibidem, p. 363).

³³ See *P. Vasilescu*, *Drept civil. Obligații*, ed. 2, Hamangiu, Bucharest 2017, p. 167.

³⁴ See *V. Stoica*, *Drept civil. Drepturile reale principale* [Civil Law. Main in rem rights], vol. 1, Humanitas, Bucharest 2004, p. 138; *M. Nicolae*, *Tratat de publicitate imobiliară*, vol. I, Introducere în publicitatea imobiliară [Treatise on real estate registration. Introduction to the real estate recordings], Universul Juridic, Bucharest 2011, p. 29–41; *I. Sferdian*, *Drept civil. Drepturile reale principale* [Civil Law. Main in rem rights], Hamangiu, Bucharest 2021, p. 125–127.

this way, the general treatment of the latter was maintained ‘pure’, without any influence from the rebellious hypothec.

Second, the hypothec is a human *artifact*. This means that it exists only insofar the human knowledge (and its organizational needs) ascribe a meaning to it. Moreover, it is a tool-type artifact, in the sense that the hypothec has no purpose in itself but it is rather a means to an end. This purpose is to ‘ensure the performance of a patrimonial obligation’ (art. 2323 NCC). Being a product of human imagination, the hypothec hardly qualifies as a ‘natural’ thing. As a matter of fact, it is *artificial* (a kind of the artifact type) as opposed to *natural*.

In this context, then, what could be the meaning of the ‘nature’ of the hypothec? The context suggests that this is about an accidental trace that does not affect the essence of the legal concept. In other words, as a general rule, the hypothec is accessory, but this is just describing its use most often found. It is not unconceivable to find a hypothec lacking the accessory trace though. However heretic this may sound, it is a statement for the autonomy of the hypothec.³⁵ And this is not just a philosophical exercise, because the law backs it up, too. Under the terms of article 2358 NCC, the hypothec could be assigned separately from the main claim.³⁶ This means that the accessory link between the two is not a strong one anymore.

Building on these texts, the High Court issued a landmark decision³⁷ recognizing the autonomy of the hypothec. The issue at stake was to decide whether a security agreement creating a hypothec could be enforced in cases where the secured claim was not deriving itself out of a writ of execution (*titlu executoriu*). Under Romanian law, some rights could be defended without recourse to a court awarded claim when the law declares they derive from certain agreements that are considered writs of execution by themselves. This is exactly what article 632 para (2) and article 638 para (1) point 4 of the Romanian New Civil Procedure Code (hereinafter, the ‘NCP’) provide for.³⁸ This means that, in these cases, the right-holder could go directly and ask for enforcement of its right (*executio*) without having the need to exert a formal trial (*cognitio*). The court will only check if the right derives from a writing

³⁵ For a detailed analysis of the feasibility of an autonomous hypothec in the European law, see *F.-A. Boar*, Une eurohypothèque comme garantie immobilière indépendante. Tendances internes et supranationales, thèse pour le doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne et Université de Bucarest 2019.

³⁶ For an analysis of this text from the perspective of the German ‘Grundschild’, see *F.-A. Boar*, Dificultățile conceptuale ale ipotecii imobiliare abstracte [The conceptual difficulties of an abstract hypothec in real estate], in: *Revista romana de drept privat*, no. 2/2012, p. 27–36. For local analysis of the text, see *A.-A. Moise*, Regimul juridic al privilegiilor și al ipotecilor imobiliare [The legal regime of the priorities and real estate hypothecs], Universul Juridic, Bucharest 2015, p. 461–490; *R. Rizoïu*, *Curs de garanții civile* [Textbook on secured transactions], Hamangiu, Bucharest 2020, p. 439–444.

³⁷ See ICCJ, decision (HP) no. 60/2017, published in the Official Gazette, part I, no. 928 from 24 November 2017.

³⁸ On the details of types of writs of execution, see *G.-A. Lazăr*, *Titlurile executorii* [Writs of execution], Universul Juridic, Bucharest 2018.

that is qualified by the law as writ of execution and that the claim is certain, determined and matured [art. 663 NCPC]. These conditions being met, the court shall issue an enforcement order allowing the creditor (acting with the help of a bailiff) to start enforcement procedures against the debtor [art. 666 NCPC].³⁹ This summary judgment procedure is not involving the debtor as defendant. The debtor shall be informed of their outcome only at the end when the bailiff will notify them to perform their obligation under the enforcement order. Of course, the debtor can challenge this order in court [art. 712 NCPC].⁴⁰ When no litigation on the merits occurred previously, this challenge is a true trial on the validity and enforceability of the agreement [art. 713 NCPC].

Under the terms of article 2431 NCC, the security agreement is writ of execution, provided it is validly entered into. In addition, article 2430 NCC states that the enforcement of the hypothec requires a writ of execution and a (secured) claim that is certain, determined and matured. As such, there are two classes of conditions⁴¹ to be met in order for the secured creditor to be able to enforce their (real) rights under a security agreement: (i) the *formal* prerequisite of a writ of execution and (ii) a *substantial* requirement of having a clear claim.

In this context, the question the High Court was asked to answer was whether the formal prerequisite does not extend to the source of the secured claim as well. While a loan agreement would be a writ of execution itself [art. 2165 NCC], a sale agreement, for example, would not. As such, when the hypothec is meant to secure the obligation of the buyer to pay the price, the seller would be in the position of holding a writ of execution only with respect to the hypothec, but not for the main claim. As such, if one admits that the hypothec is nothing more than an accessory to the main claim, then the hypothec cannot be enforced until the seller (as secured creditor) shall obtain a court decision certifying their right to receive the price from the buyer – *accessorium sequitur principale*.

In order to answer this tricky question, the High Court went to an argumentation at length on the different nature of remedies associated with the main claim and the hypothec respectively. The conclusion was that the hypothec itself benefits of its own remedy which is a real action limited to the value incapsulated in the collateral. As such, the secured creditor (irrespective of their position in the main claim) could resort to this remedy independently from any formal requirement related to the secured

³⁹ On the details of this procedure, see *N.-H. Țiț*, Încuviințarea executării silită [Court confirmation of the enforcement], *Universul Juridic*, Bucharest 2018, p. 101–114.

⁴⁰ On the details of this procedure, see *D. C. Tudurache*, *Contestația la executare* [The opposition to enforcement], Hamangiu, Bucharest 2006.

⁴¹ For a more detailed view of these conditions, see *R. Rizoiu*, Chiar poate fi pus în executare un contract de ipotecă? Oricum? Oricând? [It is really possible to enforce a security agreement? Anyhow? Anytime?], in: E. Oprina/V. Bozeșan (eds.), *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, vol. 2, *Universul Juridic*, Bucharest 2017, p. 109–127.

claim. Of course, the court having jurisdiction⁴² to issue the enforcement order would need to check the existence of the secured claim⁴³ [art. 2445 para (1) NCC]. This argument of the High Court expressly recognized the autonomy of the hypothec at least in what its specific remedy (*actio hypothecaria*) is concerned.

A more recent decision⁴⁴ raised similar concerns but on a different approaching path, i.e., the statute of limitation. Under Romanian law, the statutes of limitation provide for separate terms in case of trial on the merits (*cognitio*) and enforcement trial (*executio*). While the general legal regime is regulated in the Civil Code (art. 2516 NCC), the Civil Procedure Code expressly states that it has a slightly different approach (art. 711 NCPC). The general prescription term under Romanian law is of three years (art. 2517 NCC). However, in case of real actions, this term would be of ten years in those cases when the remedy is subject to prescription⁴⁵ (art. 2518 point 1 NCC).

Under article 2504 para (1) NCC, the hypothecary remedy (*actio hypothecaria*) is not anymore⁴⁶ linked to the prescription of the personal remedy associated with the secured obligation. Moreover, under article 74 of Law no. 76/2012, it was clearly stated that the hypothecary remedy (action) is not subject to prescription in a material sense (*Anspruchsverjährung*). Nonetheless, it is subject to the prescription associated with the enforcement (*Verjährung der Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung zu betreiben*). This dichotomy created a lot of discussions in the legal literature and case law. The key issue was understanding the relation between the prescription of the remedy (claim) and the prescription of enforcement thereof.

This link consists of the ‘license to enforce (directly)’ that holding a writ of execution gives to the (secured) creditor. In other words, once in possession of a writ of execution, the secured creditor shall apply directly for enforcement without any need to obtain a judgment recognizing and enforcing their claim. This means that in interest of securing some claims and avoiding court overload, the creditor of claims recognized in a writ of execution can go directly to the enforcement phase of the civil trial. However, the ‘power’ vested by the law in the writ of execution is always limited

⁴² On the determination of this court, see *G. C. Frențiu*, *Instanța de executare* [Enforcement court], *Universul Juridic*, Bucharest 2019.

⁴³ See *N.-H. Țiț*, cit. supra.

⁴⁴ See ICCJ, decision (HP) no. 57/2021, available at <https://www.scj.ro/1093/Detailii-juri-sprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=180978>.

⁴⁵ Most real rights have associated remedies that are not subject to prescription. See *M. Nicolae*, *Tratat de prescripție extinctivă* [Treatise on statutes of limitation], *Universul Juridic*, Bucharest 2010, p. 336–338.

⁴⁶ Under the former legislation, it was said that once the secured claim is prescribed, all accessory remedies are also prescribed as per article 1 para (2) of the Decree-Law no 167/1958 regarding the statutes of limitation. See *Gh. Beleiu*, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil* [Romanian Civil Law. Introduction in civil law. Persons in civil law], Sansa 1993, p. 205. However, the question was subject to debate see *M. Nicolae*, *Tratat de prescripție extinctivă*, cit. supra, p. 666–668.

in time. Generally, it lasts for three years, but is extended to ten years in case of writs defending real rights (art. 706 NCPC). Now the relation is clear: the secured creditor has a real right that is not subject to expire, but their option to avoid a litigation in the court for the recognition of their remedy is limited to ten years.⁴⁷

However, in practice, the factual context is more complex (because most of the times it raises also problems of application of laws in time – *tempus regit factum*). Therefore, the High Court considered the question addressed to it as being more complicated than intended by the applicants and refused to provide a clear guidance. It suggested the parties and the courts to seek for a general opinion from the High Court in a different procedure, i. e., the RIL decision. For the time being, it is interesting to note that the High Court suggested⁴⁸ that the old regulation considered the hypothec as being essentially an accessory to the main claim as opposed to the current legislation that accepts the autonomy of the hypothec.

The RIL decision followed relatively soon⁴⁹ and maintained the solution *accessorium sequitur principale* for prescriptions subjected to the old civil legislation (Decree No. 157/1958 regarding prescription), while for prescriptions under the NCC, art. 2504 par.1 states that the *actio hipotecaria* is not subject to prescription and even if the 3-year-prescription operated for the secured claim, the creditor is still entitled to enforce the hypothec against the collateral for the main debt (not for interests). Since the hypothec itself is a writ of execution, the enforcement of the hypothec against the collateral can take place in 10 years (prescription associated with the enforcement, if the prescription started after the NCPC entered into force). This is a big step towards the recognition of the nature of the hypothec as a right *in rem* which is at least partly autonomous from the secured claim.

These examples show that the debate about the accessory nature of the hypothec is far from being a purely academic discussion. It generates a series of practical consequences that are of utmost importance.

III. Money for Nothin'. Debunking Security Interest's Real Power

Probably the most debated legal doctrine related to security interests in the past ten years in Romania was that of the sequestration of assets during criminal proceedings.

⁴⁷ For a more detailed explanation of this mechanism, see *M. Nicolae*, Prescripția dreptului de a obține executarea silită în dreptul civil roman [The statutes of limitation in case of enforcement under Romanian civil law], in: *Revista romana de drept privat*, no. 2/2015, p. 138–143. Adde *R. Rizoiu*, Greu de ucis? Despre prescripția acțiunii (executorii) ipotecare [Die hard? On the statutes of limitation for enforcing the hypothecary action], in: *T. Briciu/M. Nicolae/P. Pop* (eds.), *In honorem Viorel Mihai Ciobanu*, Universul Juridic, București 2022, forthcoming.

⁴⁸ See ICCJ, decision (HP) no. 57/2021, §121.

⁴⁹ See ICCJ, decision (RIL) no. 13/2022.

As part of the European Union's strategy to fight corruption on the Continent,⁵⁰ Romania embarked into a long-lasting battle against white collar crimes. To this effect, new rules on confiscation were enacted that also allow for the retrieval of suspected assets from people related to the suspected felon, and not just from the felon himself. More relevant to our discussion was the generalization of the precautionary seizure mechanisms during criminal proceedings.⁵¹ For example, in cases of high corruption, instituting precautionary seizures during criminal proceedings is compulsory for the prosecutor, rather than optional. As such, there is a great deal of debate on the legal nature of this interim measure under Romanian law. While the focus of this paper is not on the precautionary seizure itself, the debate threw some light on the legal nature of the hypothec itself.

For example, it resulted that the criminal precautionary seizure is acting in a similar way to a security interest, i. e., it is a measure meant to ensure the debtor shall be in a position to pay if the debt (derived from the consequences of a crime) matures (i. e., the responsibility for the crime is decided by the court). The main difference as compared to a regular security interest is that the secured claim (i. e. damages caused by the criminal offence) is uncertain at the moment the precautionary seizure is ordered. However, this proves to be less of a difference given the fact that the hypothec itself could be created for future, conditional or even potential claims [art. 2370 NCC].

Traditionally, the criminal law literature considers that the interest secured by this kind of seizure shall be always a public one to be defended by the State. At a closer look, it results that there are various interests that are covered. For example, the law mentions that the criminal precautionary seizure can cover one of three outcomes of the criminal process: the potential confiscation, the payment of damages, or the payment of fines [art. 249 para (1) CPP]. Only the last one has a clear public interest attached to it. In most cases, when the criminal precautionary seizure is meant to ensure that the responsible party shall cover all damages caused to the victim, the context is a purely civil one, the claim being determined by the law of torts.

When the courts debunked all these various interests hidden behind the all-encompassing 'criminal process' veil, the mystic power of the criminal precautionary seizure crumbled. And this is not necessarily a local 'discovery' if one regards the relevant jurisprudence of the ECHR and the ECJ. For example, the European Court of Human Rights noticed that the confiscation should pursue a legitimate interest and it should also be proportionate.⁵² It also observed that sometimes an innocent party is

⁵⁰ This debate could also influence the current search for a legal solution meant to freeze Russian assets in Europe.

⁵¹ For a detailed presentation, see *R. Rizoïu*, I se spunea "Buldozerul": Despre concursul dintre sechestrul și ipotecă [They call it the 'Bulldozer': On the interference between the precautionary seizure and the hypothec], in: *Revista romana de drept privat*, no. 2/2016, p. 129–161.

⁵² See European Court of Human Rights, *Case of Tanasov v. Romania*, para. 21 sqq; European Court of Human Rights, *Case of El Ozaïr v. Romania*, para 21 sqq.

unjustly affected by the freezing.⁵³ Then, the Court of Justice of the European Union stressed that the confiscation should look carefully at all interests existing in the asset.⁵⁴

In Romania, the first demythization of the criminal precautionary seizure was made by the Constitutional Court when it observed that the texts in the Code of criminal procedure are insufficient to explain the mechanics of the seizure.⁵⁵ As a consequence, the court ruled that these gaps should be filled in by the more detailed texts regulating the civil precautionary seizure to be found in the Code of civil procedure. As such, the criminal precautionary seizure was 'civilized' for the first time. This move was an essential one because it allowed a more detailed analysis on the effect of the seizure. Also, by this change of context, the seizure started to be looked at in a similar manner to a normal security interest (i.e., a judiciary one).

Another step was made by the High Court when it decided⁵⁶ that the criminal court ordering the seizure is not required to identify the seized assets but only the (maximum) amount the criminal precautionary seizure is meant to secure. It is the tax authority that should then identify the suitable assets of the suspect that are to be frozen. Indirectly, this decision suggested that the nature of the State's claim in a criminal trial is similar to a tax-related one.

The reference to the tax procedures is also important because the regulation of the tax lien in the Code of tax procedure indicates a clear link between the (tax) precautionary seizure and the hypothec. As such, under article 242 para (6) of the Code of tax procedure, the tax seizure over an asset has the same effect as an hypothec would have.⁵⁷ This means that all precautionary seizures could be analyzed as (judiciary-imposed) hypothecs. This realization simplified the analysis of the (effects of the) criminal precautionary seizure in a huge way. By adding to this qualification the provisions of article 2328 NCC stating that any preference of the State should follow the 'first in time first in right' (*prior tempore potior iuris*) rule, it resulted in a coherent

⁵³ See European Court of Human Rights, Case of Credit Europe Leasing IFN S.A. v. Romania, para. 80 sqq.

⁵⁴ See Court of Justice of the European Union, Case C-393/19, OM, Okrazhna prokuratura – Haskovo, Apelativna prokuratura – Plovdiv, para 53 sqq.

⁵⁵ See Constitutional Court of Romania, decision no. 24/2016, published in the Official Gazette, part I, no. 276 from 12 April 2016.

⁵⁶ See ICCJ, decision (RIL) no. 19/2017, published in the Official Gazette, part I, no. 953 from 4 December 2017.

⁵⁷ This applies for real estate. In case of personal property, article 238 para (8) of the Code of tax procedure states that the tax seizure has the same effect as a pledge would have. We should remember that, under Romanian law, the pledge shares most of the legal regime of an hypothec (art. 2495 NCC), the only relevant difference being the dispossession. And the tax seizure is commonly implemented without dispossession.

system of priorities based on a centralized system of filing.⁵⁸ Moreover, the analysis of the criminal precautionary seizure was ‘downgraded’ to a discussion on the ranking of a (civil) security interest. To be clear, this means that criminal asset seizures could not be regarded to have a stronger effect than older hypothec rights which were already registered according to the law.

The main battlefield was the one where the meaning of ‘freezing’ was debated. The key to the functioning of the criminal precautionary seizure was that, once ordered, it froze the seized asset by making it ‘non-disposable’. Both prosecutors and suspects have battled in the courts the meaning of this (undefined) term. There were wins and losses and court cases showed a split view. To correct this, the matter went on to the High Court to find a guiding line. And the High Court ruled on this matter by a decision⁵⁹ that had a huge impact on the system. The analysis of the High Court was that the criminal precautionary seizure cannot have a different effect than a security interest. As such, it was stated that the freezing is enforceable only against the suspect and can be avoided by the creditors of the suspect having an older security interest in the same asset.⁶⁰

⁵⁸ As a matter of fact, there are separate registries for real estate, (general) personal property, planes, ships and securities. But, for each type of asset, one has a centralized registry to refer to.

⁵⁹ See ICCJ, decision (RIL) no. 2/2018, published in the Official Gazette, part I, no. 463 from 5 June 2018. See paragraph 105 thereof: ‘With reference to the provisions of art. 249 of the Criminal Procedure Code (art. 163 of the Criminal Procedure Code of 1968) and art. 2345 of the Civil Code, the existence of a criminal seizure on the mortgage of a natural or legal person does not suspend the foreclosure initiated by a mortgagee whose mortgage right on the same property’ became opposable to third parties *before* the establishment of the precautionary measure in criminal proceedings and does not determine the annulment of enforcement acts subsequent to the establishment of the precautionary measure in the criminal proceedings on the same goods”. It follow that enforcement is still possible despite the provisional measure instituted during criminal proceedings.

⁶⁰ The High Court showed that the effects of precautionary measures are determined by law, art. 249 para. (2) of the Criminal Procedure Code establishing that ‘the unavailability of movable or immovable property by instituting a seizure on them’. First of all, the High Court held that, as a result of the precautionary seizure, the goods were not removed from the civil circuit, being suspended only the right of voluntary disposal over the owner’s property. The precautionary seizure therefore assumes that the holder can no longer dispose of it freely, in the sense that he can no longer sell it, donate it, rent it, and is generally prohibited from any voluntary act which could lead to the decrease of the value of the good or the evasion of the enforcement. Thus, the High Court concludes that the unavailability constitutes a measure of a preventive nature and consists in temporarily suspending the right of legal disposition and material disposition of the owner over his movable or immovable property, in order to keep them in his patrimony for the purposes to serve if necessary to guarantee the enforcement of a claim that would be obtained against him. In addition, the High Court holds that the notion of unavailability (*inesizabilitate* or the lack of possibility to sell an asset during enforcement proceedings) is not to be confused with that of inalienability (prohibition of alienation by voluntary legal acts) provided by art. 136 of the Romanian Constitution or by art. 861 of the Civil Code, nor with the one of good or right that is not susceptible to be enforced provided by art. 2329 para. (2) of the Civil Code. No legal provision of the Criminal Procedure Code or the Civil Procedure Code declares as inalienable or non-enforceable the goods, on which a pre-

In deciding so, the High Court qualified the criminal precautionary seizure (and, by contagion, any seizure) as a species of hypothec, namely a judiciary one. The finding is important since the law lists only legal and conventional hypothecs as regulated options (art. 2349 NCC). In doing so, the High Court expressly removed any public law special interest associated with these measures and brought them in line with the (private law) security interests. As such, a criminal precautionary seizure could enter into a conflict with a conventional hypothec and the result is decided by the rule *prior tempore potior iure*, which means that a (previously notified) hypothec could take precedence on a (subsequently notified) criminal precautionary seizure.

This rule was tested once again in the bankruptcy context. In answering certain questions,⁶¹ the High Court reiterated the findings of the earlier decision. As a consequence, it restated that the criminal precautionary seizure is not a way of removing the seized asset from circulation but rather a way to ensure the suspect is not escaping the (patrimonial) liability. By this decision, the High Court explained once again that the criminal nature of the precautionary seizure is not in itself sufficient to create an extraordinary lien, nor is it meant to put the seized asset outside the reach of the creditors.

All these cases have a common trace: they all infer that creating a security interest in an asset gives the secured creditor a real interest in that asset. As such, the right the owner has in that asset is only a remainder of the full ownership after subtracting the

cautionary seizure has been instituted, which implies, implicitly, that the legal regime of a good engraved by such a measure is not incompatible with the conduct of enforcement proceedings. Moreover, the High Court holds that 'in order to proceed with the forced execution of the property subject to seizure, the creditor (unsecured or mortgagee) does not have to go through the appeal procedure against the precautionary measure provided by art. 250 of the Criminal Procedure Code [...], since the forced execution is not conditioned by the lifting of the seizure'. In conclusion, by Decision (RIL) no. 2/2018, the High Court held that the precautionary seizure prohibits only acts of voluntary disposition (legal or material) on the goods that are the subject of the seizure, but not enforcement acts by prior creditors. In addition, the High Court has shown that the effect of the seizure is to make the seized goods unavailable and not to be confused with the notion of inalienability or impossibility of enforcement of the goods. Consequently, the assets that are the subject of the precautionary seizure can be subject to enforcement by other creditors, even unsecured ones.

⁶¹ See ICCJ, decision (HP) no. 1/2020, published in the Official Gazette, part I, no. 147 from 25 February 2020. See paragraph 121 therein: 'In interpreting the provisions of art. 91 para. (1), art. 102 para. (8) and art. 154–158 of Law no. 85/2014 on insolvency prevention and insolvency procedures [...], as applied to the provisions of art. 249 para. (1) and (2) of the Criminal Procedure Code [...], the existence of precautionary measures established in criminal proceedings on the property of a legal person, prior to the opening of the insolvency procedure, in view of the special confiscation, the reparation of the damage caused by the crime or the guarantee of the execution of the judicial expenses: a) does not suspend the liquidation procedure provided by Law no. 85/2014 regarding the seized property; b) is not likely to make unavailable the good on which the capitalization procedure was initiated according to the provisions of Law no. 85/2014; c) does not prevent the liquidation of the assets carried out by the judicial liquidator in the exercise of the attributions conferred by Law no. 85/2014'.

security interest. Therefore, when the same asset is subject to a seizure, such measure cannot ignore the (previously created) security interest. In other words, the (criminal precautionary) seizure covers only the remainder of the right left for the owner. This means that the creation of a security interest is in itself sufficient to ‘split’ the ownership into two separate interests, i. e., the proprietary one and the security one. Only the former remains with the owner, while the latter goes to the creditor and, therefore, is not affected by the (subsequent) seizure.

IV. Instead of Conclusion, a Look into the Future

The hypothec had a long journey from its Roman roots (cut short by the Napoléonic codification) to the current shape it has found in the Romanian Civil Code. Its real power lies in the understanding of its *in rem* character. Once one copes with this harsh truth, the nature of (derivative) proprietary interest of the hypothec emerges into the world. The (new) hypothec won some important battles in the past decade in its effort to prove ‘real’ to the legal community. The Financial Crisis and now the Pandemic Crisis prove to be those ‘interesting times’ that shape the future of any legal concept. One can only hope the newly found identity of the hypothec shall endure the future challenges.

Erbrechtsverordnung der Europäischen Union und nationale Einflüsse

Von *Camelia Toader**

I. Einführung – Zur Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung in Erbrechtsangelegenheiten

Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (kurz Erbrechtsverordnung) ist anwendbar auf Nachlässe von Personen, die nach dem 17. August 2015 verstorben sind. Sie eröffnet eine neue Etappe in der Entwicklung des europäischen Internationalen Privatrechts. Dies gilt sowohl in Bezug auf den geregelten Bereich, der zuvor als in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallend angesehen wurde, als auch auf ihre Struktur, indem die Bestimmungen über Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen zum ersten Mal in einem einzigen Text zusammengefasst werden.

Die Zweckmäßigkeit und sogar die Notwendigkeit dieser Verordnung wurden durch die wachsenden Bevölkerungsbewegungen hervorgehoben und die damit verbundenen Schwierigkeit der Abwicklung von grenzübergreifenden Erbangelegenheiten, die sich aus der Ungleichheit der Gesetze der Mitgliedstaaten in diesem Bereich ergaben.¹ In diesem Zusammenhang stellten sich sowohl klassische verfahrensrechtliche Probleme wie die internationale Zuständigkeit,² Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, als auch spezifische Fragestellungen wie die Tatsache, dass oft Nachlassstreitigkeiten im Rahmen der freiwilligen Gerichts-

* Die Autorin dankt Herrn RA Dr. I.-L. Vlad für das Korrekturlesen des Manuskripts.

¹ Siehe dazu *C. Toader*, Primele aplicații în jurisprudența Curții de justiție a Uniunii europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat, *Revista română de drept european (RRDE)*, 1/2018, Wolters Kluwer, Bukarest, S. 19–34; sowie *B. Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, De Gruyter, 2021, S. 576.

² In der Regel soll es zu einem Gleichlauf zwischen gerichtlicher Zuständigkeit (*forum*) und anwendbarem Recht (*ius*) kommen, welcher durch die Kombination zwischen gewöhnlichem Aufenthalt und Rechtswahl entstehen soll. Siehe EuGH Urteil vom 7.4.2022 – C-645/20, ECLI:EU:C:2022:267 – VA und ZA (Zuständigkeit in Erbsachen).

barkeit gelöst werden, oder die Frage des Nachweises der Erbeneigenschaft und die Wirksamkeit solcher Nachweise in grenzüberschreitenden Fällen.³

Ziel dieser Verordnung ist es daher, wie aus ihrem Erwägungsgrund 7 hervorgeht, die widersprüchlichen Vorschriften in den verschiedenen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks und Irlands (damals auch des Vereinigten Königreichs), zu koordinieren. Diese neuen Regeln gelten für alle grenzüberschreitenden Situationen: Es spielt keine Rolle, ob der Verstorbene und die Erben keine europäischen Staatsbürger sind und ob sich das Eigentum innerhalb oder außerhalb des europäischen Justizraums befindet. Infolgedessen ersetzt die Verordnung fast ausschließlich die nationalen Begrifflichkeiten.

Die praktisch wichtigste Errungenschaft der Erbrechtsverordnung ist das Europäische Nachlasszeugnis. Dieses Dokument enthält neben der Erbschaftsübertragung auch die Zuweisung eines bestimmten Eigentums an Erben oder Vermächtnisnehmer sowie die Befugnisse des Vollstreckers oder Verwalters des Nachlasses. Dank dieses Nachweises können die Betroffenen ihre Rechte an den Nachlassgegenständen einfacher und schneller geltend machen, um sie möglicherweise zu übertragen oder daraus Einkünfte zu erzielen.

Dieser Beitrag zielt darauf ab, die Rezeption der Erbrechtsverordnung in nationalen Rechtssystemen zu analysieren (II.) um dann, anhand von Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, einen Überblick über die Zusammenhänge und gegenseitigen Einflüsse der europäischen und nationalen Ebenen im Bereich des Erbrechts herzustellen (III.). Blicke in die Zukunft sollen auch anhand anhängiger Gerichtsverfahren verschafft werden (IV.).

II. Rezeption der Erbrechtsverordnung im rumänischen, französischen und deutschen Erbrecht

In einem großen Teil der Mitgliedstaaten, zu welchen auch Deutschland, Frankreich oder Rumänien gehören, erfolgt der Rechtsübergang von Todes wegen durch Vonselbsterwerb, also automatisch mit dem Tod des Erblassers auf den oder die Erben, und ist somit eine rein materiell-rechtliche Frage. Dies bedeutet eine Erleichterung des Rechteübergangs von Todes wegen auch bei Geltung ausländischen Erbstatuts, da grundsätzlich keine zusätzliche Handlungen nötig sind, um den Nachlass anzunehmen.⁴ Jedoch traten verfahrensrechtliche Schwierigkeiten trotzdem auf, so-

³ Siehe dazu *D. Lübcke*, Das neue europäische Internationale Nachlassverfahrensrecht, Darstellung auf Grundlage des Verordnungsentwurfs vom 14. Oktober 2009 unter Berücksichtigung der Endfassung, 1. Auflage, 2013, S. 46 ff.

⁴ § 1922 BGB, Art. 711, 724 Abs. 1 des französischen Zivilgesetzbuches bzw. Art. 644 i. V.m. 651 des rumänischen Zivilgesetzbuches. Siehe dazu *D. Lübcke*, Das neue europäische Internationale Nachlassverfahrensrecht, Darstellung auf Grundlage des Verordnungsentwurfs vom 14. Oktober 2009 unter Berücksichtigung der Endfassung, 1. Auflage, 2013, S. 47 f. Für

bald die Erbfolge streitig war oder die Erbeneigenschaft grenzüberschreitend bewiesen werden musste. Diesen soll die Erbrechtsverordnung der EU entgegenwirken, indem sie grenzüberschreitende Verfahrensfragen einheitlich lösen kann und solange sie von den Mitgliedstaaten richtig angewandt wird.

In Frankreich erleichtert das Rundschreiben vom 25. Januar 2016 über die Bestimmungen der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie über die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses die praktische Durchführung dieser Verordnung im französischen Recht dar.⁵

In Rumänien ist die Frage von grenzüberschreitenden Erbfällen in Artikel 148 der Verfassung sowie Artikel 2633–2636 des Zivilgesetzbuches geregelt. Artikel 2557 Absatz 3 dieses Gesetzbuches sieht vor, dass „die Bestimmungen [dieses Titels des Zivilgesetzbuches] anwendbar [sind], soweit nicht die internationalen Übereinkommen, denen Rumänien beigetreten ist, das Recht der Europäischen Union oder andere Bestimmungen von Sondergesetzen eine andere Regelung vorsehen“. Artikel 148, Absatz 2 der rumänischen Verfassung sieht eine ähnliche Vorrangregelung vor. Somit gilt ab Inkrafttreten der Erbrechtsverordnung in Angelegenheiten, die dem Unionsrecht unterliegen, die nationale Regelung nicht mehr für das grenzüberschreitende Rechtsverhältnis.⁶

Anders als in Frankreich bedarf es in Rumänien keiner besonderen Neuregelung des Internationalen Erbrechts. Die Erklärung dafür ist meines Erachtens, dass kurz vor der Verabschiedung der Erbrechtsverordnung das rumänische Zivilgesetzbuch am 1. Oktober 2011 in Kraft trat. Daher wurde in Artikel 2633 des rumänischen Zivilgesetzbuches bereits der in dieser Verordnung vorgesehene Perspektivenwechsel berücksichtigt, der nun das Recht des Mitgliedstaates, in dem der Verstorbene seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, als anwendbar erklärt.⁷

Darüber hinaus hatte das rumänische Recht im Gegensatz zum französischen Recht, das den Grundsatz der Nachlassspaltung (bewegliches und unbewegliches Vermögen) vorsah, bereits einen globalen Ansatz gewählt, indem es ein einziges Ge-

die Rechtslage in der Moldauischen Republik, siehe *O. Cazac*, *Drept civil*. Moștenirea, Ed. Animus, Chișinău 2022.

⁵ Siehe dazu *Circulaire du 25 janvier 2016 de présentation des dispositions du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, Bulletin officiel du Ministère de la Justice no. 2016–02 du 29 février 2016; <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=40501>.

⁶ Siehe dazu *I. Olaru*, *Dreptul european al succesiunilor internaționale*, Uniunea Națională a Notarilor din România, București 2014, p. 17.

⁷ Siehe dazu *C. Toader*, *Primele aplicații în jurisprudența Curții de justiție a Uniunii europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat*, RRDE, 1/2018, S. 19–34, 22 ff.

setz anwandte, das die gesamte Erbschaft regelte, und das, wie die Verordnung, darauf abzielte, eine mögliche Spaltung der Erbschaft zu vermeiden.⁸

In Frankreich unterschieden bis zum 17. August 2015 die Regeln des Internationalen Erbrechts zwischen beweglichen und unbeweglichen Nachlässen. Bei der beweglichen Erbfolge wurden die Kollisionsregeln auf der Grundlage des Wohnsitzes des Verstorbenen festgelegt: Wenn der Verstorbene seinen letzten Wohnsitz in Frankreich hatte, waren die französischen Gerichte für die Entscheidung von Streitigkeiten zuständig. Hingegen richteten sich die Zuständigkeitsregeln bei der Immobilienerbfolge nach der Belegenheit der Immobilie und der Staatsangehörigkeit der Erbschaftsparteien: Befand sich die Immobilie in Frankreich, abgesehen von der möglichen Anwendung der Artikel 14 und 15 des Zivilgesetzbuches, und war eine der Parteien französischer Staatsangehörigkeit, blieben die französischen Gerichte zuständig.⁹ Darüber hinaus konnte ausnahmsweise durch den Mechanismus des *renvoi* die Zuständigkeit der französischen Gerichte auch dann begründet werden, wenn sich die Immobilie im Ausland befand.¹⁰ Nach Inkrafttreten der Verordnung wurde diese Aufteilung aufgehoben, die Kollisionsnorm geändert und damit die Regel modifiziert.¹¹

Was schließlich Deutschland angeht, ist anzumerken, dass früher das Staatsangehörigkeitsprinzip galt. Danach wurden Deutsche immer nach deutschem Erbrecht beerbt. Das deutsche internationale Privatrecht folgte weiterhin dem Grundsatz der Gesamtverweisung (Artikel 4 Absatz 1 EGBGB), was im Falle von in Deutschland ansässigen Staatsangehörigen von Ländern, die dem Wohnsitz- oder Aufenthaltsprinzip folgen, vermehrt zu Rückverweisungen und damit zur Anwendbarkeit deutschen Erbrechts führte. Bei Staaten, die wie Deutschland den *renvoi* akzeptieren, konnte es damit bei einer Verweisung auf eine der Nachlassspaltung folgende Rechtsordnung auch aus der Sicht der Ausgangsrechtsordnung zur Nachlassspaltung kommen.¹² Seit dem 17. August 2015 gilt jetzt auch für Deutsche stets das Erbrecht des Aufenthaltslandes, wenn nicht in Form einer Verfügung von Todes wegen (Tes-

⁸ D.-A. Sitaru, *Drept internațional privat*, C.H.Beck, Bucuresti 2013, p. 307.

⁹ *JurisClasseur France, Droit international*, Fasc. 557–40.

¹⁰ Siehe dazu Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, n° 98–15.650, Ballestrero, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 399, note B. Ancel; JDI 2001, p. 505, note M. Revillard. – Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, n° 05–14.281, Wildenstein, *JurisData* n° 2006–034123; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 383, note B. Ancel; JDI 2007, comm. 1, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon; D. 2007, p. 1710, note P. Courbe. – Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2009, n° 06–12.140, Riley, *JurisData* n° 2009–046979; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 512, note B. Ancel.

¹¹ Siehe schon (auf rumänisch) C. Toader, *Primele aplicații în jurisprudența Curții de justiție a Uniunii europene ale Regulamentului nr. 650/2012 privind succesiunile europene, cu elemente de drept succesoral comparat*, *Revista română de drept european* nr.1/2018, Bucuresti, S. 19–34, 22 ff., was eine damals aktualisierte Form meines Vortrags am 20. November 2017 in Paris auf dem Symposium *Rencontres de la Société de droit comparé: dialogue franco-roumain* war.

¹² S. Lorenz, *Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit*, *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (ErbR)*, 2012, 39, 40.

tament oder Erbvertrag) eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Erbrechts getroffen wurde.

Die Zuständigkeit am letzten Erblasserwohnsitz stellte seit der Reform des Zuständigkeitsrechts im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das deutsche Recht keine Neuerung dar, da dabei der Gleichlaufgrundsatz, der eine Zuständigkeit grundsätzlich nur bei Anwendung deutschen materiellen Rechts vorsah, zugunsten des Aufenthaltsprinzips aufgegeben wurde.¹³

III. Aktuelle Rechtsprechung des EuGH und nationale Einflüsse

Als recht junges Instrument des Europarechts hat die Rechtsprechung zur Europäischen Erbrechtsverordnung die Grundlagen für die Auslegung gelegt. Sie zeigte schon in einer relativ kurzen Zeitspanne interessante Fälle, die von großer praktischer Bedeutung für die Praxis sowie für die Rechtstheorie gekennzeichnet sind. Dabei spielten Bezüge zum nationalen Erbrecht der Mitgliedstaaten eine wichtige Rolle und geben Auskünfte über die enge Beziehung zwischen europarechtlich bedingtem Kollisions- und Verfahrensrecht und nationalen materiellrechtlichen Fragen.

1. Abgrenzung und Verhältnis zum Sachenrecht

Anwendungsbereich und Abgrenzung zu anderen Rechtsinstrumenten waren die ersten Themen, mit denen sich der EuGH beschäftigen durfte. Hierbei ist es interessant mit *B. Hess* anzumerken, dass im Bereich des internationalen Rechts auf EU-Ebene viele parallele Unionsrechtsakte erlassen wurden, so dass sich in diesem Bereich weniger die Frage nach der vertikalen Abgrenzung zwischen einheitlichem Unionsrecht und nicht harmonisiertem Prozessrecht der Mitgliedstaaten stellt, als vielmehr die Frage nach einer horizontalen Abgrenzung der jeweils einschlägigen Gemeinschaftsrechtsakte untereinander.¹⁴

So ging es in der ersten Rechtssache, die dem EuGH vorgelegt wurde, um die Abgrenzung zwischen dem Bereich des Erbrechts und dem Sachenrecht, ein heikles Thema in allen Rechtssystemen der Mitgliedstaaten.¹⁵ Die in Deutschland ansässige Beschwerdeführerin, Frau Kubicka, polnischer Staatsangehörigkeit, ersuchte einen polnischen Notar, um ein authentisches Testament zu erstellen. Sie beabsichtigte zum einen, das polnische Recht als das Gesetz zu wählen, das ihr gesamtes Erbe regelt, und zum anderen, ihren Anteil an einem Gebäude in Deutschland zugunsten

¹³ *S. Lorenz*, Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit, *ErbR* 2012, 39, 42.

¹⁴ *B. Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, 2021, S. 329. Siehe auch *A. Bonomi/P. Wautelet*, Il regolamento europeo sulle successioni. Commentario al Reg. UE 650/2012 applicabile dal 17 agosto 2015, Giuffrè Editore, 2015, p. 69.

¹⁵ EuGH Urteil vom 12. Oktober 2017, Kubicka, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755.

ihres Mannes durch ein Vindikationslegat zu veräußern. Es sei darauf hingewiesen, dass die Erblasserin die Verwendung des gewöhnlichen Damnationslegats oder „Legatum per damnationem“, das schuldrechtlich auszuführen wäre, ausdrücklich ausgeschlossen hatte.¹⁶

Der Notar lehnte den Antrag auf Errichtung eines Testaments mit einem Vermächtnis „per vindicationem“ ab, da diese Art von Vermächtnis nach einem Teil der Doktrin und der nationalen Rechtsprechung gegen die deutsche Gesetzgebung in Bezug auf dingliche Rechte und die Erhaltung des Landes verstoße. Tatsächlich ist ein solches Vindikationslegat dem deutschen Recht fremd, da nach § 2174 BGB der Vermächtnisnehmer mit dem Erbfall einen schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstands erwirbt. Somit hatte der BGH in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1997 festgelegt, dass das Vindikationslegat nicht anzuerkennen ist und in ein Damnationslegat umgedeutet wird.¹⁷

Dem Gerichtshof wurde daher die Frage vorgelegt, ob Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe k) Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe l) oder Artikel 31 der Erbrechtsverordnung dahin auszulegen sind, dass sie der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats, das dem vom Erblasser gemäß Artikel 22 Absatz 1 dieser Verordnung gewählten auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht bekannt ist, durch eine Behörde eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wenn die Ablehnung auf der Begründung beruht, dass dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in einem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Recht das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Erbfalls nicht kennt.

In diesem Fall wurde sowohl von der deutschen als auch von der ungarischen Regierung der Einwand der Unzulässigkeit erhoben.

Einerseits war die deutsche Bundesregierung der Auffassung, dass aus der Begründung des vorlegenden Gerichts nicht hinreichend klar hervorging, dass die Beantwortung der vorgelegten Frage für den Ausgang des Streits im Hauptverfahren entscheidend war. Die Bedenken der deutschen Regierung hätten als legitim angesehen werden können, da Frau Kubickas Legat letztendlich nicht die Eintragung ihres Rechts aus dem Vindikationslegat in das deutsche Grundbuch verweigert wurde. Der Gerichtshof hat jedoch dagegen entschieden, indem er die Vorlagefrage als für die Beilegung des Streits im Hauptverfahren erforderlich eingestuft hat, da in Deutschland die tatsächlichen Auswirkungen des Vindikationslegates, das die Erblasserin in ihr Testament einführen wollte, gemäß dem anwendbaren Recht, das sie nach Arti-

¹⁶ Siehe auch v. L. *Salomon*, „The acquisition of possession in legacies *per vindicationem* in classical roman law and its influence in the modern civil codes“, *Roman Legal Tradition*, 3, 2006, S. 65–78.

¹⁷ BGH, Urt. v. 28. 9. 1994 – IV ZR 95/93, DNotZ 1995, 704. Siehe dazu J. *Weber*, Kubicka und die Folgen: Vindikationslegate aus Sicht des deutschen Immobiliarsachenrechts, DNotZ 2018, 16.

kel 22 Absatz 1 Satz 1 der Verordnung gewählt hatte, nicht anerkannt werden konnten.

Andererseits argumentierte die ungarische Regierung, dass sich die Fragestellung auf eine Situation bezog, die noch nicht eingetreten war (den Tod der Erblasserin), so dass die Frage ihrer Meinung nach hypothetisch war. In diesem Zusammenhang beschränkte sich der Gerichtshof darauf, auf die Bestimmungen von Erwägungsgrund 7 der Erbrechtsverordnung zu verweisen, wonach die Bürger ihre Erbschaft im Voraus organisieren dürfen. Mit anderen Worten, wenn der Gerichtshof der Argumentation dieser Regierung gefolgt wäre, hätte die Auslegung der Bestimmungen der neuen Verordnung durch den Verweis auf eine Vorabentscheidung nur stattgefunden, wenn der Tod des Verstorbenen eingetreten wäre. Eine solche Interpretation hätte daher die Auslegung der Erbrechtsverordnung in Situationen wie der vorliegenden, wenn eine Person ihr Testament errichten möchte, ausgeschlossen.

Die insoweit vom EuGH festgehaltene Lösung entspricht somit den großen mitgliedstaatlichen Traditionen im Erbrecht, in denen die Testierfreiheit ein grundlegendes Prinzip darstellt.¹⁸

Bezüglich der Begründetheit hat das Gericht angemerkt, dass Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe k) und l) der Erbrechtsverordnung Fragen bezüglich der Art der dinglichen Rechte sowie jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register von dem Anwendungsbereich der Verordnung ausschließt.

Hinsichtlich des Ausschlusses der „Art der dinglichen Rechte“ wies der Gerichtshof auch auf die Definition dieses Begriffs in der Begründung der Erbrechtsverordnung¹⁹ hin, in der präzisiert wird, dass damit „die Qualifikation der Sachen und Rechte und die Prärogativen des Inhabers solcher Rechte“ gemeint sind.²⁰ In dieser Begründung wird festgelegt, dass der Buchstabe k) dahingehend ausgelegt werden muss, dass die Erbrechtsverordnung eine solche Qualifikation oder Bestimmung nicht berührt. Aufgrund dieser Bestimmung gilt diese Verordnung somit für den Erwerb eines dinglichen Eigentumsrechts durch Nachfolge, nicht jedoch für die Bestimmung des Inhalts eines solchen Rechts.

Ebenso ist der Gerichtshof durch eine systematische Auslegung des neuen Instruments zu der Auffassung gelangt, dass der Ausschluss der Art der dinglichen Rechte im Lichte des 15. Erwägungsgrund der Verordnung zu lesen ist, der vorsieht, dass

¹⁸ Siehe dazu, unter anderem, den Artikel 12 des rumänischen Zivilgesetzbuches und Artikel 895 des französischen Code civil. C. Jubault, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2. Auflage, Montchrestien, Paris 2010, S. 718; F. Deak/R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, 3. Band, Universul Juridic, 2014, Bucurest, S. 72.

¹⁹ Begründung zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen sowie die Annahme und Vollstreckung authentischer Instrumente in Erbfolgefragen und die Schaffung eines europäischen Erbrechtszertifikats [KOM (2009) 154 final, p. 5].

²⁰ Randnummer 47 des Kubicka-Urteils.

letztere die begrenzte Anzahl („Numerus clausus“) der dinglichen Rechte, die nach nationalem Recht bestimmter Mitgliedstaaten anerkannt sind, nicht berührt. Aus demselben Erwägungsgrund geht daher hervor, dass ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet sein sollte, ein dingliches Recht in Bezug auf in diesem Mitgliedstaat befindliches Vermögen anzuerkennen, wenn er ein solches dingliches Recht in seiner Rechtsordnung nicht kennt.

Als nächstes stellte der Gerichtshof fest, dass sowohl das nach polnischem Recht vorgesehene Vindikationslegat als auch das nach deutschem Recht vorgesehene Damnationslegat Modalitäten für die Übertragung des Eigentums an einem Vermögenswert darstellen, nämlich eines dinglichen Rechts. Die direkte Übertragung eines Eigentumsrechts durch Vindikationslegat betrifft in der Tat nur die Modalitäten der Übertragung dieses dinglichen Rechts nach dem Tod des Erblassers, worauf auch die Verordnung gemäß ihrem Erwägungsgrund 15 abzielt, wenn das für die Nachfolge geltende Recht dies vorsieht.

Insofern das Erbrecht den gesamten Nachlass des Verstorbenen regelt und das Eigentumsrecht auch ein dingliches Recht in der deutschen Rechtsordnung darstellt, kann dem Legatar nicht die Anerkennung eines solchen Rechts verweigert werden, das durch ein Vindikationslegat übermittelt wird.

Zweitens ist in Bezug auf die andere Ausnahme vom Geltungsbereich der Erbrechtsverordnung, die der Gerichtshof in diesem Fall auslegen sollte, bzw. den Ausschluss in Bezug auf die Eintragung dinglicher Rechte in ein Register, zu beachten, dass gemäß Erwägungsgrund 18 der Verordnung das Recht des Mitgliedstaats, in dem das Register geführt wird, die rechtlichen Bedingungen und Modalitäten festlegen sollte.

Rechtsvergleichend kann in dieser Hinsicht angemerkt werden, dass nach rumänischem Recht die Eintragung in das Grundbuch eine konstitutive Wirkung hat,²¹ während diese Eintragung nach französischem Recht nur eine Publizitätswirkung gegenüber Dritten hat, mit der Folge, dass dieses Recht sonst gegen Dritte nicht durchsetzbar ist.²²

In Anbetracht des 18. Erwägungsgrunds der Verordnung und in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts Bot war der Gerichtshof der Auffassung, dass „da Art. 1 Abs. 2 Buchst. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 nur auf die Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung, sowie die Wirkungen der Eintragung oder der fehlenden Eintragung solcher Rechte in ein Register abstellt, die Voraussetzungen, unter denen solche Rechte erworben werden, folglich nicht zu den nach dieser Bestimmung vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossenen Bereichen“ zählt.²³

²¹ Siehe dazu Artikel 885 des rumänischen Zivilgesetzbuches.

²² F. Terré/P. Simler, *Droit civil*, 8e édition, Dalloz, Paris 2010, p. 324.

²³ Randnummer 54 des Kubicka-Urteils.

Daraus geht hervor, dass der Gerichtshof sich zwar der konstitutiven Wirkung der Eintragung in das Grundbuch in Deutschland bewusst ist, jedoch der Ansicht bleibt, dass die Eintragung aus sachlichen Gründen nicht verweigert werden kann, wenn das dingliche Recht kein der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaats unbekanntes Recht ist. Wie bereits festgestellt, ging es in diesem Fall jedoch um die Übertragung des Eigentumsrechts.

Der Gerichtshof setzt seine Argumentation fort, indem er an die Bedeutung des in Artikel 23 der Erbrechtsverordnung vorgesehenen Grundsatzes der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts erinnert. Nach dieser Bestimmung regelt das auf die Nachfolge anwendbare Recht den „Übergang der Vermögenswerte, Rechte und Pflichten auf die Erben und gegebenenfalls die Vermächtnisnehmer“. Dieser Grundsatz setzt in der Tat voraus, dass Fragen bezüglich des auf die Nachfolge anwendbaren Rechts im Zusammenhang mit dem Erwerb von Rechten durch Nachfolge geregelt werden, um die tatsächliche Absicht des Erblassers widerzuspiegeln. Wenn der Eigentumsübergang daher nach dem für die Nachfolge geltenden Recht erfolgt, ist das Recht des Registers nur für die Feststellung der Folgen des Fehlens einer solchen Registrierung relevant.

Wie der Gerichtshof betont, entspricht eine solche Auslegung auch dem im Erwägungsgrund 7 der Erbrechtsverordnung genannten Prinzip, wonach das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erleichtert werden soll, indem die Hindernisse für den freien Verkehr von Personen, denen die Durchsetzung ihrer Rechte im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug derzeit noch Schwierigkeiten bereitet, ausgeräumt werden sollten. Derselbe Erwägungsgrund sieht vor, dass es in einem europäischen Rechtsraum den Bürgern möglich sein muss, ihren Nachlass im Voraus zu regeln und dass die Rechte der Erben und Vermächtnisnehmer sowie der anderen Personen, die dem Erblasser nahestehen, effektiv gewahrt werden müssen.

Interessant sind auch die Zugriffe des EuGH in diesem Urteil auf den Zweck der Erbrechtsverordnung, und zwar die Schaffung eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Tatsächlich muss diese Bescheinigung gemäß Artikel 63 Buchstabe m) dieser Verordnung im Lichte von Erwägungsgrund 8 gelesen werden, damit jeder in dieser Bescheinigung genannte Erbe, Legat oder Begünstigte in einem anderen Mitgliedstaat seinen Status und seine Rechte nachweisen kann, insbesondere was die Zuweisung eines bestimmten Vermögenswerts an den in dieser Bescheinigung genannten Legatar angeht. Gemäß Artikel 69 Absatz 1 dieser Verordnung gilt diese Bescheinigung in allen Mitgliedstaaten, ohne dass ein anderes Verfahren erforderlich ist. Absatz 2 Satz 1 dieses Artikels sieht vor, dass vermutet wird, dass das Zeugnis die Sachverhalte, die nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht oder einem anderen auf spezifische Sachverhalte anzuwendenden Recht festgestellt wurden, zutreffend ausweist. Nach dem Satz 2 wird vermutet, dass die Person, die im Zeugnis als Erbe, Vermächtnisnehmer, Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter genannt ist, die in dem Zeugnis genannte Rechtsstellung und/

oder die in dem Zeugnis aufgeführten Rechte oder Befugnisse hat und dass diese Rechte oder Befugnisse keinen anderen als den im Zeugnis aufgeführten Bedingungen und/oder Beschränkungen unterliegen. Schließlich sieht Absatz 5 desselben Artikels vor, dass das Zeugnis ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats darstellt, unbeschadet des Artikels 1 Absatz 2 Buchstaben k) und l).

In der Tat, in Übereinstimmung mit diesen Bestimmungen, kann der Legatar, wenn er von der zuständigen Behörde ein Europäisches Nachlasszeugnis erhält, aus dem hervorgeht, dass er die Qualität eines Legaten besitzt und über ein Eigentumsrecht verfügt, das durch das anwendbare Erbrecht bestimmt ist, beantragen, dass dieses Recht in das entsprechende Grundbuch des Mitgliedstaats eingetragen wird, in dem sich das unbewegliche Vermögen befindet.

Im Kubicka-Fall sah das polnische Recht, das der Erblasser zur Regelung seiner Nachfolge gewählt hatte, nicht vor, dass der Legatar zusätzliche Handlungen vor einem Notar oder vor einer anderen Behörde durchführen muss, um seine Qualität als „Eigentümer“ der betreffenden Immobilie nachzuweisen.

Unter Hinweis auf den Zweck der Verordnung ließ der Gerichtshof verstehen, dass es der effektiven Wirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses zuwiderlaufen würde, den Legatar der Verpflichtung zu unterwerfen, andere Dokumente einzuholen, um sein Eigentumsrecht im Grundbuch des Mitgliedstaats registrieren zu lassen, in dem sich das Eigentum befindet.

Wie die Literatur betont hat, bestätigt diese Lösung, die den freien Personenverkehr und die Vorhersehbarkeit der geltenden Vorschriften erleichtern soll, den Niedergang der *Lex rei sitae*.²⁴

Schließlich ist in Bezug auf Artikel 31 der Erbrechtsverordnung mit dem Titel „Anpassung dinglicher Rechte“ daran zu erinnern, dass, wenn die Art der dinglichen Rechte gemäß Artikel 1 Absatz 2, Buchstabe k vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen ist, die gesonderte Anpassung dinglicher Rechte zulässig bleibt. Artikel 31 der Verordnung stellt daher eine Verbindung zwischen dem tatsächlichen Status und dem Erbschaftsstatus in Fragen der dinglichen Rechte her. Nach diesem Artikel muss, wenn das Erbrecht ein nach dem Recht des ausführenden Mitgliedstaats unbekanntes dingliches Recht gewährt, im Anpassungsrecht des letzteren ein gleichwertiges dingliches Recht angestrebt werden, das die Erlangung der gleichen Ziele erlaubt wie das dingliche Recht, das das auf die Erbfolge anwendbare Recht vorsieht.

Daher ist anzumerken, dass sich der 16. Erwägungsgrund der Verordnung auf die Anpassungstechnik bezieht und die Zusammenarbeit zwischen den Behörden des Staates, dessen Recht die Nachfolge regelt, und den Behörden des ausführenden Mitgliedstaats vorsieht, damit die letzteren genaue Informationen über die Art und Aus-

²⁴ L. Idot, *Domaines respectifs de la loi successorale et de la loi réelle*, Europe, Nr. 12, Dezember 2017, Comm. 495.

wirkungen des dinglichen Rechts erhalten, das durch die Vermittlung der Nachfolge geschaffen oder übertragen wird und im Recht des ausführenden Mitgliedstaats unbekannt ist. Der 17. Erwägungsgrund erlaubt durch einen offeneren Wortlaut auch andere Anpassungstechniken und besagt, dass „die in dieser Verordnung ausdrücklich vorgesehene Anpassung unbekannter dinglicher Rechte andere Formen der Anpassung im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Verordnung nicht ausschließen [sollte]“.

In Anbetracht der Tatsache, dass das Vindikationslegat eine Methode zur Übertragung eines dinglichen Rechts darstellt, entschied der Gerichtshof, dass in dem Fall *Kubicka* die in Artikel 31 der Erbrechtsverordnung vorgesehene Anpassung nicht erforderlich war. In der Tat stellte der Gerichtshof fest, dass Artikel 31 der Erbrechtsverordnung

„nicht die Modalitäten des Übergangs der dinglichen Rechte, z. B. aufgrund eines ‚Vindikationslegats‘ oder eines ‚Damnationslegats‘ betrifft, sondern nur die Wahrung des Inhalts der dinglichen Rechte, der vom auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht (*lex causae*) festgelegt wird, und deren Rezeption in der Rechtsordnung des Mitgliedstaats, in dem sie geltend gemacht werden (*lex rei sitae*)“.²⁵

Infolgedessen entschied der Gerichtshof, dass Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe k und l sowie Artikel 31 der Erbrechtsverordnung dahin auszulegen sind, dass sie der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats, das dem von einem Erblasser gemäß Artikel 22 Absatz 1 dieser Verordnung gewählten auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht bekannt ist, durch eine Behörde eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wenn die Ablehnung allein auf der Begründung beruht, dass dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in diesem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Recht das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Erbfalls nicht kennt.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Vindikationslegate ausländischer Erbrechtsordnungen den unmittelbaren Übergang von Rechten und Pflichten in Deutschland bewirken, wenn dieses Recht im Zeitpunkt des Erbfalls existiert, dieses von Todes wegen übertragen wird und das anwendbare Erbrecht diesen Übergang anordnet. Wenn diese Bedingungen vorliegen, muss das Grundbuch dementsprechend berichtigt werden. Die dritte Voraussetzung kann dem Grundbuchamt beispielsweise durch ein Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen werden. Jedenfalls werden bei dieser Anwendbarkeit von ausländischem Recht in Deutschland keine dingliche Rechte neu begründet, sondern es findet eine inhaltliche Anpassung nach den Grundsätzen des deutschen Sachenrechts statt.²⁶

²⁵ Randnummer 63 des Urteils.

²⁶ S. *Bandel*, Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegate in Deutschland, *MittBayNot* 2018, 99 (107). Siehe auch *F. Biltgen*, Die Urteile des Europäischen Gerichtshofes zur europäischen Erbrechtsverordnung, *GPR* (Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union) nr. 5/2022, S. 239.

Was ist mit dem französischen und rumänischen Recht? Interessant ist es in dieser Hinsicht anzumerken, dass sowohl im rumänischen als auch im französischen Recht ein Vermächtnis mit besonderem Titel auf einem individuell bestimmten Vermögen das Recht auf die vererbte Sache einräumt, ein Recht, das nach dem Tod des Erblassers übertragbar und abtretbar ist (Artikel 1014 Absatz 1 des Französischen Zivilgesetzbuchs²⁷ und Artikel 1059 Absatz 1 des Rumänischen Zivilgesetzbuchs²⁸). Der Übertragungs- und Erwerbsmechanismus besteht aus zwei Schritten. Es handelt sich um eine Erbschaftsoption, die durch den Tod übertragen wird, und es ist die Ausübung dieser Option (im Falle einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme), die die Übertragung des Eigentums in Bezug auf die Erbschaftsverbindlichkeiten vollendet. In dieser Logik konsolidiert die Annahme der Erbschaft nur den Eigentumsübergang, der ab der Eröffnung der Nachfolge erfolgt. In beiden Systemen kann der Legatar durch einen bestimmten Titel die vererbte Sache nur in Besitz nehmen (insbesondere die Sache nehmen und verwenden), nachdem er die Übergabe des Erbes an die Nachfolger beantragt hat.²⁹

2. Abgrenzung zum Eherecht

Eine weitere Rechtssache, die dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt wurde, bezog sich auf die sehr interessante Abgrenzung zwischen zwei eng verwandten Bereichen: Das Erbrecht und das Eherecht.

Als Vorbemerkung kann festgestellt werden, dass auf europäischer Ebene zwei Rechtsakte zu Fragen des internationalen Güterrechts für Ehegatten und eingetragene Partner im Weg der verstärkten Zusammenarbeit erlassen werden konnten.³⁰ Interessant ist, dass diese Verordnungen der Zuständigkeitskonzentration an Verbundgerichtsständen, an denen die Gerichte bereits mit einer Erbsache befasst sind, große Bedeutung zuspricht.³¹

²⁷ „Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause“.

²⁸ „(1) Legatarul cu titlu particular al unui bun individual determinat dobândește proprietatea acestuia de la data deschiderii moștenirii“.

²⁹ C. *Jubault*, Droit civil. Les successions. Les libéralités, 2. Auflage, Montchrestien, Paris 2010, S. 611 und 619 ; und F. *Deak/R. Popescu*, Tratat de drept succesoral, 2. Band, Universul Juridic, 2014, Bucuresti, S. 21.

³⁰ Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands; und Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften. Siehe dazu A. *Dutta*, Das internationale Familien- und Erbrecht in der Rechtsprechung des EuGH – die vergangenen fünf Jahren, ZEuP 2020, 897 ff.; 899.

³¹ Art. 4 der Verordnung 2016/1103 bzw. der Verordnung 2016/1104.

Die Vorlagefrage in der Rechtssache Mahnkopf³² wurde von dem Kammergericht Berlin eingebracht, welches Unklarheiten bezüglich des Ausschlusses des Eheerbs in Artikel 1, Paragraph 2, Buchstabe d) der Erbrechtsverordnung aufwarf.

Es ging dabei um die mögliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Verordnung auf Fragen des ehelichen Güterstands und um die Wirksamkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses in Bezug auf Änderungen des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten, die sich aus nationalen Vorschriften ergeben, die an sich den Güterstand betreffen.

Dieser Fall betraf die Rechtsnachfolge nach Herr Mahnkopf, der am 29. August 2015 verstorben war. Zum Zeitpunkt seines Todes war er mit Frau Mahnkopf verheiratet, mit der er ein Kind hatte. Beide Ehegatten hatten die deutsche Staatsangehörigkeit und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin. Die Ehegatten unterlagen dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und hatten keinen Ehevertrag geschlossen. Zum Nachlass gehörte neben dem Vermögen des Erblassers in Deutschland auch ein 50%iger Miteigentumsanteil an einer in Schweden gelegenen Immobilie.

Das Amtsgericht Schöneberg, das für die Abwicklung des Nachlasses von Herr Mahnkopf zuständig war, erteilte einen nationalen Erbschein, nach dem die überlebende Ehefrau und der Abkömmling jeweils die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen entsprechend der nach deutschem Recht vorgesehenen gesetzlichen Erbfolge erbten.

Daraufhin beantragte die überlebende Ehefrau bei demselben Gericht die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gemäß der Erbrechtsverordnung, das dieselben Angaben wie das nationale Nachlasszeugnis enthalten sollte. Sie wollte die Bescheinigung nutzen, um ihr Eigentum an der Immobilie in Schweden registrieren zu lassen. Das Gericht lehnte den Antrag von Frau Mahnkopf mit der Begründung ab, dass der Anteil der überlebenden Ehefrau zu einem Viertel auf einem Erbgang und zu einem weiteren Viertel auf der Güterstandsnorm des § 1371 Absatz 1 BGB beruhe.

Nach § 1371 Absatz 1 BGB erfolgt bei der Auflösung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft von Todes wegen die Vermögensauseinandersetzung durch Erhöhung des gesetzlichen Anteils des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft. Diese Erhöhung wird nach der Eröffnung des Nachlasses eines der Ehegatten vorgenommen. In der Literatur ist anerkannt worden, dass die Möglichkeit des Gesetzgebers, dem überlebenden Ehegatten einen zusätzlichen Anteil von einem Viertel der Erbschaft zuzuweisen, eine Art „Bonus“ für Ehegatten darstellt, die zu Lebzeiten nicht getrennt leben.³³

Hierbei ist anzumerken, dass am 29. Januar 2019 die schon oben genannte neue Verordnung Nr. 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Ver-

³² EuGH Urteil vom 1. März 2018, Mahnkopf, C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138.

³³ G. A. L. Droz, „Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé“, Recueil des cours de l'Académie de la Haye, vol. 143, 1974, p. 98.

stärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands in Kraft getreten ist. Diese definiert in ihrem Artikel 3, Absatz 1, Buchstabe a den „ehelichen Güterstand“ als „sämtliche vermögensrechtlichen Regelungen, die zwischen den Ehegatten und in ihren Beziehungen zu Dritten aufgrund der Ehe oder der Auflösung der Ehe gelten.“ Dabei schließt der Artikel 1, Absatz 2, Buchstabe d dieser Verordnung die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten von ihrem Anwendungsbereich aus.

Im deutschen Recht ist der § 1371 Absatz 1 BGB im familienrechtlichen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches zu finden. Wie deutsche Rechtsautoren betonen, ist der Hauptgedanke dieser Bestimmung, einen Teil des Nachlasses, der dem überlebenden Ehegatten gehört, abzutrennen, bevor er Teil des Gesamtnachlasses wird.³⁴ Diese pauschale Erhöhung dient der Vereinfachung, da sie es überflüssig macht, die Zusammensetzung und den Wert des Vermögens zu Beginn und am Ende der Ehe genau zu ermitteln, wie es bei einer Berechnung der Vermögensaufteilung erforderlich wäre. Sinn und Zweck der Bestimmung ist daher die Aufteilung des Zugewinns bei Beendigung des Güterstandes von Todes wegen. In einem Urteil von 2015 wurde diese Vorschrift vom BGH als „rein güterrechtlich“ qualifiziert.³⁵ Jedoch ist diese Einstufung inzwischen als überholt eingestuft worden.³⁶

In dieser Hinsicht hat der Generalanwalt Szpunar in seinen Schlussanträgen vom 13. Dezember 2017 darauf hingewiesen, dass § 1371 Absatz 1 BGB nicht die Aufteilung des Vermögens zwischen den Ehegatten betrifft, sondern die Frage nach den Rechten des überlebenden Ehegatten in Bezug auf bereits zum Nachlass gehörende Vermögenswerte. Ebenso vertritt er die Auffassung, dass eine Vorschrift wie § 1371 Absatz 1 BGB ausschließlich für den Fall des Todes eines der Ehegatten gilt. Der überlebende Ehegatte kann die Erbschaft ausschlagen und der Erblasser kann diesen Ehegatten durch Verfügungen von Todes wegen aus dem Nachlass entfernen. Dementsprechend schlägt der Generalanwalt vor, dass der Gerichtshof § 1371 Absatz 1 BGB als eine Vorschrift einordnet, die sich auf den Status des Nachlasses und nicht auf den ehelichen Güterstand bezieht.

In diesem Zusammenhang ist auch der andere Teil der Vorlagefrage zu verstehen, und zwar, ob es möglich ist, ein Europäisches Nachlasszeugnis zu erteilen, in dem die gesetzlichen Erbanteile genannt werden und darauf hingewiesen wird, dass das Erbrecht des überlebenden Ehegatten für ein Viertel auf einem Güterstand beruht.

Es ist nämlich unstrittig, dass in Erbschaftsangelegenheiten die Auflösung des Güterstandes eine notwendige Vorstufe für die Feststellung des Nachlasses ist. Im

³⁴ K. Schurig, Das internationale Erbrecht wird europäisch. Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung, Festschrift für Ulrich Spellenberg, Sellier European Law Publisher, München 2010, S. 352.

³⁵ BGH, NJW 2015, Seite 2185 Rn. 24.

³⁶ J. Weber, Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des § 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung, NJW 2018, 1356.

12. Erwägungsgrund der Erbrechtsverordnung ist festgelegt, dass die für eine bestimmte Erbsache nach der Verordnung zuständigen Behörden je nach Situation die Auflösung des ehelichen Güterstands oder eines ähnlichen Güterstands des Erblassers bei der Berechnung des Nachlasses und der jeweiligen Anteile der Berechtigten berücksichtigen sollten. Nach Artikel 65 Absatz 3 Buchstabe d derselben Verordnung ist im Europäischen Nachlasszeugnis anzugeben, ob der Erblasser einen Ehevertrag geschlossen hatte, sowie der Güterstand des Erblassers oder dessen Entsprechung im Falle einer eingetragenen Partnerschaft.

Zu der Frage, ob der im Europäischen Nachlasszeugnis anzugebende Erbteil auch auf anderen Rechtsordnungen als dem Erbrecht beruhen kann, heißt es in Artikel 63 Buchstabe l der Erbrechtsverordnung lediglich, dass im Nachlasszeugnis gegebenenfalls der jedem Erben zufallende Anteil anzugeben ist. Dieser Artikel enthält hingegen keinen Hinweis darauf, dass der in der Bescheinigung anzugebende Anteil jedes Erben nur auf dem Recht beruhen kann, das nach der Erbrechtsverordnung als *lex succesoralis* gelten soll.

Zu dieser Frage war Generalanwalt Szpunar der Meinung, dass das Fehlen von Informationen, die sich auf eine Angelegenheit beziehen, die für die Erbfolge von Bedeutung ist, die aber nicht (im Wesentlichen) erbrechtlicher Natur ist, das Europäische Nachlasszeugnis zu einem besonders unpraktischen Instrument machen würde. Ein solches Zeugnis würde nämlich nicht den tatsächlichen Anteil des überlebenden Ehegatten am Nachlass widerspiegeln und würde die Wirksamkeit (*effet utile*) der Bestimmungen zur Einführung des Europäischen Nachlasszeugnisses in Frage stellen.³⁷

Dem ist der EuGH letztendlich auch gefolgt. Insbesondere stellte der Gerichtshof fest, dass sich aus dem Wortlaut dieser Bestimmung in Verbindung mit dem 9. Erwägungsgrund ergibt, dass diese Verordnung für alle zivilrechtlichen Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen gilt. Die vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommenen Bereiche sind in Artikel 1 Absatz 2 aufgeführt, in dem unter Buchstabe d „Angelegenheiten des ehelichen Güterstandes“ aufgeführt sind. Jedoch hat der Gerichtshof klargestellt, dass § 1371 Absatz 1 BGB in erster Linie die Erbfolge des verstorbenen Ehegatten und nicht den Güterstand betrifft. In diesem Zusammenhang wäre die Verwirklichung der Ziele des Europäischen Nachlasszeugnisses behindert, wenn das Zeugnis keine vollständigen Angaben zu den Rechten des überlebenden Ehegatten in Bezug auf den Nachlass enthielte.

Folglich stellte der Gerichtshof fest, dass eine nationale Regelung, die beim Tod eines der Ehegatten eine pauschale Teilung des Nachlasses durch Erhöhung des Anteils des überlebenden Ehegatten am Nachlass vorsieht, in den Anwendungsbereich der Erbrechtsverordnung im Sinne von deren Artikel 1 Absatz 1 fällt.³⁸

³⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache Mahnkopf (C-558/16, ECLI:EU:C:2017:965).

³⁸ Zur Kritik vgl. *Sonntag*, Die erbliche Qualifikation des güterrechtlichen Viertels durch den EuGH und ihre Konsequenzen, JZ 2019, 657 ff.

3. Verhältnis zwischen dem Europäischen Nachlasszeugnis und nationalen Erbscheinen

Ein anderer wichtiger Themenkomplex in dem Zusammenhang zwischen der europäischen Erbrechtsverordnung und nationalen Erbrechtssystemen bezieht sich auf die unterschiedlichen Zeugnisse, die ein Erbe nutzen kann, um sein Erbe grenzüberschreitend geltend zu machen.

Das Europäische Nachlasszeugnis ist für die Abwicklung von grenzüberschreitenden Nachlässen im europäischen Justizraum von ganz maßgeblicher Bedeutung und ermöglicht in diesem Zusammenhang die Konzentrationswirkung der Nachlassseinheit.³⁹ Dieser wurde, in seiner Gestaltung und Ausbildung, dem deutschen Erbschein nachgebildet.⁴⁰ Jedoch ist dieses Instrument optional und es verdrängt die mitgliedstaatlichen Erbnachweise nicht.⁴¹ Dabei tritt die Schwierigkeit auf, dass innerhalb der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten auch andere Stellen als die Gerichte mit der Zuständigkeit betraut wurden, solche Erbscheine zu erlassen.⁴² Der EuGH musste unter anderen die Frage klären, wie damit unionsrechtlich umzugehen ist.

Darum ging es beispielsweise in der Rechtssache Oberle,⁴³ ebenfalls vom Kammergericht – dem Oberlandesgericht Berlins – vorgelegt. Die Fragen stellten sich hierbei im Zusammenhang mit dem Nachlass eines am 28. November 2015 verstorbenen französischen Staatsbürgers, der seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich hatte. Der Verstorbene hinterließ zwei gesetzliche Erben, seine beiden Söhne, wobei sich der Nachlass sowohl in Frankreich als auch in Deutschland befand.

Das Gericht in Saint-Avoid (Frankreich) hatte einen nationalen Erbschein ausgestellt, wonach die Söhne des Verstorbenen je zur Hälfte Erben waren. Einer der Erben des Verstorbenen beantragte dazu bei einem deutschen Gericht, dem Amtsgericht Schöneberg, einen (deutschen) beschränkten Erbschein nach ausländischem Recht mit der Begründung, dass er und sein Bruder nach französischem Recht jeweils die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen in Bezug auf den in Deutschland gelegenen Teil des Nachlasses geerbt hätten.

Nach deutschem Recht (§ 343 Absatz 3 FamFG) war das Amtsgericht Schöneberg für die Erteilung eines beschränkten, auf ausländisches Recht bezogenen Erbscheins zuständig, wenn der Erblasser Deutscher ist oder das Vermögen des Nachlasses in Deutschland belegen ist.

³⁹ B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, 2021, S. 590.

⁴⁰ B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, 2021, S. 579.

⁴¹ Art. 62 Abs. 3 S.1 der Europäischen Erbrechtsverordnung.

⁴² Siehe dazu A. Dutta, *Das internationale Familien- und Erbrecht in der Rechtsprechung des EuGH – die vergangenen fünf Jahren*, ZEuP 2020, 897 ff., 913.

⁴³ EuGH Urteil vom 21. Juni 2018, Oberle, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485.

Die Zweifel des vorlegenden Gerichts bezogen sich daher darauf, ob die Zuständigkeit in Erbsachen ausschließlich durch die Erbrechtsverordnung (konkret durch deren Artikel 4) bestimmt wird oder ob eine Vorschrift wie die des deutschen Familiengesetzbuchs die Zuständigkeit noch bestimmen kann. Die Frage stellte sich auch unter dem Gesichtspunkt des Europäischen Nachlasszeugnisses, da hier die Frage nach dem Verhältnis zum nationalen Recht berührt wurde.

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Artikel 4 dieser Verordnung die allgemeine Regel aufstellt, dass die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, für die Entscheidung über einen Erbfall insgesamt zuständig sind.⁴⁴ Die wörtliche Auslegung lieferte somit keine eindeutige Antwort. Die Vorschrift enthält darüber hinaus keinen Hinweis darauf, dass Entscheidungen über die Erbfolge auch die Erteilung nationaler Erbscheine umfassen sollen.

Die Frage in diesem Fall betraf damit die Koexistenz von nationalen Erbscheinen im Verhältnis zum Europäischen Nachlasszeugnis. Nach Artikel 64 der Erbrechtsverordnung wird das Europäische Nachlasszeugnis in dem Mitgliedstaat ausgestellt, dessen Gerichte nach den Artikeln 4, 7, 10 oder 11 zuständig sind. In Artikel 62 Absatz 2 der Verordnung heißt es, dass die Verwendung des Erbscheins „nicht zwingend vorgeschrieben“ ist, da der europäische Gesetzgeber der Ansicht ist, dass der Erbschein ein Instrument ist, das den Parteien zur Verfügung gestellt wird. Diese Frage wurde bereits von Generalanwalt Szpunar in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Mahnkopf angedeutet, als er die Auffassung vertrat, dass „die Verordnung Nr. 650/2012 nämlich nicht zur Verwendung des Europäischen Nachlasszeugnisses [verpflichtet]. Es können auch weiterhin die nationalen Bescheinigungen genutzt werden, die auf der Grundlage der in dem betreffenden Staat geltenden Vorschriften erlassen werden.“⁴⁵ In der Lehre wurde anerkannt, dass, da die Verwendung des Erbscheins nicht zwingend vorgeschrieben ist, es immer noch möglich ist, andere Mittel zu verwenden, um zu beweisen, dass eine Person Rechte an einem Teil des Nachlasses hat, die in einem anderen Staat anerkannt sind.⁴⁶

In seinen Schlussanträgen vom 22. Februar 2018 hat Generalanwalt Szpunar zu recht die Bedeutung dieser Rechtssache hervorgehoben, da sie das Verhältnis zwischen den nationalen Vorschriften über die Rechtsnachfolge von Todes wegen und denen der Erbrechtsverordnung und damit die Frage betrifft, ob die Mitgliedstaaten Vorschriften einführen dürfen, die die nationale Zuständigkeit in einer anderen Weise als in der Verordnung vorgesehen definieren.

⁴⁴ Siehe dazu *M. Zolucki*, „New revolutionary European Regulation on Succession Matters. Keys Issues and doubts“, *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341–2216 vol. III, Nr. 1/2016, S. 168–171.

⁴⁵ Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 13 Dezember 2017, in der Rechtssache C-558/17, Mahnkopf, Randnummer 115.

⁴⁶ *A. Bonomi/P. Wautelet*, *Le droit européen des successions*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 711.

In seinem Urteil vom 21. Juni 2018 hat der Gerichtshof zunächst daran erinnert, dass die Erbrechtsverordnung nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 in Verbindung mit ihrem neunten Erwägungsgrund auf alle Aspekte des Zivilrechts der Rechtsnachfolge von Todes wegen mit Ausnahme von Steuer-, Zoll- und Verwaltungssachen anwendbar ist. In Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung sind verschiedene Bereiche aufgeführt, die vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sind. Dazu gehören weder nationale Erbscheine noch die damit verbundenen Verfahren. Darüber hinaus wird in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Erbrechtsverordnung präzisiert, dass der Begriff „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ „jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge“ umfasst. Außerdem gilt diese Verordnung für Erbfälle mit grenzüberschreitenden Bezügen, wie aus den 7. und 67. Erwägungsgründen hervorgeht.

Außerdem wies der Gerichtshof darauf hin, dass sich aus der Überschrift von Artikel 4 der Erbrechtsverordnung ergibt, dass diese Bestimmung allgemeine Zuständigkeitsfragen der Gerichte der Mitgliedstaaten regelt, während die Verteilung der Zuständigkeiten auf nationaler Ebene gemäß Artikel 2 der Verordnung nach den nationalen Vorschriften festgelegt wird. Nach der Feststellung, dass der Wortlaut von Artikel 4 der Erbrechtsverordnung die Beantwortung der Vorlagefrage nicht zuließ, wurde auf eine systematische und teleologische Auslegung zurückgegriffen. Im Einklang mit der vom Generalanwalt vorgeschlagenen Lösung stellte der Gerichtshof fest, dass Artikel 4 der Erbrechtsverordnung die allgemeine Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten für alle Erbfälle mit grenzüberschreitendem Bezug bestimmt, also auch für Verfahren zur Erteilung nationaler Erbscheine.

Der Gerichtshof betonte insbesondere, dass die Verwirklichung des Ziels der Verordnung, die Erben bei der Geltendmachung ihrer Rechte im Rahmen eines Erbfalls mit grenzüberschreitenden Wirkungen zu unterstützen, und der Grundsatz der Einheit der Rechtsnachfolge von Todes wegen die Harmonisierung der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten sowohl im Rahmen streitiger als auch außerstreitiger Verfahren erfordert. Da das Europäische Nachlasszeugnis einer eigenständigen Rechtsordnung unterstellt ist, stellt seine Existenz diese Schlussfolgerung nicht in Frage.

Ein weiterer interessanter Fall, der formelle Regelungen des Europäischen Nachlasszeugnis festlegte, ist die Rechtssache C-102/18 Brisch.⁴⁷

In diesem Fall hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob die Verwendung des Formblatts IV für die Beantragung eines Europäischen Nachlasszeugnisses im Sinne von Artikel 65 Absatz 2 der Erbrechtsverordnung zwingend vorgeschrieben oder fakultativ ist.

⁴⁷ EuGH Urteil vom 17. Januar 2019, Brisch, C-102/18, ECLI:EU:C:2019:34.

Das vorliegende Gericht, das Oberlandesgericht Köln (Deutschland), wurde von Herrn Brisch als Testamentsvollstrecker der verstorbenen Frau T. angerufen.

Zur Beantwortung der vom vorlegenden Gericht gestellten Frage stützte sich der Gerichtshof auf den Wortlaut von Artikel 65 Absatz 2 der Erbrechtsverordnung, wonach der Antragsteller für den Antrag eines Zeugnisses das Formular verwenden kann, das nach dem Beratungsverfahren gemäß Artikel 81 Absatz 2 dieser Verordnung erstellt wurde. Somit wurde der Wortlaut dieser Bestimmung als eindeutig eingeschätzt, was den fakultativen Charakter der Verwendung des Formulars IV betrifft.

Die Zweifel des vorlegenden Gerichts ergaben sich dennoch aus dem Wortlaut von Artikel 1 Absatz 4 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014, wonach „für den Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses gemäß Artikel 65 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 das Formblatt IV in Anhang 4 zu verwenden [ist].“ Nach Ansicht dieses Gerichts könnte die streitige Bestimmung implizieren, dass die Verwendung dieses Formulars zwingend vorgeschrieben ist.

Der Gerichtshof stellte jedoch fest, dass Artikel 1 Absatz 4 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014 in Verbindung mit deren Anhang 4 zu lesen ist, auf den verwiesen wird und in dem das Formblatt IV enthalten ist. In dem Abschnitt „Mitteilung an den Antragsteller“ im Titel des Formblatts IV wird jedoch deutlich darauf hingewiesen, dass das Formblatt IV fakultativ ist. Die Wörter „zu verwendendes Formblatt“ in Artikel 1 Absatz 4 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014 legen also nicht fest, ob die Verwendung des Formblatts IV obligatorisch oder fakultativ ist, sondern weisen lediglich darauf hin, dass für den Fall, dass der Anmelder seinen Antrag auf Erteilung eines Zeugnisses mittels eines Formblatts einreichen möchte, das entsprechende Formblatt IV zu verwenden wäre.⁴⁸ Eine solche Auslegung wird auch durch die Analyse des Kontextes dieser Vorschrift und durch die Ziele dieser Verordnung gestützt.

Dementsprechend stellte der Gerichtshof fest, dass Artikel 65 Absatz 2 der Erbrechtsverordnung in Verbindung mit Anhang 4 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014 dahingehend auszulegen ist, dass die Verwendung des Formblatts IV bei einer Anmeldung einer Bescheinigung fakultativ ist. Diese Feststellung spiegelt einmal mehr den Grundsatz wider, der als Grundlage des nationalen als auch des europäischen Erbrechts dient: Das Erbrecht ist seiner Natur nach in der Autonomie der Betroffenen verwurzelt.

⁴⁸ Siehe dazu A. Bonomi/P. Wautelet, „Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2011“, Bruylant, Bruxelles, 2e édition, 2016, p. 814. Demnach wäre es sogar vorstellbar, dass ein Antrag mündlich gestellt wird, wobei dies jedoch aus Rechtssicherheitsgründen zu vermeiden ist.

4. Sonstige Fragen zum anwendbaren Recht und Definition unterschiedlicher Begrifflichkeiten aus der Erbrechtsverordnung

Zur bestehenden Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Erbrechtsverordnung sind noch die Urteile C-658/17 WB⁴⁹ und C-80/19, E.E.⁵⁰ anzuführen.

In WB ging es um die Klarstellung wichtiger Begriffe aus der Erbrechtsverordnung. In seinem Urteil vom 23. Mai 2019 stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass der Begriff „Gericht“ gemäß der Erbrechtsverordnung jede Justizbehörde sowie jede andere Behörde und jeden anderen Angehörigen der Rechtsberufe, die für Erbsachen zuständig sind und gerichtliche Aufgaben wahrnehmen oder aufgrund einer Befugnisübertragung einer Justizbehörde oder unter der Aufsicht einer Justizbehörde handeln, umfasst, vorausgesetzt, dass diese anderen Behörden und Angehörigen der Rechtsberufe Garantien hinsichtlich ihrer Unparteilichkeit und des Rechts aller Parteien auf Anhörung bieten und dass die Entscheidungen, die sie nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem sie ihre Aufgaben wahrnehmen, treffen, vor einer Justizbehörde angefochten oder von einer solchen Behörde überprüft werden können und die gleiche Rechtskraft und Wirkung haben wie eine von einer Justizbehörde in derselben Angelegenheit getroffene Entscheidung.

Nachdem der Gerichtshof festgestellt hatte, dass das Fehlen einer polnischen Mitteilung der Ausübung gerichtlicher Funktionen durch die Notare lediglich ein Indiz ist und nicht ausschließt, dass diese gerichtliche Funktionen ausüben, sofern sie die in der Verordnung vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen, hat er geprüft, ob ein Notar, der auf gemeinsamen Antrag aller am notariellen Verfahren Beteiligten einen Erbschein erstellt, gerichtliche Funktionen im Sinne der Verordnung ausübt. Er vertrat die Auffassung, dass die Ausübung der gerichtlichen Funktionen die Befugnis einschließt, über mögliche Streitpunkte zwischen den Parteien eigenverantwortlich zu entscheiden. Damit man davon ausgehen kann, dass eine Behörde in Anbetracht der Besonderheit der von ihr ausgeübten Tätigkeit eine Rechtsprechungsfunktion ausübt, muss sie die Befugnis haben, über einen möglichen Rechtsstreit zu entscheiden. Dies ist nicht der Fall, wenn die Zuständigkeit des betreffenden Berufsangehörigen allein vom Willen der Parteien abhängt. Da die notarielle Tätigkeit im Zusammenhang mit der Erteilung von Erbscheinen auf Antrag aller Beteiligten erfolgt und die Befugnisse des Richters bei fehlender Einigung der Parteien unberührt bleiben, üben die polnischen Notare keine Entscheidungsbefugnis aus. Da ein Erbschein nicht von einem Gericht erteilt wird, stellte er somit keine „Entscheidung“ in Erbsachen im Sinne dieser Verordnung dar.⁵¹

⁴⁹ EuGH Urteil vom 23. Mai 2019, WB, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444.

⁵⁰ EuGH Urteil vom 16. Juli 2020, E.E. (Gerichtliche Zuständigkeit und auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendendes Recht), C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569. Für einen Bericht dazu siehe *O. Remien*, Die Europäische Erbrechtsverordnung und die vielen Fragen der europäischen Rechtsprechung – fünf Jahre nach Inkrafttreten, in IPRax 2021, 329 ff., 330.

⁵¹ Randnummer 50 bis 64 des Urteils in WB.

Zur Frage, ob eine von einem Notar auf Antrag aller Beteiligten eines notariellen Verfahrens ausgestellte Urkunde über die Bestätigung der Erbenstellung eine „öffentliche Urkunde“ darstellt, stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass nach polnischem Recht Notare befugt sind, Urkunden über einen Erbfall zu errichten, und dass diese Schriftstücke als öffentliche Urkunden förmlich registriert werden. Zweitens betonte das Gericht, dass diese Schriftstücke die gleiche Wirkung hatten wie eine endgültige Erbschaftsanordnung. Darüber hinaus führt der Notar Prüfungen durch, die ihn dazu veranlassen können, die Ausstellung eines Erbscheins zu verweigern, so dass sich die Echtheit des Scheins auf seine Unterschrift und seinen Inhalt bezieht. Folglich wurde ein solches Schriftstück als eine öffentliche Urkunde im Sinne dieser Verordnung eingestuft.⁵²

Ebenso um die Qualifizierung von Notaren als „Gerichte“ und von Erbscheinen als „öffentlicher Urkunde“ im Sinne dieser Verordnung ging es in dem Urteil von 16. Juli 2020, in der Rechtsache C-80/19, E.E., dieses Mal jedoch in einem litauischen Kontext.⁵³

Die Zweifel des vorlegenden Gerichts betrafen insbesondere die Frage, ob die litauischen Notare für den Fall, dass sie nicht als „Gerichte“ qualifiziert werden können, an die Zuständigkeitsregeln des Kapitels II der Erbrechtsverordnung gebunden sind, um die Einheit des Nachlasses zu gewährleisten, und ob sie vor der Erteilung eines nationalen Erbscheins bestimmen müssen, welche Gerichte gegebenenfalls nach diesen Bestimmungen zuständig wären. Der Gerichtshof stellte dazu klar, dass der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsnachfolge nicht absolut ist, wie sich in der Tat aus mehreren Bestimmungen der Erbrechtsverordnung ergibt. Der Gerichtshof entschied, dass, sollte das vorlegende Gericht der Auffassung sein, dass die litauischen Notare nicht als „Gerichte“ im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 der Erbrechtsverordnung bezeichnet werden können, unterlägen diese Notare weder den Zuständigkeitsvorschriften dieser Verordnung noch müssten sie nach den Bestimmungen des Kapitels II dieser Verordnung bestimmen, welche Gerichte gegebenenfalls für eine Entscheidung zuständig sind.

Im Urteil UM vom 9. 9. 2021 auf Vorlage des Obersten Gerichtshofes Österreichs klärte der EuGH den Begriff „Erbvertrag“ i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Buchst. B) der Verordnung.⁵⁴ Beim Abschluss eines Vertrags im Jahr 1975 über die Verwendung einer Liegenschaft in Österreich, für den österreichisches Recht als anwendbar bestimmt worden war, hatten alle Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Das vorlegende Gericht wollte wissen, ob der Vertrag als Erbvertrag anzusehen und ob das im Vertrag gewählte österreichische Recht aufgrund der Übergangsbestimmungen der Erbrechtsverordnung anwendbar sei, insbesondere i. S. v. Art. 83 Abs. 2.

⁵² Pkt. 66 bis 72 des Urteils in WB.

⁵³ EuGH Urteil v. 16. 7. 2020, E.E., C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569.

⁵⁴ EuGH Urteil v. 9. 9. 2021, UM, C-277/20, ECLI:EU:C:2021:708.

Der EuGH bejahte die erste Frage klar. Ein Vertrag, in dem eine Person vorsieht, dass bei ihrem Tod das Eigentum an einer ihr gehörenden Liegenschaft übertragen wird und damit anderen Parteien dieses Vertrags Rechte an ihrem künftigen Nachlass einräumt, stellt einen Erbvertrag im Sinne der EuErbVO dar. Zwar schließt diese in Art. 1 Abs. 2 Buchst. g unentgeltliche Zuwendungen von ihrem Anwendungsbereich aus. Diese Ausnahme ist allerdings eng auszulegen. Deshalb fällt eine in einer Nachlassvereinbarung vorgesehene Bestimmung, die wie eine „unentgeltliche Zuwendung“ in einer Schenkung besteht, aber erst mit dem Tod des Erblassers wirksam wird, unter den Anwendungsbereich der EuErbVO.

Hingegen konnte der Erbvertrag dem EuGH zufolge nicht das österreichische Recht für im anhängigen Verfahren anwendbar erklären, da der Erbvertrag vor dem Inkrafttreten der Verordnung am 17. 8. 2015 geschlossen wurde und die Ausnahmebestimmung von Art. 83 Abs. 2 nicht anwendbar war. Diese betrifft nämlich, wie es der EuGH im Urteil E.E. hervorgehoben

hatte, die Wahl des anzuwendenden Rechts für die gesamte Rechtsnachfolge und nicht, wie im vorliegenden Fall, für einen spezifischen Erbvertrag. Diese Frage, die auch das Prinzip des *favor testamenti* betrifft, wurde vorher in der Wissenschaft kontrovers diskutiert.⁵⁵

In einer anderen, ebenfalls aus Österreich eingereichten Rechtssache, C-301/20, *Succesion de VJ* (Verlassenschaft des V.J.), stellten sich spezifische Fragen der Wirksamkeit und Wirkungen eines in Spanien erlassenen Nachlasszeugnisses.⁵⁶

Diese Vorlage erfolgte im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen den Erben (Sohn und Tochter) eines Verstorbenen mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien und der Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG, einer Bank mit Sitz in Österreich, wegen eines Anspruchs auf Rückgabe eines Geldbetrags und von Wertpapieren, die der Erblasser in gerichtliche Verwahrung gegeben hat.

Die Bank hatte die Hinterlegung dieser Geldsumme und dieser Wertpapiere beantragt, nachdem der Vater der Kläger und sein Sohn die Rückgabe dieser Vermögenswerte beantragt hatten. Zur Begründung dieser Hinterlegung hatte sie konkurrierende Rechte eingewendet, deren Begründetheit streitig war. In diesem Zusammenhang weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass diese Vermögenswerte nur dann zurückgegeben werden können, wenn der Sohn und die Tochter einen gemeinsamen Antrag bei Gericht stellen oder ein Gerichtsbeschluss vorliegt. Nach dem Tod des Vaters im Mai 2017 wurde das Erbschaftsverfahren vor einem Notar in Spanien nach spanischem Recht abgewickelt. Der Sohn und die Tochter des Verstorbenen, Rechtsnachfolger ihres Vaters, beantragten daraufhin die Rückgabe des Vermögens mit der Begründung, dass sie jeweils zur Hälfte Erbe seien. Sie legten dem Gericht der ersten Instanz eine von einem spanischen Notar beglaubigte Kopie eines Euro-

⁵⁵ Siehe auch *F. Biltgen*, op.cit, S. 245.

⁵⁶ EuGH Urteil v. 1. 7. 2021, UE und HC ./ Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG – Verlassenschaft des VJ, VJ, C-301/20, ECLI:EU:C:2021:528.

päischen Nachlasszeugnisses vor. Dieses Dokument, das nur von der Tochter des Verstorbenen beantragt wurde, enthält unter der Überschrift „gültig bis“ die Anmerkung „unbefristet“. Der Sohn des Erblassers ist in Formblatt V der Anlage 4 neben dem Namen der Tochter als Erbe der Hälfte der Erbschaft genannt.

Das erstinstanzliche Gericht und das Berufungsgericht wiesen diesen Anspruch zurück. Das vorlegende Gericht stellte nunmehr Vorlagefragen, die darauf hinauslaufen, die Wirksamkeit dieses Europäischen Nachlasszeugnisses zu klären. Die Ausstellung einer solchen Bescheinigung ohne zeitliche Begrenzung könnte nämlich der Anforderung widersprechen, für die Bearbeitung dieser Bescheinigung eine begrenzte Gültigkeitsdauer von sechs Monaten vorzusehen. Außerdem ist fraglich, ob die Bescheinigung zum Zeitpunkt der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts noch gültig sein muss, sowie, ob der Sohn auch von der Legitimationswirkung dieser Bescheinigung profitieren kann, da nur die Tochter diese beantragt hatte.

In seinem Urteil vom 1.7.2021 hat der Gerichtshof auf die erste und die dritte Frage geantwortet, dass Art. 70 Abs. 3 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass die beglaubigte Abschrift eines Europäischen Nachlasszeugnisses, die mit dem Vermerk „unbefristet“ versehen ist, für die Dauer von sechs Monaten ab dem Ausstellungsdatum gültig ist und ihre Wirkungen im Sinne von Art. 69 dieser Verordnung entfaltet, wenn sie bei ihrer erstmaligen Vorlage gültig war. Und auf die zweite Frage wurde geantwortet, dass Art. 65 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 69 Abs. 3 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass sich die Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses gegenüber allen dort namentlich genannten Personen entfalten, auch wenn sie seine Ausstellung nicht selbst beantragt haben.

Der Begriff „Gericht“ spielt in der Rechtsprechung des EuGH nicht nur, aber letztlich vor allem in der Frage der Unabhängigkeit der Justiz eine große Rolle und entscheidet über die Befugnis i. S. v. Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidungsfrage stellen zu können. In seinem Beschluss OKR vom 1.9.2021 verwehrte der EuGH einem polnischen Notarvertreter diese Zuständigkeit, da er keinen Rechtsstreit zu entscheiden und keine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter zu treffen hat, also keine Rechtsprechungstätigkeit ausübt.

IV. Anhängige Rechtssachen – Blick in die Zukunft

Nach dieser Analyse der bisherigen Rechtsprechung, die die Grundlagen der Auslegung der Erbrechtsverordnung gelegt hat und damit zur Ausbildung dieses Bereiches auf europarechtlicher Ebene beigetragen hat, wird im Folgenden anhand einer Darstellung der anhängigen Rechtssachen eine Art Blick in die Zukunft verschafft mit dem Ziel, anzudeuten, welche Fragen sich immer noch stellen und welche Schwierigkeiten nationale Gerichte mit der Auslegung dieser Verordnung begegnen.

Ein erster Streitpunkt zwischen den EU-Mitgliedstaaten, der bereits in Form des Verfahrens *Registru centras* vor der EuGH gelangt ist,⁵⁷ ist die Art und Weise, wie der Europäische Erbschein ausgefüllt werden muss, um seine vollständige Wirkung zu entfalten. Eine bekannte Praxis deutscher Notare ist es, den Teil, der sich auf die zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte bezieht, nicht auszufüllen. Dies widerspricht dem in der Verordnung festgelegten Grundsatz, dass der Europäische Erbschein alle Aspekte enthalten sollte, die in seinen rechtlichen Geltungsbereich fallen, vom Petenten beantragt und der ausstellenden Behörde nachgewiesen werden.

Der Fall vor dem Gericht betrifft die Wirkungen einer solchen Bescheinigung, die dennoch dem litauischen Grundbuch vorgelegt wurde, wo es nur einen Erben des Verstorbenen gab. Während dieser Fall nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Szpunar,⁵⁸ ausgehend vom Grundsatz der Wirksamkeit des Europäischen Erbscheins, günstig gelöst werden kann, bleibt die Frage offen, wenn es mehr als einen Erben gibt oder es sich nicht um eine betroffene Immobilie handelt. Vielleicht wird der Gerichtshof in naher Zukunft, sofern sich die Praxis nicht ändert, die einheitliche und universelle Anwendung der Verfahrensregeln für die Ausstellung des Europäischen Erbscheins in allen Mitgliedstaaten unterstreichen müssen.

Ein weiteres sehr relevantes Thema heutzutage angesichts der massiven Bevölkerungsbewegungen, die von außerhalb der Europäischen Union stattfinden (sowohl im Kontext der Ukraine-Krise, aber auch der allgemeinen Migrationsmuster), ist das Verhältnis der Verordnung zu bilateralen Verträgen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten, die besondere Regelungen zur Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht in Erbsachen vorsehen.

Während der in der Verordnung formulierte Grundsatz klar ist, dass bereits bestehende bilaterale Verträge respektiert werden und gegenüber Drittstaaten in Kraft bleiben müssen, basieren deren Bestimmungen in der Regel auf einer früheren, traditionellen Auffassung von Zuständigkeit und anwendbarem Recht, in der Regel einer Teilung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen sowie die Verwendung der Staatsbürgerschaft als wichtiges Anknüpfungselement, was gegen die Hauptgrundsätze der Verordnung verstößt.

Diese Frage wurde dem EuGH bereits im Fall OP⁵⁹ vorgelegt, wo das ersuchende Gericht fragt, ob sich Artikel 22 tatsächlich auf das Recht von Drittstaaten erstreckt. Interessanterweise wird auch gefragt, ob ein Drittstaatsangehöriger, in Bezug auf Artikel 75 der Verordnung, eine Rechtswahl machen kann, wenn ein bereits bestehender bilateral Vertrag mit einem Drittstaat tatsächlich keine Möglichkeit für ein

⁵⁷ EuGH Rs. C-354/21.

⁵⁸ ECLI:EU:C:2022:587.

⁵⁹ Rs. C-21/22 – OP. Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist die Prüfung einer durch OP eingelegten Beschwerde gegen die Ablehnung der Vornahme einer notariellen Amtshandlung durch einen Notarvertreter in Polen, nämlich die Erstellung eines notariellen Testaments im Namen einer ukrainischen Staatsangehörigen, mit dem für die Rechtsnachfolge von Todes das ukrainische Recht gewählt und die ukrainische gesetzliche Erbfolge modifiziert werden sollte.

Rechtswahl vorsieht. Es geht mit anderen Worten darum, ob Artikel 22 der Verordnung in Bezug auf Drittstaatsangehörige Vorrang vor den gegenteiligen Bestimmungen bereits bestehender bilateraler Verträge hat oder nicht.

Schließlich ist ein wesentlicher Aspekt bei der Auslegung der Verordnung noch nicht bei dem Gericht angekommen, nämlich die Frage nach den Grenzen des *ordre public*-Vorbehalts bei der Anwendung der *lex successionis*. Dies betrifft insbesondere die Einrichtung des Pflichtteils oder Noterbrechts (reservierter Teil), der den gesetzlichen Erben in den meisten kontinentalen Rechtsordnungen zusteht. Während sowohl die Lehre als auch die Praxis darin übereinstimmen, dass ein Unterschied in der Höhe, dem Mechanismus oder dem System der Zuteilung des reservierten Anteils nicht der öffentlichen Ordnung eines europäischen Forums widersprechen kann, ist die Frage offen, ob das vollständige Fehlen des Pflichtteils in dem anwendbaren Recht einen Verstoß gegen den *ordre public* darstellen kann. Wichtig wäre auch, ob diese Frage der öffentlichen Ordnung eine national geregelte Angelegenheit bleiben kann und somit von Gericht zu Gericht unterschiedlich ausgelegt werden kann, oder als europäisch-autonome Auslegungsfrage zu sehen ist – und ob im letzteren Fall der Europäische Gerichtshof eine klare Abgrenzung vornehmen sollte, die Grenzen und Bedingungen der Anwendung des Ordre-Public-Vorbehalts konkretisiert.

V. Schlussfolgerungen

Die EU-Rechtsprechung zum Erbrecht ist noch am Anfang. Die Fragen sind typisch für die Situation, wenn sich ein neues Rechtsinstrument ausbildet und erstmal die Grundlagen für das System geschaffen werden müssen: Fragen zur Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten und Instrumenten, Definition der Grundbegrifflichkeiten, Identifizierung der Akteure, die mitspielen können. Man kann jedoch beobachten, dass die neueren, anhängigen Rechtssachen immer komplexere und nuancierte Rechtsfragen aufwerfen, so dass von einer klaren Entwicklung des europäischen Erbrechts gesprochen werden kann. Dabei kann man in allen Rechtssachen die enge Verbindung zwischen der Erbrechtsverordnung der EU und den nationalen Begriffen und Einflüssen, die mitspielen, beobachten.

Die Vorlagefragen, oder besser gesagt, die vorlegenden Gerichte, geben auch Auskunft darüber, mit welchen Problemen die Praxis konfrontiert wird und können auch darauf hinweisen, an welchen Stellen der europäische Gesetzgeber die Rechtsinstrumente noch ausbauen sollte. Leider ist zur Zeit der Bereich des Internationalen Familien- und Erbrechts auch recht atomisch gestaltet, eine Gesamtkodifikation fehlt und scheint angesichts der unterschiedlichen Teilnahme der Mitgliedstaaten an dieser Kooperation auch nicht in der nahen Zukunft möglich zu sein.

Daher ist es von großer Bedeutung, dass die nationalen Richter ihre Rolle in der Ausbildung dieses Bereiches und ihrer Bedeutung als europäische Richter im Dialog mit dem EuGH wahrnehmen und durch gut formulierte und durchdachte Vorlagefra-

gen dazu beitragen, dass das europäische Erbrecht weiterentwickelt wird und dass die Erbrechtsverordnung der EU, mit ihren nationalen Einflüssen und Besonderheiten, ein lebendiges und hilfreiches Instrument des Internationalen Privatrechts und des EU-Rechts als Ganzes wird.⁶⁰

⁶⁰ Für verschiedene Beispiele einer richtigen Anwendung der EU-Verordnung in der rumänischen Rechtsprechung, siehe *I.-L. Vlad*, *Succesiuni internationale*, ed. II-a, Universul Juridic, Bucuresti 2020.

Überlegungen zur Anwendung der Europäischen Erbrechtsverordnung in Rumänien

Von Dan Andrei Popescu

I. Einführung

Mehr als jeder andere Bereich des Privatrechts ist das Erbrecht Ausdruck nationaler Besonderheiten und Traditionen, denn „Familien- und Erbrecht sind in besonderem Maße historisch gewachsene, kulturell wie religiös verwurzelte, durch unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Verhältnisse geprägte Rechtsmaterien“.¹ Das ist der Grund, weshalb das Erbrecht nicht von den „Vereinheitlichungen“ betroffen war, die dem Prozess der europäischen Einigung eigen sind. Dieses bedeutet wiederum, dass wir nicht von einem *Ius successionis europaeum*, sondern eher von einem europäischen Recht der internationalen Erbschaft auf der Grundlage der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sprechen.² Wie bereits treffend dargelegt, sollte in diesem Kontext jedoch nicht der Versuch einer Verabsolutierung gemacht werden. Auf europäischer Ebene zumindest gehört die Tradition des nationalen Erbrechts einem sich entwickelnden europäischen Rahmen an. Die einzelstaatlichen Reformgesetze haben häufig einander beeinflusst, indem sie Trends, die von den sozialen und wirtschaftlichen Entwicklungen des jeweiligen Zeitraums bestimmt waren, aufgegriffen haben und dadurch zu flexiblen erbrechtlichen Vorschriften entwickelten. Aus dieser Perspektive heraus könnte, wie bereits gezeigt, von einem unbestreitbaren europäischen Einfluss gesprochen werden, der insbesondere in der Rechtsvergleichung zum Ausdruck kommt und auf die Funktionsfähigkeit der Regeln ausgerichtet ist:

„Diese überkommene Sichtweise ist in jüngerer Zeit jedoch ins Wanken geraten. Auch die Tradition des Erbrechts ist nämlich zu einem guten Teil eine gemeineuropäische, und be-

¹ Nina Dethloff, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität: Perspektiven für die Forschung, ZEuP 15 (2007), S. 994. Ebenso A. Vaquer, The Law of Successions, in: Mauro Bussani/Franz Werro (Hrsg.), European Private Law: A Handbook, Band I (2009), S. 557: „[s]uccession law is deeply rooted in the fundamental social and cultural values of a society“.

² Veröffentlicht im Amtsblatt L 201, vom 27.07.2012 S. 0107–0134.

stimmte soziale und wirtschaftliche Faktoren haben in den letzten Jahrzehnten grenzübergreifend zu einem Funktionswandel des Erbrechts geführt. Dadurch ist das Erbrecht international in einer Reihe von Punkten in Bewegung gekommen. Zudem sind die Ermittlung des ‚besseren Rechts‘ und Rechtsvereinheitlichung keineswegs die einzigen Ziele rechtsvergleichender Forschung. Vielmehr kann es auch gerade darum gehen, die These von der kulturellen Prägung des Erbrechts zu überprüfen (und, sollte sie sich bestätigen, zu konkretisieren). Vergleichende Forschung sollte dabei stets Hand in Hand gehen mit rechtshistorischer Arbeit, ist es doch in der Regel die historische Perspektive, die die Gemeinsamkeiten und Unterschiede erklärt, mit denen wir heute konfrontiert sind. In diesem Sinne ist vor zwei Jahren eine internationale Forschungsgruppe zur historisch-vergleichenden Erforschung von Grundfragen des Erbrechts gegründet worden. Deren erstes Arbeitsprojekt betraf die Testamentsformen, und der daraus entstandene Band ist soeben erschienen. Auf dieser Grundlage sind zunächst die historischen Linien nachzuzeichnen. Es folgen, daran anknüpfend, eine Reihe allgemeiner Beobachtungen zur (vermeintlichen oder tatsächlichen) kulturellen Prägung des Erbrechts. Diese Beobachtungen führen schließlich zu Savigny, dessen Gedächtnis diese Vorlesung ja gewidmet ist.“³

Nachstehend befassen wir uns mit drei besonderen Fragen der Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 in Rumänien: was fällt unter Art. 25 der Verordnung und welche sind dessen Auswirkungen, insbesondere die Anpassung und Einbeziehung eines Erbvertrags, welcher einem ausländischen Recht unterliegt, das ihn zulässt, wenn das auf den Erbfall anwendbare Recht das rumänische Recht ist; die mögliche Anwendbarkeit des § 1371 BGB in Rumänien; und schließlich die Ausstellung von nationalen Erbscheinen bei internationalen Erbfällen.

II. Die Anpassung der Wirkungen von Erbverträgen unter Berücksichtigung der Grundsätze der Lex successionis

Es ist bekannt, dass nicht alle nationalen Rechtssysteme diese Art von Vertrag schätzen. Werden jedoch Erbverträge anerkannt und geregelt – wie das im deutschen Recht der Fall ist –, bedarf es in der Regel der Erbeinsetzung oder der Vermächtnisse, um über das Vorliegen einer solchen Verfügung von Todes wegen sprechen zu können. Mit anderen Worten erfüllt der vorweggenommene Erbverzicht (die Eröffnung liegt noch nicht vor) unter diesem Gesichtspunkt nicht die Voraussetzung eines *Pactum successorium* (lat. für Erbvertrag).

Das Konzept des „Erbverzichts“ im deutschen Recht ist ein Sammelbegriff und betrifft den vorweggenommenen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht – den Verzicht im engeren Sinne, § 2346 Abs. 1 BGB) –, den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht

³ R. Zimmermann, Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur?/Testamentary Form Requirements: Arbitrary or Expression of a Legal Culture?, in: Max Planck Private Law Research Paper, No. 12/3, S. 6–7.

(Pflichtteilsverzicht), § 2346 Abs. 2 BGB, oder den Verzicht auf testamentarische und erbvertragliche Zuwendungen (Zuwendungsverzicht), § 2352 BGB).⁴

Die Verordnung hingegen beruht auf einer weiten Auslegung des Begriffs Erbvertrag. Diese ist für Länder kennzeichnend, welche der Anerkennung dieser Verträge ablehnend gegenüberstehen. Von daher versteht man unter diesem Begriff sowohl positive (institutive), als auch negative (Verzichts-)Verträge mit oder ohne Gegenleistung, die die vorweggenommene Absicht zum Ausdruck bringen, auf eine Erbschaft zu verzichten. So heißt es in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der Verordnung, dass der Erbvertrag „eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte an künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht;“ bezeichnet. Von daher wird in der Verordnung ein weit gefasster und umfassender Begriff des Erbvertrags verwendet, der nicht nur positive Erbverträge (*pactes positifs ou d'attribution*), sondern in gleichem Maße auch den vertraglichen Erbverzicht (*pactes de renonciation ou abdicatifs*) umfasst. Auch wechselseitige Testamente, d. h. Testamente, die auf die Gegenseitigkeit und Wechselbezüglichkeit des Willens der Mitunterzeichner beruhen (*wechselbezügliche Verfügungen*), werden in der Verordnung den Erbverträgen gleichgestellt. Im deutschen Recht werden diese von den Erbverträgen unterschieden, denn im Gegensatz zu letzteren behält der Wille des Erblassers seine einseitigen und grundsätzlich widerruflichen Züge. Angesichts des „Einverständnisses“ seitens der Mitunterzeichner und der Wechselbezüglichkeit ihres Willens, ein Testament zu errichten, hat der europäische Gesetzgeber diese jedoch im Hinblick auf die Bestimmung des anwendbaren Rechts mit Erbverträgen gleichgestellt.

Artikel 25 der Verordnung (Erbverträge), der das auf Erbverträge anwendbare Recht regelt, hat folgenden Wortlaut:

„(1) Die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen eines Erbvertrags, der den Nachlass einer einzigen Person betrifft, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, unterliegen dem Recht, das nach dieser Verordnung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre, wenn diese Person zu dem Zeitpunkt verstorben wäre, in dem der Erbvertrag geschlossen wurde.

(2) Ein Erbvertrag, der den Nachlass mehrerer Personen betrifft, ist nur zulässig, wenn er nach jedem der Rechte zulässig ist, die nach dieser Verordnung auf die Rechtsnachfolge der einzelnen beteiligten Personen anzuwenden wären, wenn sie zu dem Zeitpunkt verstorben wären, in dem der Erbvertrag geschlossen wurde.

Die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen eines Erbvertrags, der nach Unterabsatz 1 zulässig ist, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, unterliegen demjenigen unter den in Unterabsatz 1 genannten Rechten, zu dem er die engste Verbindung hat.

⁴ Zur Weiterentwicklung des Themas, s. S. Seeger, Erbverzicht im neuen europäischen Kollisionsrecht, Mohr Siebeck, 2018, S. 8–9.

(3) Ungeachtet der Absätze 1 und 2 können die Parteien für die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen ihres Erbvertrags, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, das Recht wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Artikel 22 unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können.“

Es ist daher zu unterscheiden zwischen der Zulässigkeit des Erbvertrags und seinen Gültigkeitsbedingungen (einschließlich der Verbindlichkeit *zwischen den Parteien* und der Kündigungsgründe) einerseits und den Wirkungen des Vertrags *Dritten gegenüber* andererseits. Während für erstere aus Gründen der Vorhersehbarkeit bei einseitigen Verträgen das hypothetische Erbrecht gilt, d. h. das Recht, welches nach der Verordnung „auf die Rechtsnachfolge der betreffenden Person anwendbar wäre, wenn diese am Tag des Abschlusses des Vertrags verstorben wäre“ (Artikel 25 Absatz 1), werden die Wirkungen gegenüber Dritten – d. h. gegenüber den am Vertragsabschluss nicht beteiligten Personen, mit ihren begründeten Ansprüchen (die Pflichtteilsberechtigten) – dem Erbrecht oder aber dem Recht unterliegen, das für die Erbschaft „letztendlich“ maßgebend ist: das Gesetz vom letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers bzw. das von ihm gemäß Artikel 22 gewählte Recht.

Bei bilateralen oder multilateralen Verträgen müssen diese, da sie die Wirkungen von zwei oder mehr Todesfällen regeln, von allen hypothetischen Erbrechtsordnungen zugelassen werden, die für alle Personen gelten, deren Tod durch den betreffenden Erbvertrag geregelt wird, d. h. von allen Rechtsordnungen, die „auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen aller betroffenen Personen anwendbar wären“ (Artikel 25 Absatz 2). Darüber hinaus werden bei diesen Arten von Verträgen die Gültigkeit, die Verbindlichkeit zwischen den Unterzeichnenden und die Voraussetzungen für die Beendigung des Vertrags durch ein einziges Recht geregelt. Dieses ist das Recht, welches je nach den Umständen am engsten mit dem Vertrag verbunden ist unter dem hypothetischen Erbrecht einer jeden am Abschluss des Vertrags beteiligten Parteien. Mit anderen Worten: Es ist Sache des Gerichts oder der Person, die für die Lösung der Rechtskollision zuständig ist, dieses Recht zu bestimmen. Es sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber keine Regeln oder Kriterien aufstellt, anhand derer die Nähe eines Erbrechts zu einem bilateralen oder insbesondere multilateralen Vertrag festgestellt werden kann. Berücksichtigt werden könnten beispielsweise Umstände wie: die Staatsangehörigkeit der Unterzeichner des Vertrags oder mehrerer Unterzeichner, der gewöhnliche Aufenthalt aller oder mehrerer Parteien, der Ort, an dem sich der Großteil des Vermögens befindet usw. Die Beurteilung der engsten Verbindung ist nicht selten ein relativer und subjektiver Vorgang, der in hohem Maße von dem zu diesem Zweck angerufenen Gericht abhängt.

So wird der europäische Gesetzgeber viel strenger sein bei der Festlegung der Zulässigkeit von Verträgen, die das „Vermögen“ mehrerer Personen betreffen; er wird die Bedingung stellen, dass „alle betroffenen Gesetze“ den Abschluss des Vertrags zulassen. Schließt beispielsweise ein Ehemann deutscher Staatsangehörigkeit, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, mit seiner Ehefrau rumänischer Staatsangehörigkeit, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Rumänien hat, einen sol-

chen Erbvertrag, so wird der Vertrag als nichtig angesehen, da er nach rumänischem Erbrecht nicht zulässig ist. Wird hingegen ein Erbvertrag zwischen zwei Ehegatten rumänischer Staatsangehörigkeit geschlossen, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, so wird dieser als zulässig und gültig angesehen, da das hypothetische Erbrecht beider Ehegatten (das deutsche Recht) den Vertrag anerkennt und diesen für gültig hält. Dies gilt natürlich nur insoweit, als die Ehegatten nicht das rumänische Recht nach Artikel 22 gewählt haben.⁵

Schließlich enthält Artikel 25 Absatz 3 eine Validierungsklausel, wonach gemäß Artikel 22 das Recht gewählt werden kann, welches auf den Vertrag Anwendung finden soll. Die Parteien können sich entscheiden für das Recht des Staates, deren Staatsangehörige sie sind oder dessen Staatsangehörigkeit einer von ihnen besitzt, wenn dieses Recht den Vertrag als zulässig und gültig anerkennt. Auf diese Weise haben die unterzeichnenden Parteien die Möglichkeit, entweder einen Erbvertrag für gültig zu erklären, der nicht von allen beteiligten Rechtsordnungen anerkannt wird, oder die Unsicherheit zu beseitigen, die durch die Anwendung des Rechts der engsten Verbindung entsteht, wie es in Absatz 2 vorgesehen ist. Es ist aber in der Tat möglich, dass in diesem Fall bestimmte im Abkommen geregelte erbrechtliche Fragen – die die Übertragung des Nachlasses der anderen Partei (deren Recht nicht gewählt wurde) betreffen – in keinen relevanten Zusammenhang mit dem Erbfall stehen.

Artikel 25 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 (Europäische Erbrechtsverordnung, Eu-ErbVO) unterwirft – aus Gründen der Vorhersehbarkeit – die Zulässigkeit, die Voraussetzungen für die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung zwischen den Parteien von Erbverträgen, einschließlich der Voraussetzungen für ihre Beendigung – unabhängig von ihrer Art (mit oder ohne Gegenleistung) und ihrer Form (ein- oder zweiseitig) – dem hypothetischen Erbstatut, d. h. dem Recht, welches auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden wäre, wenn sie am Tag des Vertragsabschlusses eröffnet worden wäre (Errichtungsstatut, Artikel 25). Man gehe davon aus, dass zwischen zwei rumänischen Staatsangehörigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, ein belastender Erbvertrag in Deutschland

⁵ Aufgrund der bindenden Wirkung der Erbverträge, die ab dem Zeitpunkt ihres Abschlusses eintritt, muss das für sie geltende Recht ab diesem Zeitpunkt bekannt sein. Deswegen kann der Erblasser in diesem Fall nicht das Recht seiner künftigen Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt seines Todes als auf den Vertrag anwendbar wählen, da dieses Recht zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags nicht bekannt ist. Diese Schlussfolgerung lässt sich auch aus dem Wortlaut von Erwägungsgrund 51 der Verordnung ableiten: „Wird in dieser Verordnung auf das Recht Bezug genommen, das auf die Rechtsnachfolge der Person, die eine Verfügung von Todes wegen errichtet hat, anwendbar gewesen wäre, wenn sie an dem Tag verstorben wäre, an dem die Verfügung errichtet, geändert oder widerrufen worden ist, so ist diese Bezugnahme zu verstehen als Bezugnahme entweder auf das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der betroffenen Person an diesem Tag oder, wenn sie eine Rechtswahl nach dieser Verordnung getroffen hat, auf das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit sie an diesem Tag besaß.“ (u.H., DAP).

geschlossen worden ist. Nach einiger Zeit lassen sich die Parteien in Rumänien nieder, und eine der Vertragsparteien stirbt. Der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers war in Rumänien, weshalb der Erbfall dem rumänischen Erbrecht unterliegt (Art. 21 Eu-ErbVO). Dieses Gesetz wird unter anderem auch den Umfang des verfügbaren Anteils und des Pflichtteils bestimmen (Artikel 23 Absatz (2) Buchstabe h) Eu-ErbVO). Die rumänischen Gerichte, die das rumänische Erbrecht anwenden, werden einerseits die Zulässigkeit und Gültigkeit des in Deutschland geschlossenen belastenden Erbvertrags anerkennen müssen und andererseits in Bezug auf die Wirkungen des Vertrags gegenüber Dritten (Pflichtteilsberechtigten) dem rumänischen Recht genügen. Soweit sich der Vertrag auf den Pflichtteil auswirkt, stellt sich die Frage, wie der Richter vorgehen wird angesichts dessen, dass das rumänische Erbrecht in dieser Hinsicht nichts vorsieht; das rumänische System lehnt Verträge über die künftige Erbfolge ab, es regelt ausschließlich die Herabsetzung *übermäßiger Schenkungen* (nicht die vom Erblasser eingegangenen belastenden Rechtsgeschäfte). Der Richter wird in diesen Konstellationen allein einen Weg finden müssen, indem er die Wirkungen des in Deutschland geschlossenen belastenden Erbvertrags in das Denksystem des rumänischen Rechts integriert. Der Richter wird bei der Abwägung der Interessen der Pflichtteilsberechtigten und des durch die *Erbeinsetzung* eingesetzten Erben die Interessen der Vorbehaltsberechtigten befriedigen, indem er den vertraglichen Betrag auf die Höhe der Erbschaftsrücklage begrenzt. Mit anderen Worten, der Begriff „Herabsetzung der Schenkungen“ wird unseres Erachtens in einem weiteren Sinne ausgelegt, der auch Handlungen *mortis causa*, gleich welcher Art, einschließt, die unter dem Gesichtspunkt der Minderung den Schenkungen gleichgestellt werden. Es handelt sich dabei um eine begriffliche Angleichung mit integrierender Wirkung und nicht um eine identische rechtliche Regelung. Genauer gesagt, werden belastende Verträge in der Reihenfolge der Ermäßigung nach testamentarischen Schenkungen und Schenkungen ermäßigt. Wer durch Handlungen *mortis causa* Eigentum erwirbt, muss dieses „Risiko“ (*alea*) wissend eingehen, dass die Wirkungen nicht nur durch den Willen der Vertragsparteien, sondern auch durch die Bestimmungen des Erbrechts bestimmt werden. Der durch einen Erbvertrag eingesetzte Erbe, auch wenn dieser belastend ist, muss dem „*alea*“ unterliegen, welches mit der Übertragung von Todes wegen verbunden ist.

Die Tatsache, dass das rumänische Erbrecht keine Bestimmungen über Erbverträge enthält, bedeutet nicht, dass der Richter in diesem Fall nicht verpflichtet ist, den Zweck zu berücksichtigen, den der Gesetzgeber mit der Anordnung der Herabsetzung übermäßiger Schenkungen verfolgt. Von daher unterscheiden wir zwischen den Wirkungen zwischen den Parteien des Erbvertrags und den Wirkungen gegenüber den Pflichtteilsberechtigten. Für die Zulässigkeit, die Verbindlichkeit und die Wirkungen zwischen den Parteien gilt das Recht des Vertrages (*lex pacta*), d.h. das hypothetische Erbrecht, während die Auswirkungen der Wirkungen des Vertrages auf den Pflichtteil durch das Erbrecht (*lex successionis*) geregelt werden. Wie in der neueren spanischen Literatur gezeigt wurde,

„(l)a *sucesión pactada* es un modo de sucesión más, junto con la sucesión testada o abintestato. La admisión, y en palabras de algún autor la revitalización de la sucesión pactada en los ordenamientos de un nutrido grupo de los países de la Unión Europea ha llevado a incorporar su regulación en el ámbito del R. 650/2012 en particular en su artículo 25. Este precepto determina la ley aplicable a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes, incluidas las condiciones para su resolución. *Ahora bien, dicha ley no podrá menoscabar el derecho a las legítimas que quedarán establecidas por la ley que rige la sucesión*“.⁶

Es handelt sich um die Umsetzung eines Instituts, das dem rumänischen Recht (*lex fori*) unbekannt ist – oder genauer gesagt, dem es sogar ablehnend gegenübersteht. Diese Rechtstechnik, die darin besteht, die Wirkungen eines Instituts oder einer Rechtslage, die durch ein Gesetz einer anderen Rechtsordnung geregelt werden, in das Rechtssystem des Forumstaates zu übertragen, wird als „Anpassung“ bezeichnet, d. h. die *Anpassung* durch Umsetzung („transposition“). Sie besteht darin, die Ergebnisse der Kollision von Rechtsordnungen zu korrigieren, indem die Gültigkeit von Rechtshandlungen, die ausländischem Recht unterliegen, anerkannt wird, ihre Wirkungen aber mit den Bestimmungen eines anderen Rechts (in der Regel des Rechts des Forumstaates, *lex fori*) in Einklang gebracht werden, das den gesamten Sachverhalt regelt: „Anpassung bedeutet die Korrektur von widersprüchlichen Ergebnissen, die durch das Aufeinandertreffen von Rechtsordnungen hervorgerufen werden, die nicht aufeinander abgestimmt sind“.⁷ Wie soeben gezeigt wurde, führt das Nebeneinander mehrerer Rechtsordnungen häufig dazu, dass eine einheitliche Rechtsfrage bzw. zwei unterschiedliche, aber eng miteinander verbundene Rechtsfragen unterschiedlichen Kollisionsnormen unterliegen oder jedenfalls durch die unterschiedlichen Kollisionsnormen der Zuständigkeit verschiedener Rechtsordnungen zugewiesen werden.⁸ Ein Beispiel in diesem Sinne ist der Schutz des überlebenden Ehegatten durch die Vorschriften über die Abwicklung des ehelichen Güterstands, aber auch die Auswirkungen des Erbrechts, das sich häufig von dem des ehelichen Güterstands unterscheidet.⁹

⁶ A. P. Abarca Junco/M. Gómez Jene/M. Guzmán Zapater/M. Herranz Ballesteros/P. P. Miralles Sangro/E. Pérez Vera/M. V. Gómez-Urrutia, *Derecho Internacional Privado*, Libertas UNED, Madrid 2016, S. 603–604; u. H., D.A.P.).

⁷ Th. Rauscher, *Internationales Privatrecht. Mit Internationalem und Europäischem Verfahrnsrecht*, 3. Auflage, 2009, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, S. 125, Nr. 550.

⁸ J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Mohr Siebeck, 2004, S. 233: „Ein *Nebeneinander* mehreren Rechtsordnungen kann dadurch auftreten, daß eine *einheitliche* Rechtsfrage oder zwei *äußerlich getrennte*, aber im Grunde zusammenhängende Rechtsfragen von verschiedenen Kollisionsnormen erfaßt werden (...) oder jedenfalls vom Kollisionsrecht verschiedenen Rechtsordnungen zugewiesen werden“.

⁹ Ein berühmter Fall ist der des § 1371 BGB zum Ausgleich des Zugewinns, der dem Überlebenden eine Erhöhung seines gesetzlichen Erbteils um ein Viertel einräumt – weshalb der *Bundesgerichtshof* (BGH), *Beschluss des IV. Zivilsenats vom 13. 5. 2015*, IV ZB 30/14 beschloss, dass es Recht sei, welches auf den Güterstand anzuwenden ist; später jedoch änderte der EuGH in der Rechtssache C-558/16, Urteil vom 1. März 2018 die Einstufung als auf die *Lex successiois* bezogen (unserer Ansicht nach war das ein Fehler). Der Gerichtshof in

III. Nationale Erbscheine bei internationalen Erbfällen

Im Verfahren auf Betreiben von E. E. (C-80/19)¹⁰ nimmt sich der Europäische Gerichtshof in Luxemburg unter anderem vor, die Voraussetzungen zu klären, unter welchen Notare, die nicht unter den Begriff „Gericht“ im Sinne dieser Verordnung fallen, nationale Erbscheine in Erbfällen mit grenzüberschreitendem Bezug ausstellen können. Der Fall betrifft eine Verstorbene mit dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, deren Hinterlassenschaft einen einzigen Vermögensgegenstand (Immobilie) in Litauen umfasste. Die Verstorbene hatte ein Testament errichtet, in dem sie ihren einzigen Sohn aus einer früheren Ehe als Alleinerben („Universalver-

Luxemburg hat sich von den Wirkungen dieser Vorschrift – die im Bereich des Erbrechts in der Tat eintreten – blenden lassen und deren Ursache und Begründung außer Acht gelassen. Der zusätzliche Schutz, den der deutsche Gesetzgeber dem Überlebenden durch die vorgenannte Regelung zur Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft gewährt, richtet sich also künftig ausschließlich nach dem oft vom Erblasser gewählten Erbrecht und nicht nach dem von beiden Ehegatten für ihren Güterstand angenommenen Recht, nämlich der *Zugewinnsgemeinschaft* (dem gesetzlichen Güterstand in Deutschland). Der Begriff der „Anpassung“ drückt „die modifizierte Anwendung einer Rechtsordnung in einem internationalrechtlichen Fall“ (*ibidem*, S. 232) aus. Zu beachten ist, dass die „Anpassung“ nicht zur „Angleichung“ einer Rechtsordnung oder einer zu ihr gehörenden Rechtsnorm führt, da diese unangetastet bleiben, sondern nur die Anwendung der Norm im konkreten Fall betrifft, indem sie eine andere Gestalt erhält (*ibidem*). Für eine vergleichende Betrachtung von *Anpassung* (*Angleichung*) und *Durchsetzung* (Umsetzung), siehe S. Robak, Kulturelle Formationen des Lernens, Waxmann Verlag, 2012, S. 341–342. Siehe auch D. Bureau/H. M. Watt, *Droit international privé*, t. I, Partie générale, 4^e éd., PUF, 2017, S. 564: „La différenciation entre substitution et transposition permet cependant d’attirer l’attention sur deux aspects distincts de la coordination opérée. Dans le cas de la substitution, cette coordination passe par une interprétation du concept préjudiciel visé par la loi applicable à l’effet recherché, qui est destinée à déterminer le seuil des concessions qu’elle est prête à admettre pour que cet effet s’attache à une situation constituée dans des conditions autres que celles résultant de son droit interne. En revanche, la transposition suppose de faire vivre concrètement une situation, constituée sous l’empire d’une loi autre que la loi nouvelle appelée par la suite à en régir les effets. L’ajustement exigé de celle-ci n’est plus alors d’ordre conceptuel mais de nature matérielle ou technique“. Eine aktuelle und treffende Arbeit, die sich ausschließlich mit der Technik der Anpassung im Internationalen Privatrecht, mit ihrer Methode, ihrem Wesen, ihren Formen und ihren Auswirkungen befasst, ist: S. L. Gössl, Anpassung und EU-Kollisionsrecht, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ), Bd. 82 (2018), Heft 3, S. 619–652. Wir stimmen der Aussage der Autorin auf Seite 634 voll und ganz zu: „Die Anpassung zielt also darauf ab, die verlorene Kohärenz des EU-IPR durch die ausnahmsweise Abänderung des Kollisions- oder Sachrechts wiederherzustellen. Auf welche Weise dies zu erreichen ist, ergibt sich wiederum aus einer Abwägung zwischen den verschiedenen unionsrechtlichen und nationalen Interessen. Die Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten spricht für eine kollisionsrechtliche Anpassung: Die sachrechtliche Anpassung schafft (auch durch Veränderung einer bestehenden Norm) eine neue Sachnorm auf unionsrechtlicher Grundlage. Dies sollte vermieden werden: Eine Harmonisierung des Sachrechts durch die EU wird durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und das Subsidiaritätsprinzip begrenzt und gerade das EU-IPR dient der Wahrung der Diversität der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.“

¹⁰ EuGH 16.7.2020 – Rs. C-80/19 (E.E.), ECLI:EU:C:2020:569.

mächtnisnehmer“) eingesetzt hatte. Der Gerichtshof hat die Frage jedoch nicht vollständig geklärt, er hat sich auf den Sachverhalt des vorliegenden Falles beschränkt.

Der Gerichtshof scheint sich eher mit den Einzelheiten des Falles als mit dessen Echo und Auswirkungen oder Ruf zu befassen. Es sieht so aus, als würde dieser weniger Interesse haben, Hypothesen abzugrenzen und Regeln für die Zukunft festzulegen: er beschränkt sich auf eine gerechte Lösung in dem ihm vorgelegten Fall. Daraus ergibt sich in Zukunft aber das Risiko der Verwechslungen. Mit anderen Worten: werden lateinische Notare, die nicht unter den Begriff „Gericht“ im Sinne des Art. 4 dieser Verordnung fallen, Erbscheine unter allen Umständen und unter allen Voraussetzungen ausstellen können, wenngleich z. B. die internationale Erbfolge bereits von einem Gericht oder einem Notar – unabhängig von der Kategorie, zu welcher der Letztere gehört – in einem anderen Mitgliedstaat geregelt wurde? Wird einzig und allein der Umstand, dass die Grundlage der internationalen Zuständigkeit ausschließlich eine nationale ist, zu einer Ermessensbefugnis der Notare führen? Anders gesagt: was ein rumänisches Gericht nicht darf, kann einem rumänischen Notar gestattet werden.

Im vorliegenden Fall gibt es einen einzigen Gerichtsstand. Eine Zuständigkeitsverteilung zwischen der Behörde des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers und dem Notar des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Nachlassgegenstände belegen sind, kommt nicht in Betracht. Genauer gesagt: das Vermögen in Litauen ist das einzige Vermögen der Verstorbenen.

Hier stellt sich jedoch die Frage nach der Verdrängung der allgemeinen Regel der Zuständigkeit in Art. 4 der Verordnung vor dem Hintergrund „lokal“ bestehender Befugnisse, die nicht der Logik der Verordnung folgen, jedoch für die lateinischen Notare nach innerstaatlichem Recht anerkannt sind. Ist der gesamte Nachlass im Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats belegen, warum sollte nicht die Möglichkeit anerkannt werden, die Erben zu unterstützen, wenn diese in der Regel ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat haben und damit einverstanden sind, dass die Abwicklung der Erbfolge durch den lokalen Notar erfolgt, in dessen Bezirk sich das Nachlassvermögen befindet?

Zwar hat die Erblasserin im vorliegenden Fall nicht ausdrücklich das auf ihren Nachlass anwendbare Recht gewählt. Aber ihr Testament hat sie vor dem Inkrafttreten der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 von einem litauischen Notar beurkunden lassen. Der Eintritt des Erbfalls erfolgte jedoch erst nach Inkrafttreten der Verordnung, weshalb die Übergangsbestimmungen der Verordnung anwendbar sind.¹¹ Da das Testament vor dem 17. August 2015 nach dem Recht errichtet wurde, welches der Erblasser gemäß dieser Verordnung wählen konnte (d. h. das litauische Recht – Art. 22), gilt „dieses Recht als das auf die Rechtsfolge von Todes wegen anzuwendende ge-

¹¹ Gemäß Art. 83 (4) der Verordnung: „Wurde eine Verfügung von Todes wegen vor dem 17. August 2015 nach dem Recht errichtet, welches der Erblasser gemäß dieser Verordnung hätte wählen können, so gilt dieses Recht als das auf die Rechtsfolge von Todes wegen anzuwendende gewählte Recht.“

wählte Recht“.¹² Offen bleibt allerdings die Frage, was geschehen wäre, wenn die Übergangsbestimmungen des Art. 83 Abs. 4 der Verordnung nicht anwendbar gewesen wären. Mit anderen Worten: wenn sowohl das Testament als auch der Todestag der Verstorbenen nach dem 17. August 2015 liegen würden. Würde in dieser Konstellation eine stillschweigende Rechtswahl vorliegen, da die Erblasserin bei der Errichtung ihres Testaments auf die Bestimmungen des litauischen (und nicht des deutschen) Erbrechts verwiesen hat, das einzige Nachlassvermögen in Litauen belegen war und ihr Sohn – der eingesetzte Universalvermächtnisnehmer – seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Litauen hatte? Wir sind der Auffassung, dass die Antwort positiv ausfallen kann, insbesondere angesichts dessen, dass die Regeln für die Abfassung eines Testaments und die dafür verwendeten Begriffe – d. h. die Abfassungstechnik – dem litauischen und nicht dem deutschen Erbrecht eigen sind, da das letztere das „Universalvermächtnis“ nicht kennt, denn Vermächtnisse können nach deutschem Recht nur Einzelvermächtnisse sein. Anders gesagt, es wird zwischen Erbeinsetzung und Vermächtnis unterschieden. Für die Anerkennung einer stillschweigenden Rechtswahl könnte auch sprechen,¹³ dass die Erblasserin trotz ihres gewöhnlichen Aufenthalts in Deutschland eine enge Verbindung zu Litauen aufrechterhalten hat und häufig in dieses Land kam.

Andererseits ist in Fällen wie diesen die Nähe zum letztgenannten Land viel enger, weshalb die Erben berechtigt sind, bei der für die Lösung der Rechtskollision zuständigen Behörde die Anwendung des Erbrechts des Ortes zu beantragen, an dem sich die unbewegliche Sache befindet, einschließlich im Rahmen der Ausweichklausel. Dies auch insbesondere deshalb, weil die Verstorbene selbst ihr Testament auf der Grundlage des litauischen Erbrechts (d. h. des Erbrechts des Landes, in dem

¹² Siehe Pkt. 93 des Urteils vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-80/19: „Konkret gilt in dem Fall, dass eine Verfügung von Todes wegen vor dem 17. August 2015 nach dem Recht errichtet wurde, welches der Erblasser gemäß dieser Verordnung wählen konnte, gemäß dem genannten Art. 83 Abs. 4 dieses Recht als das auf die Rechtsfolge von Todes wegen anzuwendende gewählte Recht.“

¹³ In einem interessanten, kürzlich ergangenen Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 24.02.2021 wurde anerkannt, dass die Beurteilung der Frage, ob der Erblasser eine stillschweigende Rechtswahl für den Erbfall im Sinne von Art. 22 Abs. (2) der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 getroffen hat, autonom, nicht unter Bezugnahme auf das hypothetisch gewählte Recht zu erfolgen hat. BGH Beschluss v. 24.02.2021 – IV ZB 33/20, Rn. 18: „Für eine unionsautonome Auslegung der konkludenten Rechtswahl spricht schon der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 Alt. 2 EuErbVO. Hiernach muss sich die Rechtswahl aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben. Damit hat der Uniongesetzgeber bereits selbst eine Bestimmung des Begriffs der konkludenten Rechtswahl vorgegeben (NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 28). Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union folgt aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung – wie hier – nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-558/16, EU:C:2018:138, ZEV 2018, 205 Rn. 32 zur Qualifikation des § 1371 BGB).“ – BGH, Beschluss vom 24. Februar 2021 – IV ZB 33/20 –, juris.

die unbewegliche Sache belegen ist) und vor einem litauischen Notar errichtet hat. Demnach handelt es sich bei all diesen Hypothesen, wie bereits gesagt, um einen „abgeschwächten“ oder weniger relevanten gewöhnlichen Aufenthalt.¹⁴

Deswegen sind wir nicht der Auffassung, dass der Gerichtshof mit diesem Urteil die Absicht hatte, die Rechtsnachfolge aufzusplitteln, indem er die Zuständigkeit konkurrierender Behörden aus unterschiedlichen Gründen anerkannte.

Nationale Erbscheine (Nachlasszeugnisse) können in der Tat von den öffentlichen Notaren ausgestellt werden, die nicht unter den Begriff „Gericht“ im Sinne der Verordnung fallen, ungeachtet dessen, ob der Verstorbene seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hatte oder nicht (was den Gerichten jedoch nicht gestattet ist!). Diese einzelstaatliche Zuständigkeit darf aber nicht willkürlich ausgeübt werden, indem andere grundlegende Regeln oder Prinzipien verletzt werden, auf denen die Verordnung beruht, wie etwa der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsnachfolge. Nach der Logik der Verordnung muss es grundsätzlich einen einzigen Gerichtsstand für die Rechtsnachfolge von Todes wegen geben, so wie es auch grundsätzlich (s. die Ausnahme in Art. 30 der Verordnung und den Fall des teilweisen Verzichts, der durch die Kollisionsnormen von Drittstaaten angeordnet wird) ein einziges auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbares Recht gibt. Der europäische Gesetzgeber geht davon aus, dass das Orchester einen einzigen Dirigenten hat, der sich im Grunde genommen an ein und dieselbe Melodie richtet, die für alle diejenigen gilt, welche die Plätze besetzen (Erben). Wir dürfen nicht akzeptieren, dass mehrere Behörden über dieselben Erfolge entscheiden, so wie wir uns auch nicht vorstellen können, dass es mehrere Dirigenten desselben Orchesters gibt! Ebenso kann das Orchester nicht zwei verschiedene Partituren gleichzeitig spielen.

Die Einheitlichkeit der Rechtsnachfolge, sowohl aus der Sicht des auf sie anwendbaren Rechts als auch aus der Sicht der mit der Lösung der Rechtskollision betrauten Behörde (*Gleichlauf*), ist einer der Grundsätze der Verordnung, sie ist ihr Dreh- und Angelpunkt. Hat der europäische (oder nationale) Gesetzgeber Ausnahmen in anderen Materien gewollt, so wurde dies ausdrücklich geregelt: zum Beispiel in Vertragsangelegenheiten kann unter mehreren Rechtsordnungen gewählt werden, die den Vertrag regeln; für die grenzüberschreitende Insolvenz wurden Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren geregelt, vereinzelt auch im Bereich der ehelichen Güterstän-

¹⁴ F. Eichel, Der „funktionsarme Aufenthalt“ und die internationale Zuständigkeit für Erbscheinverfahren, in: RabelsZ 85, (2021), Seiten 104–105: „In unstreitigen, einfachen Erbfällen, in denen die Aufenthaltszuständigkeit keine Funktion erfüllt, weil sich die Erben und der Nachlass in einem anderen Mitgliedstaat befinden, realisieren sich die Ziele von Art. 4 EuErbVO allerdings nicht, sodass die Konzentration des Erbscheinverfahrens im Aufenthaltsstaat zu einer bürger- und sachfernen Justiz führen würde. Für manche dieser Fälle kann eine Analogie zu Art. 5–7 EuErbVO Abhilfe schaffen und ein Verfahren in dem Mitgliedstaat ermöglichen, dessen Erbstatut ausnahmsweise gemäß Art. 21 Abs. 2 EuErbVO anzuwenden ist. In Extremfällen kann zudem Art. 11 EuErbVO (analog) eine Zuständigkeit in einem Mitgliedstaat eröffnen, wenn die Verfahrenskosten für das im ausländischen Aufenthaltsstaat durchzuführende Verfahren im Vergleich zum Inlandsverfahren so hoch wären, dass – eingedenk des Nachlasswertes – ein Auslandsverfahren ökonomisch unzumutbar wäre.“

de (zum Beispiel der automatische Wechsel des Güterstandes mit – im Grunde genommen ex nunc-Wirkungen, wenn die Ehegatten nicht das für sie geltende Recht gewählt haben – Artikel 2596, Absatz 2 und 3 des rumänischen Zivilgesetzbuches).

Auch die rumänischen Notare fallen nicht unter Artikel 4 ff. der Verordnung, wenn sie internationale Erbfälle mithilfe von nationalen Erbscheinen regeln. Bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit rumänischer Notare in Erbsachen verweist Artikel 103 des Gesetzes Nr. 36/1995 über öffentliche Notare und die notarielle Tätigkeit in widersprüchlicher Weise auf den Begriff des *Wohnsitzes* und nicht auf den des *gewöhnlichen Aufenthalts*. Die Bestimmungen der Absätze (4) bis (6) von Artikel 103 sind nachstehend wiedergegeben:

„(4) Ist der letzte Wohnsitz des Verstorbenen nicht bekannt oder befindet sich dieser nicht im Hoheitsgebiet Rumäniens, so ist der Notar zuständig, an den man sich zuerst gewendet hat, sofern in dessen Bezirk mindestens eine unbewegliche Sache vorhanden ist.

(5) Befindet sich der letzte Wohnsitz des Verstorbenen nicht in Rumänien und sind im Nachlass keine unbeweglichen Sachen in Rumänien vorhanden, so ist der Notar zuständig, an den man sich zuerst gewendet hat, sofern in dessen Bezirk bewegliche Sache vorhanden sind.

(6) Befindet sich der letzte Wohnsitz des Verstorbenen nicht in Rumänien und enthält der Nachlass kein Vermögen in Rumänien, so ist der Notar zuständig, an den man sich zuerst gewendet hat. Die vorstehenden Vorschriften finden entsprechend Anwendung auch für Verstorbene, deren letzter Wohnsitz unbekannt ist.“

Der Gerichtshof hat ausnahmsweise im Schatten der einzelstaatlichen Zuständigkeitsvorschriften die Möglichkeit anerkannt, dass lokale Notare einen internationalen Erbfall durch die Ausstellung nationaler Erbscheine abschließen können; damit versuchte der Gerichtshof, den bürgerlichen Erben das Recht näher zu bringen, indem diesen in einfachen Fällen und wenn alle Erben (oder die am Erbfall Beteiligten) einverstanden sind, die Möglichkeit gegeben wurde, den Erbfall „zu Hause“ zu erörtern, wodurch wiederholte Reisen zum Abschluss des Verfahrens vermieden werden.

Von daher vertreten wir nicht die Auffassung, dass die Lösung, bei internationalen Erbfällen nationale Erbscheine von Notaren ausstellen zu lassen, die nicht unter die Zuständigkeitsregeln der Verordnung (Mehrheit) fallen, unbegrenzt ausgedehnt und angewendet werden kann. Wir sind der Auffassung, dass das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache E. E. (C-80/19) als Ausnahme zu betrachten ist. Der bei rumänischen Notaren erkennbare Trend der Ausstellung solcher nationaler Nachlasszeugnisse für in Rumänien belegene unbewegliche Sachen, auch wenn in derselben Erbfolge von den Behörden anderer Mitgliedstaaten europäische Erbscheine ausgestellt wurden, muss bekämpft werden.¹⁵

¹⁵ Für kritische Anmerkungen, s. O. Remien, Die Europäische Erbrechtsverordnung und die vielen Fragen der europäischen Rechtsprechung – fünf Jahre nach Inkrafttreten, Remien, IPRax 2021, 329–338: „Vielleicht wenig überraschend hat dann das Oberste Gericht Litauens entschieden, die litauischen Notare seien keine Gerichte. Das Dreigespann Oberle, WB, E. E. bedeutet damit, dass für das gerichtliche Nachlasszeugnis stets die Zuständigkeitsordnung der

EuErbVO gilt – auch bei Fehlen eines Streits –, für das notarielle Nachlasszeugnis bei fehlender Gerichtseigenschaft des Notars, insbesondere mangelnder Streitentscheidung, hingegen nicht. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung der Erben von Erblassern, die mit Vermögen in Staaten mit allein gerichtlichen Nachlasszeugnissen gestorben sind: Während diese sich an die Gerichte im Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers wenden müssen, können andere ggf. auch ein notarielles Nachlasszeugnis in einem anderen Mitgliedstaat, etwa dem Belegenheitsstaat, erzielen. Eine ausgewogene Lage erreicht man nur, wenn *WB* und *E. E.* aufgegeben werden oder *Oberle* angesichts *WB* und *E. E.* auf streitige Fälle eingeschränkt wird. Für unstreitige Nachlasszeugnisse scheint der EuGH also eine hinkende Zuständigkeitslage geschaffen zu haben. Sie bedarf der Korrektur. Solange das nicht geschieht, kann es zudem vorkommen, dass ein Europäisches Nachlasszeugnis mit einem inhaltlich vielleicht abweichenden notariellen nationalen Nachlasszeugnis konkurriert. Übrigens hat eine polnische Notarin inzwischen selbst ein Vorabentscheidungsersuchen zur EuErbVO dem EuGH vorgelegt, doch sind nähere Informationen dazu offenbar noch nicht verfügbar.“

A. Limante, The E.E. Decision Sheds Light on Notaries Acting as ‘Courts’ and on a Few Other Notions Within the Context of the Succession Regulation, *European Papers*, Vol. 6, 2021, No. 1, Seiten 45–55.

Zur Europäisierung des rumänischen Internationalen Privatrechts

Von *Christa Jessel-Holst*

I. Einleitung

Rumänien gehört zu den Ländern, deren Zivilrechtsentwicklung maßgeblich vom französischen Code Civil geprägt wurde. Der rumänische Cod Civil von 1864 basierte denn auch auf dem französischen Vorbild.¹ Rudimentäre Kollisionsregeln fanden sich in den Artikeln 2, 885, 1773 und 1789 des Cod Civil 1864. Rudimentär war auch die Regelung des internationalen Zivilverfahrensrechts in der damaligen rumänischen Zivilprozessordnung.

Während der Cod Civil von 1864, wenngleich mit vielen Änderungen, bis zum Inkrafttreten der Neukodifikation von 2009/2011 Bestand hatte, nahm das Internationale Privatrecht eine eigenständige Entwicklung. Das Gesetz Nr. 105 über die Regelung der internationalen Privatrechtsverhältnisse vom 22. 9. 1992² regelte erstmals das anwendbare Recht und das Verfahren im Kontext, und noch dazu mit 183 Artikeln erstmals ausführlich. Professor Octavian Căpățînă hat für das Hamburger Max-Planck-Institut, dem er sehr verbunden war, diese bedeutende Kodifikation in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht eingehend analysiert.³ Als Vorbilder für Rumänien nannte er, neben der IPR-Gesetzgebung von Österreich, der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, u. a. auch das Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980. Die Europarechtsangleichung des rumänischen Internationalen Privatrechts begann also schon, als das europäische Internationale Privatrecht noch in den Kinderschuhen steckte, mit der Verabschiedung des IPR-Gesetzes von 1992.

Am 1. 1. 2007 wurde Rumänien im Zuge der zweiten Osterweiterung, zusammen mit Bulgarien, in die Europäische Union aufgenommen. Das Jahr 2007 markiert gleichzeitig den Beginn eines allgemeinen Aufschwungs des europäischen Internationalen Privatrechts, der mit der Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 864/2007

¹ Siehe Bürgerliches Gesetzbuch für Rumänien, übersetzt von *Baum/Bucov* (Bukarest 1917). Vgl. auch *Ionașco/Trajan*, Rumania, in: *International Encyclopedia of comparative law* vol. I, National Reports, Tübingen 1974, S. R–30.

² Deutsche Übersetzung von *Günther H. Tontsch*, RabelsZ 1994, S. 534–572.

³ *Octavian Căpățînă*, Das neue rumänische Internationale Privatrecht, RabelsZ 1994, S. 465–522.

über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) einsetzte. Ausgelöst wurde diese Entwicklung durch den EG-Reformvertrag von Amsterdam vom Jahre 1999, durch den die Union die Zuständigkeit zur Regelung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts im Wege der Verabschiedung von Verordnungen erhielt, die unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten. In rascher Folge wurden weitere Bereiche auf Unionsebene normiert, nämlich durch die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), Verordnung (EG) Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts („Rom III“), Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, Verordnung (EU) 2016/1103 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung von Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstandes und Verordnung (EU) 2016/1104 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften. In Anbetracht der damaligen allgemeinen Situation konnte das rumänische IPR-Gesetz von 1992 diese neuen Entwicklungen auf der europäischen Ebene nicht nachvollziehen.

II. Das Internationale Privatrecht des rumänischen Cod Civil von 2009/2011

1. Allgemeines

Durch Gesetz Nr. 287 vom Jahre 2009 wurde der neue rumänische Cod Civil verabschiedet, geändert und in Kraft gesetzt durch Gesetz Nr. 71 vom Jahre 2011. Bedauerlicherweise gibt es bis heute keine deutsche Übersetzung des geltenden rumänischen Zivilgesetzgebungsbuchs, obwohl es sich um eine nicht nur für die Praxis, sondern auch aus rechtsvergleichender Sicht hochinteressante Kodifikation handelt.⁴ Was das Internationale Privatrecht angeht, hat Rumänien das mit dem IPR-Gesetz von 1992 verfolgte Konzept einer separaten Regelung des Internationalen Privatrechts aufgegeben. *De lege lata* werden anwendbares Recht und Verfahren deshalb nicht mehr im Kontext geregelt, sondern die Materie ist jetzt auf den Cod Civil ei-

⁴ Französische Übersetzung siehe Nouveau Code Civil Roumain, Traduction commentée, Paris 2013.

nerseits und den Cod de procedură civilă⁵ andererseits aufgespalten. Bedauerlicherweise fehlt bis heute auch eine deutsche Übersetzung der kollisionsrechtlichen Vorschriften des rumänischen Cod civil.⁶

Die folgenden Anmerkungen beschränken sich auf die Regelung des anwendbaren Rechts im Siebten Buch des neuen Cod Civil. Die einschlägigen Artikel 2557–2663 C.civ. sind wie folgt gegliedert: I. Allgemeine Bestimmungen; II. Kollisionsnormen, 1. Personen, a) natürliche Personen, b) juristische Personen, 2. Familie, a) Ehe, b) Abstammung, c) elterliche Gewalt, Kinderschutz, d) Unterhaltspflicht, 3. Vermögen, a) allgemeine Bestimmungen, b) bewegliche Sachen, c) Transportmittel, d) Wertpapiere, e) geistiges Eigentum, f) Formen der Publizität, g) Mobiliarpfand, 4. Erbrecht, 5. Rechtsgeschäft, 6. Schuldverhältnisse, 7. Wechsel, Schuldschein und Scheck, a) allgemeine Bestimmungen, b) Wechsel und Schuldschein, c) Scheck, 8. Trust, 9. Verjährung.

2. Verhältnis der Kollisionsnormen des Cod Civil zum europäischen Internationalen Privatrecht

Vorweg ist anzumerken, dass nicht alle Verordnungen zum Internationalen Privatrecht in den Mitgliedstaaten automatisch in Kraft treten. Vielmehr nehmen an den im Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 326 ff. AEUV verabschiedeten Verordnungen nur diejenigen Mitgliedstaaten teil, die ausdrücklich ihren Willen zur Zusammenarbeit bei der betreffenden Verordnung erklären. Von den auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts ergangenen Verordnungen wurden drei im Verfahren der Verstärkten Zusammenarbeit verabschiedet, und zwar die Ehescheidungsverordnung Rom III, die Güterrechtsverordnung und die Verordnung betreffend das Güterrecht eingetragener Partnerschaften. Von diesen nimmt Rumänien nur an der Ehescheidungsverordnung teil, die seit 2012 gilt.

Im Folgenden soll der Fokus deshalb auf den fünf Verordnungen liegen, die für Rumänien relevant sind, also auf Rom I, II und III, der Unterhaltsverordnung sowie der Erbrechtsverordnung. Interessanterweise verhält sich der Cod Civil zu diesen Verordnungen unterschiedlich. Was das Unterhaltsstatut anbelangt, beschränkt sich Art. 2612 C.civ. auf einen allgemein gehaltenen Hinweis auf „die Regeln des EU-Rechts“. Einen ähnlichen Ansatz verfolgen die Artikel 2640 und 2641 C.civ. für die Rom I- und II-Verordnungen.

Dagegen fehlt im Cod civil eine Bezugnahme auf die (zeitlich später liegenden) Verordnung über die Ehescheidung (Rom III) und auf die Erbrechtsverordnung.

⁵ Französische Übersetzung siehe Nouveau code de procédure civile roumain, Traduction commentée, Paris 2018. Für eine englische Übersetzung der Bestimmungen zum rumänischen internationalen Zivilverfahrensrecht siehe Basedow u. a., Encyclopedia of Private International Law Vol. 4: Legal instruments A-Z (Cheltenham/Northampton 2017), S. 3664 ff.

⁶ Englische Übersetzung der Bestimmungen zum IPR in: Basedow u. a. (vorige Fn.), S. 3647 ff.

Stattdessen regelt er das Ehescheidungsstatut in den Artikeln 2597–2602 C.civ. und das Erbstatut in den Artikeln 2633–2636 C.civ., jeweils abweichend von den EU-Verordnungen. Wegen des Vorrangs des EU-Rechts haben die genannten Artikel ihren Anwendungsbereich verloren, eine entsprechende Reaktion des Gesetzgebers steht aber noch aus. Interessanterweise behandelt der im deutschen Beck Verlag erschienene, mit 3206 Seiten sehr umfangreiche Kommentar zum rumänischen Cod civil⁷ das Internationale Privatrecht nur beiläufig und beschränkt sich bezüglich der Rom III- und der Erbrechtsverordnung auf einen kurzen Hinweis. Stattdessen enthält das reichhaltige rumänische Spezialschrifttum zum Internationalen Privatrecht alle erforderlichen Informationen.

Jede der genannten EU-Verordnungen enthält auch allgemeine Bestimmungen, die nicht immer aufeinander abgestimmt sind. In ihrem Anwendungsbereich überlappen sie sich mit den Artikeln 2557–2571 C.civ., wobei auch insoweit das Unionsrecht naturgemäß Priorität hat.

3. Entwicklung des Internationalen Privatrechts im übrigen Südosteuropa

Am Beispiel des rumänischen Cod Civil und seinem Verhältnis zum *Acquis Communautaire* lassen sich einige Probleme studieren, mit denen die Region Südosteuropa insgesamt beim Umgang mit dem Internationalen Privatrecht und mit dem Unionsrecht konfrontiert wird.

Das betrifft zum einen die Frage nach der Regelung des Internationalen Privatrechts im Kontext der zivilrechtlichen Kodifikation oder in einem eigenen Gesetz über Internationales Privatrecht und Verfahren. Der von Rumänien gewählte Ansatz erscheint aus deutscher Sicht vertraut, auch bei uns regelt das Bürgerliche Gesetzbuch das materielle Recht, und die zugehörigen Kollisionsnormen ergeben sich aus dem EGBGB, wogegen das Verfahren der Regelung in der ZPO überlassen bleibt. Als Beispiel einer jungen Kodifikation kann auf das Zivilgesetzbuch der Niederlande verwiesen werden, welches auch das anwendbare Recht regelt (vgl. das Buch 10). Für den Benutzer macht es durchaus Sinn, wenn das materielle Recht und dessen Anwendungsbereich zusammenhängend normiert werden.

Interessanterweise haben andere südosteuropäische Staaten den gegenteiligen Ansatz gewählt. An dieser Stelle sei nur auf Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, Kosovo, Kroatien, Montenegro, Nordmazedonien, Serbien, Slowenien und Ungarn hingewiesen, die jeweils das Internationale Privatrecht und Verfahren in eigenständigen Kodifikationen geregelt haben. Nun hat mit Ungarn nur eines dieser Länder ein Zivilgesetzbuch. In Kosovo, Nordmazedonien und Serbien sind aber schon seit geraumer Zeit Arbeiten zur Kodifizierung des Zivilrechts in Vorbereitung. Wie die be-

⁷ *Baias u. a.*, Codul civil. Commentariu pe articole. Commentarii Beck (3. Aufl. Bukarest 2021).

kannt gewordenen Vorarbeiten zeigen, wollen sich auch diese Länder in ihrer Zivilrechtsgesetzgebung auf die Regeln zum materiellen Recht beschränken. Eine Kodifikation des Zivilrechts ist schon für sich genommen eine enorme Herausforderung. Mit jeder Erweiterung des Regelungsbereichs der Kodifikation müssen zusätzliche Experten einbezogen werden. Schon der Prozess der Systemtransformation unter gleichzeitiger Vorbereitung auf einen EU-Beitritt hat für die betroffenen Länder nie dagewesene Belastung zur Folge gehabt, und dies bei einem durchgehenden Mangel an Personalressourcen.

Mit einer Trennung von Vorschriften des Zivilrechts einerseits und einem separaten Akt zur Regelung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts andererseits sind aber durchaus nicht alle Probleme automatisch gelöst.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die EU-Mitgliedstaaten der Region, und von diesen, *pars pro toto*, auf Bulgarien, Kroatien und Slowenien. Sie alle haben nach der Wende früher oder später Gesetze zur Regelung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts verabschiedet. Die (in Zusammenarbeit mit dem Hamburger Max-Planck-Institut entstandene) erstmalige Kodifikation des bulgarischen Internationalen Privatrechts von 2005⁸ konnte damals keine der einschlägigen EU-Verordnungen umsetzen, weil diese erst nachträglich verabschiedet worden sind. Bulgarien hat seine diesbezügliche Kodifikation aber auch danach nicht an die seither ergangenen EU-Verordnungen angepasst, so dass das bulgarische IPR-Gesetzbuch heute in weiten Bereichen veraltet ist. Entsprechendes gilt für Slowenien (EU-Mitgliedsland seit 2004), dessen Gesetz über das Internationale Privatrecht und das Verfahren von 1999⁹ von den späteren Entwicklungen des Unionsrechts unberührt geblieben ist. In Kroatien (EU-Mitgliedsland seit 2013) galt bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung am 29. 1. 2019¹⁰ das ehemalige jugoslawische Bundesgesetz über die Regelung von Kollisionen der Gesetze mit den Vorschriften anderer Staaten bei bestimmten Verhältnissen vom Jahre 1982 ohne EU-Harmonisierung fort. Das geltende kroatische Gesetz entspricht aber vollen Umfangs dem gemeinsamen Besitzstand. Dabei wird, wie im deutschen EGBGB, auf die einschlägigen Verordnungen verwiesen, ohne Einarbeitung von deren Wortlaut in das nationale Gesetz.

Obwohl die EU-Verordnungen im Falle eines Beitritts zur Union für einen neuen Mitgliedstaat automatisch in Kraft treten werden, haben sich einige südosteuropäische Staaten, die gegenwärtig den Status von Kandidaten bzw. potentiellen Kandidaten für eine EU-Mitgliedschaft innehaben, schon im Vorfeld bemüht, ihr Kollisionsrecht europarechtskonform auszugestalten. Dies gilt nach heutigem Stand für

⁸ Dazu *Zidarova/Staničeva-Minčeva*, Gesetzbuch über das Internationale Privatrecht der Republik Bulgarien, *RabelsZ* 2007, S. 398, mit deutscher Übersetzung des Gesetzbuchs auf S. 457 ff.

⁹ Vgl. *Geč-Korošec*, Die Reform des slowenischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts und seine Anpassung an das Recht der Europäischen Union, *RabelsZ* 2002, S. 710 ff., mit deutscher Übersetzung des Gesetzes auf S. 748 ff.

¹⁰ Dazu *Jessel-Holst*, Zur Reform des internationalen Privatrechts in Kroatien, *IPRax* 2019, S. 345 ff., mit deutscher Übersetzung des Gesetzes vom Jahre 2017 auf S. 353 ff.

Montenegro,¹¹ Kosovo¹² und Nordmazedonien.¹³ Dabei wurden die diesbezüglichen Rechtsakte zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgearbeitet und anschließend nicht mehr aktualisiert.

Bosnien und Herzegowina sowie Serbien wenden nach wie vor das oben erwähnte ehemalige jugoslawische Bundesgesetz von 1982 an, wobei für Serbien vor einigen Jahren der Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privatrecht¹⁴ bekanntgegeben wurde, der aber offenbar gegenwärtig nicht weiterverfolgt wird.

III. Fazit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Europäisierung des Internationalen Privatrechts in Südosteuropa durchweg auf Schwierigkeiten gestoßen ist. In Anbetracht der gewaltigen Last, den die Länder seit der Wende beim Aufbau einer neuen Rechtsordnung zu schultern hatten, erscheint dies nur allzu verständlich. Ein für alle geltendes, einfach zu handhabendes Patentrezept bietet sich nicht an.

Für die Kandidatenländer der Region werden die Verordnungen mit dem Beitritt geltendes Recht sein. In den Mitgliedstaaten selbst haben die Verordnungen ohnehin Vorrang vor dem autonomen Recht. Die Praxis in diesen Ländern scheint ohnehin in der Lage zu sein, das in ihrer jeweiligen Gesetzgebung übrig gebliebene „tote“ Recht als solches zu identifizieren, und hat gelernt, wie das europäische Internationale Privatrecht anzuwenden ist.

¹¹ Dazu *Jessel-Holst*, Neukodifikation des internationalen Privatrechts in Montenegro, IPRax 2014 S. 553 ff., mit deutscher Übersetzung des Gesetzes vom 23. 12. 2013 auf S. 556 ff.

¹² Gesetz Nr. O8/L–028 über das internationale Privatrecht, Official Gazette of the Republic of Kosovo 2022 Nr. 30.

¹³ Siehe *Jessel-Holst*, Reform des internationalen Privatrechts in Nordmazedonien, IPRax 2022, S. 655 ff., mit deutscher Übersetzung des Gesetzes vom 4. 2. 2020 in IPRax-digital.

¹⁴ Englische Übersetzung siehe *Basedow u. a.* (Fn. 6) S. 3717 ff.

Die Rechtsmittel in der neuen rumänischen Zivilprozessordnung und in den Modellregeln ELI/Unidroit

Ein vergleichender Blick

Von *Liviu Zidaru*

I. Einführung

Im Jahre 2010 hat Rumäniens Gesetzgeber eine neue Zivilprozessordnung beschlossen. Es handelt sich um das Gesetz Nr. 134/2010 über die neue Zivilprozessordnung¹ (Noul Cod de procedură civilă, ab hier NCPC).² Das Regelwerk ersetzt den alten, 1865 in Kraft getretenen, nach dem Vorbild der Gesetzgebungen des Genfer Kantons, des französischen Code de procédure civile Napoléon und des italienischen Gesetzbuches erarbeiteten *Cod de procedură civilă*. Die alte Prozessordnung hat tumultuöse Transformationen durchlebt. 1900 wurde sie grundlegend novelliert, blieb aber dem französischen Vorbild (Parteibetrieb, passive Rolle des Gerichts usw.) weitgehend treu. Nach der Vereinigung des Rumänischen Altkönigreichs (*România Mică*, 1859 aus der Wallachei und Moldawien gebildet) mit den vorwiegend von Rumänen bewohnten Gebieten der zerfallenen Österreichisch-Ungarischen Monarchie (Transsylvanien (Siebenbürgen), Banat, Maramuresch) sowie mit Bessarabien (Ost-Moldawien, 1812 vom Russischen Zarenreich annektiert) am Ende des 1. Weltkriegs sah sich das neue Großrumänische Königreich mit der komplizierten Aufgabe konfrontiert, die verschiedenen überkommenen Prozessordnungen zu vereinheitlichen. Dazu wurde hauptsächlich ein neues Gesetzbuch in Angriff genommen, welches aber erst 1940 fertig wurde und nie in Kraft getreten ist.³ Man hatte aber bereits 1925 ein Gesetz zur Vereinheitlichung und Beschleunigung des streitigen Verfahrens vor den Landgerichten und Appellationsgerichten (*tribunale und curti de apel*) verabschiedet. Dieses Gesetz, wohl die fortschrittlichste zivilprozessuale Gesetzgebung Rumä-

¹ Monitorul Oficial (Gesetzblatt) Nr. 247/10.04.2015 (erneute Bekanntmachung).

² Im Unterschied zum französischen Vorbild ist das Adjektiv neu nicht Teil der amtlichen Bezeichnung des Gesetzes.

³ Eingehend dazu *Liviu Zidaru*, În căutarea procedurii judiciare eficiente: 93 de ani de la prima lege de accelerare a judecății. Retrospectivă și unele reflecții *de lege ferenda*, in: Paul Pop/Radu Rizoiu (Hrsg.) Dreptul românesc I, 100 de ani de la Marea Unire, Hamangiu Verlag, Bukarest 2018, S. 689 ff.

niens, straffte das erstinstanzliche Verfahren erheblich, dachte dem Richter eine aktive, verfahrensordnende Rolle zu und führte strenge Präklusionsfristen ein.⁴

Nicht zuletzt an dieses Gesetz (sowie an die nicht so strengen Folgegesetze⁵ von 1929 und 1943) sowie an den Entwurf der Zivilprozessordnung König Carol II. von 1940⁶ lehnte sich der NCPC an. Es wurden aber auch viele Aspekte kodifiziert, die in der Rechtsprechung und Literatur des späteren 20. Jahrhunderts erarbeitet und geklärt worden waren. Die Verfasser haben sich zudem bewusst an moderne Regelwerke angelehnt wie (hauptsächlich) den französischen (Nouveau) Code de procédure civile von 1976, aber in bestimmten Aspekten auch an die deutsche Zivilprozessordnung (Stichworte: richterliche Erörterung des Streitstandes und Förderung der eigenen Sachentscheidung der Berufungsgerichte). Der Vorrang der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie der Regelungen der Europäischen Union wird ausdrücklich im 1. Titel des NCPC proklamiert (Einleitende Regel und Prinzipien des Verfahrens – Artikel 3 und 4). Eine ausführlichere Beschreibung des NCPC in deutscher Sprache liegt an anderer Stelle bereits vor.⁷

In dem vorliegenden Beitrag wird näher auf die Rechtsmittel der Berufung und den revisionsähnlichen Rekurs eingegangen. Eine rein nationale, technische Betrachtungsweise wäre aber dem deutschen oder internationalen Leser wenig nützlich. Deswegen soll hier der NCPC hauptsächlich mit den jüngst erschienenen ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure ins Verhältnis gesetzt werden. Zudem sollen einige Lösungen des deutschen Rechtsmittelrechts eigens mit dem NCPC verglichen werden.

⁴ S. vorige Fn.

⁵ So wurde z. B. schon 1929 die Straffung des erstinstanzlichen Verfahrens in einem vorbereitenden und einem Haupttermin leider aufgegeben; es wurde dem Beklagten freigestellt, bei fehlender Klageerwidderung erst am 1. Termin seine prozessualen und materiellrechtlichen Verteidigungsmittel vorzubringen – das alles hat die 1925 erwünschte Beschleunigung der Verfahren nicht wirklich gefördert. Siehe Fn. 3.

⁶ Dieses neue Gesetzbuch hatte endlich im September 1940 in Kraft treten sollen, aber der Zeitpunkt für die Vereinheitlichung war ungünstig: Im Juni 1940 annektierte die Sowjetunion Bessarabien und im August 1940 trat Rumänien auf Druck des sogenannten „2. Wiener Schiedsspruchs“ (in Rumänien bekannt als „Wiener Diktat“) einen Teil Siebenbürgens an Ungarn ab. Erst 1947 wurde Siebenbürgen wieder eingegliedert (Bessarabien blieb bekanntlich bei der siegreichen UdSSR), aber durch die sowjetische Besatzung und die einsetzende Kommunisierung war ein bürgerlich konzipiertes Gesetzbuch nicht mehr erwünscht. Um diese geschichtliche Klammer fortzuführen, ist jedoch anzumerken, dass durch das Gesetz Nr. 18/1948 das streitige Verfahren im CPC erheblich erneuert wurde, und das zumeist unter Übernahme der Texte des Entwurfes „König Carol II“ von 1940; propagandistisch wurde die Novelle jedoch als sozialistische Erneuerung dargestellt.

⁷ *Liviu Zidaru*, Die neue Zivilprozessordnung Rumäniens – ein Überblick, in: *Jahrbuch für Ostrecht*, Verlag C. H. Beck München, Germania), Nr. 54, Band Nr. 1/2013.

II. Die European Rules of Civil Procedure (ELI/Unidroit)

Ab 2014 haben das European Law Institute (ELI) und Unidroit in Zusammenarbeit die Erarbeitung von European Rules of Civil procedure als Modellregeln zur Vereinheitlichung nationaler Regelungen in Europa ins Auge gefasst.⁸ Dabei wurde von den ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure ausgegangen, die im Lichte des europäischen *Acquis* überarbeitet wurden. Es geht dabei vorwiegend um die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die Grundrechtecharta der EU, das geltende EU-Sekundärrecht, sowie um die gemeinsamen nationalen Rechts-traditionen.

Für die Erarbeitung gemeinsamer Regeln und Erläuterungen wurden Arbeitsgruppen für 8 verschiedene Schwerpunkte gebildet – es geht dabei, chronologisch gesehen, um Zugang zu Informationen und Beweise; vorläufige Maßnahmen; Zustellungen; *Lis pendens* und *res iudicata*; Pflichten der Parteien und ihrer Anwälte; Parteien und kollektiver Rechtsschutz; Entscheidungen; Kosten; Rechtsmittel.⁹ Die Arbeit der jeweiligen Gruppen wurde von einer übergeordneten *structure group* begleitet, welche die verschiedenen Ergebnisse harmonisieren und eventuelle Lücken schließen sollte.

Bezeichnend ist, dass das Ziel des Projektes keineswegs war, eine einfache Bestandsaufnahme zu sein (*restatement*) oder Kompromisse anhand der überwiegenden nationalen Praxis vorzuschlagen. Man hat sich viel mehr vorgenommen, eben die *best practices rules* für eine zukünftige Europäische Zivilprozessordnung vorzuschlagen.¹⁰ Die entstandenen Regeln sollen also ein Optimum und nicht einfach ein Restatement sein. Zumindest daher kommen also nun die Prozessrechtler nicht umhin, die Bewertung der eigenen nationalen Regelungen auch im Lichte dieser Modellregeln vorzunehmen, zumal diese von einer eindrucksvollen Arbeitsgruppe bedeutsamer Prozessrechtler erarbeitet wurden.

Es sei noch bemerkt, dass in der Gesamtkonzeption der Verfasser keine komplette Kodifikation, sondern nur die Erarbeitung von Modellregeln erfolgen sollte – und zwar mit Fokus auf den Themenbereichen, wo man von einer höheren Integrationsbereitschaft seitens des europäischen, bzw. der nationalen Gesetzgeber ausging.¹¹ Dieser differenzierte Ansatz hat auch eine asymmetrische Regelungsdichte zur

⁸ Die ELI/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (Modellregeln und Kommentare) sind abrufbar unter: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/eli-unidroit-rules/200925-eli-unidroit-rules-e.pdf>. Nachfolgend nehme ich Bezug auf die Kommentare durch die Zitierung „Modellregeln, S....“

⁹ Zu allem s. Modellregeln, S. 1 ff.

¹⁰ S. Modellregeln, S. 4. Siehe ferner zur Entstehung der Modellregeln, den wissenschaftlichen Kontext und zu ihren Grundgedanken Rolf Stürmer, Die neuen Model European Rules of Civil Procedure und ihre Grundlegung in der zeitgenössischen Prozessrechtsvergleichung, in: Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit. Festschrift für Heimo Schack zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck Verlag, 2022, S. 869 ff.

¹¹ Vgl. Modellregeln, S. 6–7.

Folge; somit gibt es Bereiche, wo die Regelungsdichte hoch (z. B. das Verhältnis der Parteien untereinander und mit dem Gericht) und andere, in denen diese eher niedrig ist (z. B. im Bereich der Rechtsmittel).¹² Das den Rechtsmitteln gewidmete Kapitel zeugt von dieser Konzeption, denn dieses ist geeignet, eine Gesamtperspektive auf die Rolle und Funktion von Rechtsmitteln zu verleihen und die wesentlichsten Regeln vorzuschlagen. Dabei bleibt jedoch Raum für nationale Eigenheiten, die gerade in diesem Bereich nicht unwesentlich sind. So kann z. B. die Bedeutung der jeweiligen Gerichtsverfassung für die Funktionen der gesetzlich normierten Rechtsmittel kaum unterschätzt werden.

III. Verhältnis zwischen NCPC und ELI/Unidroit Modellregeln – Allgemeine Betrachtung

Wie verhält sich die neue ZPO Rumäniens (nun bereits seit knapp 10 Jahren in Kraft) zu den ELI/UNIDROIT Modellregeln im Bereich der Rechtsmittel? Die Bilanz ist relativ ausgewogen; gerade in eher technischen Bereichen hält der NCPC zumindest gleichwertige Lösungen parat, doch hapert es insbesondere bei der Gesamtkonzeption.

Obwohl der Gesetzgeber eine deutliche Umfunktionierung des 2. Rechtsmittels, des Rekurs, als außerordentlichen Rechtsbehelf nur für Rechtsfragen und hauptsächlich in der Zuständigkeit des Kassationshofes im Auge hatte, ist ihm diese entscheidende Reform besonders im Bereich der Rechtsmittelzuständigkeit und des Verfahrens im Rekurs kaum gelungen; der Rekurs ist nicht mit einem Zulassungsverfahren ausgestattet und – in Folge einer umstrittenen Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes von 2014 – gibt es auch keinen Anwaltszwang mehr.¹³ Daraus folgt, dass der Rekurs eher Gewohnheit als Ausnahme ist; wenn der Rechtsmittelführer dann nicht einmal einen Anwalt in Anspruch nimmt, dann ist es umso schwerer, entscheidungserhebliche Rechtsfragen herauszuarbeiten und dann zu behandeln. Dies ist in der Praxis aller Rekursgerichte (vorwiegend Kassationshof und Berufungsgerichtshöfe) klar zu beobachten. Zudem verhält sich der Kassationshof seltsamerweise selber so, als wäre die Vereinheitlichung der Rechtsprechung nicht mit dem (revisionsähnlichen) Rekurs zu erreichen, da manchmal sogar die Senate des obersten Gerichts uneinheitlich entscheiden.¹⁴

¹² Dazu auch Rolf Stürner, FS Schack, S. 877.

¹³ Curtea Constituțională, Urteil Nr. 482/2014. Für einen Anwaltszwang zumindest in der Rekursinstanz, siehe Viorel Mihai Ciobanu/Gabriel Boroi/Flavius Antoniu Baias/Traian Corneliu Briciu/Claudiu Constantin Dinu/Liviu Zidaru, Consideratii privind constituționalitatea dispozițiilor din noul Cod de procedură civilă care stabilesc asistența avocațială obligatorie în recurs, in: Revista Română de Drept Privat nr. 3/2014, S. 134–147.

¹⁴ Dieser Zustand wurde bereits vom EGMR in der Entscheidung *Beian g. Rumänien* beanstandet, siehe unten Rn. 7. Es muss hier erwähnt werden, dass im Unterschied zu den einschlägigen deutschen Regelungen es im Falle des rumänischen Kassationshofes kein gro-

Die ELI/Unidroit Modellregeln hingegen betrachten den Second Appeal (also die Revision oder den *pourvoi en cassation*) als Vereinheitlichungsinstrument und gehen implizit davon aus, dass das höchste nationale Gericht in der Lage ist, die eigene Rechtsprechung zu harmonisieren – jedenfalls fehlen hierzu eigenständige Modellregeln.

Anders sieht es im Bereich der Berufung aus, bei welcher der NCPC traditionsbehaftet wirkt, ihm aber dabei eine ausgewogene Regelung gelingt. Die z. T. schon seit knapp 100 Jahren bestehenden Modelle¹⁵ haben sich bewährt. Dass auch zur Einlegung der Berufung ein Zulassungsverfahren möglich wäre, wie die Modellregeln es vorschlagen, ist dem rumänischen Juristen eher fremd – bislang gibt es in der Literatur keine Stimme, die eine solche Regelung befürwortet.

In den folgenden Abschnitten sollen einige Bestimmungen der Modellregeln besprochen werden, vorwiegend vergleichsweise zum NCPC.

IV. Allgemeine Bestimmungen zu den Rechtsmitteln

Das 9. Kapitel der Modellregeln ist den Rechtsmitteln (*means of review*) gewidmet. In einer analogen Weise zum NCPC gibt es einen einleitenden Abschnitt mit allgemeinen, vor die Klammer gezogenen Regeln. Im NCPC gibt es im Abschnitt Rechtsmittel ein einleitendes Kapitel über allgemeine Bestimmungen.

Das Recht, einen Rechtsbehelf einzulegen, wird in den Modellregeln der interessierten Partei zuerkannt; ausnahmsweise auch einem Dritten, sofern seine Rechtsposition durch das Urteil beeinträchtigt wird (*Where a party, or exceptionally a non-party, has a legal interest in a judgment, subject to the provisions in this Part, they may appeal from, or rely on other types of recourse against, it.* – Art. 153 MR).

Hingegen sind laut Art. 458 NCPC nur die Parteien (und ihre Nachfolger) befugt, ein Rechtsmittel auszuüben, sofern ein rechtliches Interesse besteht. Da die Rechtskraft nur *inter partes litigantes* und nicht gegenüber Dritten eintreten kann (Art. 430, 431 NCPC) – und das ist in den Modellregeln nicht anders –, sah der rumänische Gesetzgeber im streitigen Verfahren¹⁶ keinen Anlass, Dritte zur Rechtsmittelausübung zu befugen. Die Situation der Dritten ist im Art. 435 NCPC geregelt. Das in einem Prozess zwischen anderen ergangene Urteil kann einem Dritten als Beweismittel entgegengehalten werden, der Dritte ist aber befugt, den Gegenbeweis anzutreten und

Bes Senat gibt, welches die umstrittenen Rechtsfragen aufgreifen und sie für die anderen Senate verbindlich entscheiden könnte. Vielmehr müsste der Senat des Kassationshofes laut Art. 519 ff. NCPC ein Vorabentscheidungsersuchen stellen, damit ein erweiterter Spruchkörper eine allgemein verbindliche Leitentscheidung erlässt (zu Einzelheiten siehe unten, Rn. 5).

¹⁵ Eine wesentliche Überarbeitung des Berufungsverfahrens fand im Jahre 1925 durch das bereits erwähnte Beschleunigungsgesetz statt. Siehe Fn. 3.

¹⁶ Im unstreitigen Verfahren (*procedura necontencioasă*) kann jede interessierte Person ein Rechtsmittel einlegen, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht – vgl. Art. 534 Abs. 4 NCPC.

somit die dem Urteil zugrundeliegenden Fakten zu widerlegen. Zusätzlich zum Wortlaut des Textes ist der Dritte auch befugt, jedwelche faktischen und rechtlichen Verteidigungsmittel sowie Argumente vorzubringen, damit ein effektives rechtliches Gehör und ein faires Verfahren auch ihm gegenüber gewährleistet werden.¹⁷

Anders als in den Modellregeln, die einen Verzicht auf Rechtsmittel auch vor dem Urteil mit Zustimmung aller Parteien zulassen (Art. 154 MR), ist im NCPC ein Verzicht nur nach Verkündung des Urteils möglich. Ein unbedingter Verzicht ist einseitig zulässig, aber wenn der Verzicht an Bedingungen geknüpft wird, ist der Verzicht nur effektiv, wenn die Gegenpartei zustimmt (Art. 463 NCPC).

Die allgemeinen Bestimmungen des NCPC sind erwartungsgemäß viel umfangreicher. Sie regeln, u. a., – die Reihenfolge der Rechtsmittel sowie den sogenannten *Sprungrekurs* (Art. 459), – die Bestimmung des Rechtsmittels wenn über mehrere Ansprüche verhandelt wird, die jeweils ein unterschiedliches Rechtsmittel nach sich ziehen (Art. 460), – den Teil des Urteils, der angegriffen werden kann, wobei normalerweise nur die tenorierten Verfügungen des Gerichts, aber ausnahmsweise auch die wesentlichen Entscheidungsgründe angegriffen werden können, wenn diese ansonsten in eine für die Partei schädliche Rechtskraft erwachsen könnten (Art. 461).¹⁸ Die Modellregeln sehen den letzten Punkt freilich anders (und m. E. besser), indem sie der obsiegenden Partei das Interesse zur Rechtsmitteleinlegung aberkennen, selbst wenn sie mit der Begründung des Gerichts nicht zufrieden ist.¹⁹ Das ist zwar auch in Rumänien der Regelfall, aber es bestehen in der Praxis Ungewissheiten bezüglich des Umfangs der im Art. 461 Abs. 2 NCPC neugeregelten Ausnahme.²⁰

¹⁷ Liviu Zidaru/Paul Pop, *Drept procesual civil. Procedura în primă instanță și în căile de atac*, Solomon Verlag, 2020, S. 384.

¹⁸ Da dieser Beitrag nicht auf *res iudicata* eingeht, sei hier am Rande erwähnt, dass, anders als in Deutschland, die Entscheidungsgründe in Rechtskraft erwachsen – es geht um die tragenden Gründe, die den Tenor erklären und unterstützen, sowie die Gründe, die eine Vorfrage behandeln (z. B., das Gericht entscheidet über den im Wege der Verteidigung und nicht der Widerklage eingebrachten Einwand der Nichtigkeit des Vertrages, der Erfüllung, der Ersitzung usw. In diesem Fall findet sich die Antwort des Gerichts eben nicht im Tenor, da im Tenor nur über die Klage und klageähnliche Anträge entschieden wird (z. B. Widerklage, Hauptinterventionsklage, Gewährleistungsklage usw.), sondern in den Entscheidungsgründen des Urteils. Diese erwachsen aber in positiver Rechtskraft und sind – *inter partes litigantes* – nicht mehr in einem neuen Prozess anfechtbar (Art. 430 Abs. 2 NCPC). Siehe zum ganzen z. B. *Adina Nicolae*, in: Viorel M. Ciobanu/Marian Nicolae, *Kommentar des NCPC*, Universul Juridic Verlag, 2. Auflage, 2016, 1. Band, S. 1184.

¹⁹ Dazu wird im Kommentar zu den Modellregeln treffend erklärt, dass '(...) a party cannot appeal from or otherwise challenge a judgment simply because they disagree with the judgment's reasoning when they obtained the relief they sought.' – Modellregeln, S. 299.

²⁰ Zu einer restriktiven Auslegung siehe z. B. *Gabriel Boroi/Mirela Stancu*, *Drept procesual civil*, 5. Auflage, Hamangiu Verlag, 2020, S. 718, sowie das dort zitierte Urteil Nr. 398 A/27.04.2017 des Appellationshofes Bukarest, 4. Zivilsektion, wonach eine Berufung gegen die Entscheidungsgründe nur dann zulässig ist, wenn der Berufungskläger ein hinreichend konkretes Rechtsschutzinteresse darlegt, in dem Sinne, dass aus dem angegriffenen Entschei-

Ausdrücklich gelöst (Art. 457 NCPC) wird die vormals umstrittene Situation, in der das Gericht ein nicht statthaftes Rechtsmittel in die Rechtsmittelbelehrung im Urteil einschließt, und die Partei – dem richterlichen Hinweis vertrauend – dieses unstatthafte Rechtsmittel einlegt oder wenn eine falsch angegebene Rechtsmittelfrist angegeben wird und diese befolgt wird, aber nach dem Gesetz das Rechtsmittel als verspätet gilt. Der Gesetzgeber geht logischerweise davon aus, dass (auch die anwaltlich vertretene) Partei nicht durch die Befolgung einer (falschen) Rechtsmittelbelehrung benachteiligt werden darf. Somit wird das eingelegte Rechtsmittel entweder umqualifiziert, mit Gewährung einer neuen Begründungsfrist, oder als unzulässig verworfen, aber mit Wiedereinsetzung der Parteien in dem vorigen Stand – nämlich mit der Eröffnung einer neuen Frist, um das statthafte Rechtsmittel einzulegen (Art. 457 Abs. 3 u. 4 NCPC). Das ist nachzuvollziehen: selbst wenn die Partei durch eigene Auslegungen des Gesetzes zum richtigen Schluss hätte kommen können, so ist es doch unzumutbar zu verlangen, dass die Partei einen richterlichen Hinweis zum statthaften Rechtsmittel und zur Einlegungsfrist (laut Art. 425 Abs. 3 NCPC im Tenor einzufügen) hinterfragen und anderswie verfahren soll²¹ – zumal wenn sich der nicht beachtete Hinweis als richtig erweisen könnte. Im Zweifel ist es also (vorbehaltlich eindeutiger Fehler des Gerichts) vorzuziehen, das angegebene Rechtsmittel einzulegen, selbst wenn z. B. der Anwalt der Partei Zweifel an der rechtlichen Auslegung des erkennenden Gerichts hat.

V. Die Berufung

1. Zulässigkeit

Im NCPC ist die Berufung²² wieder gegen alle Urteile der ersten Instanz statthaft, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 466 Abs. 1 NCPC). Damit ist die alte, unübersichtliche Gesetzeslage nunmehr aufgehoben.²³ Zudem gibt es kein Zulas-

dungsgrund ein konkreter rechtlicher Nachteil z.B. in einer zukünftigen Streitigkeit folgen kann (der Autor dieses Aufsatzes hat an diesem Urteil als Verfasser mitgewirkt).

²¹ Siehe dazu *Liviu Zidaru*, Exercitarea unei căi de atac neprevăzute de lege, diferită de cea corect menționată în dispozitivul hotărârii atacate – Comentariu la decizia în interesul legii nr. 19/24. 10. 2016, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, in: *Curierul Judiciar* Nr. 4/ 2017, S. 201 ff.

²² Grundlegend zur Berufung im NCPC *Gabriel Sandu Lefter*, *Apelul în procesul civil*, Hamangiu Verlag, Bukarest 2021.

²³ Zur Vorgeschichte siehe *Liviu Zidaru*, Die neue Zivilprozessordnung Rumäniens – ein Überblick, in: *Jahrbuch für Ostrecht* 1/2013: „Eine überfällige Reform der NZPO betrifft das vorher undurchsichtig und z. T. sogar unlogisch gewordene Rechtsmittelrecht. Die Kommunisten hatten 1952 die Berufung samt Appellationshöfen als „Relikt des Bürgertums“ abgeschafft und den Rekurs als einziges ordentliches Rechtsmittel ausgestaltet. Der Gesetzgeber führte zwar 1993 die Berufung wieder ein, versäumte es aber damals, die Berufung als zweite Tatsacheninstanz und den Rekurs als außerordentliches Kontrollmittel für Rechtsfragen ausreichend zu differenzieren. Verbunden mit dem damaligen Personalmangel und der Un-

sungsverfahren – die Berufung als ordentliches Rechtsmittel soll einfach zugänglich sein – und auch kein vereinfachtes, schriftliches Verfahren für offensichtlich chancenlose Berufungen (wie z. B. in Art. 522 dt. ZPO).

Die Modellregeln knüpfen – soweit ersichtlich, angelehnt an den § 511 Abs. 2 Nr. 1 der dt. ZPO – die Statthaftigkeit der Berufung entweder an einen Mindestwert der konkreten Klage, auf die sich die Berufung bezieht (dieser Wert soll von den nationalen Prozessordnungen festgelegt werden; das Zweifache des monatlichen Durchschnittseinkommens im Gerichtsstaat wird vorgeschlagen), oder, unterhalb dieses Wertes, an die Zulassung durch das Berufungsgericht. Die Zulassung wird, analog der dt. ZPO, an die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage, die Fortbildung des Rechts, die Einheit der Rechtsprechung oder an wichtige Verfahrensfehler als Kriterien geknüpft (Art. 166 MR).

Zutreffend wird in der Begründung der MR ausgeführt, dass die Berufung für die Korrektur etwaiger fehlerhafter Urteile zuträglich sei, aber andererseits verhindert werden muss, dass Rechtsmittel ausufernd und ohne Aussicht auf Erfolg aus reiner Unzufriedenheit eingelegt werden. Damit wäre sowohl das Vertrauen in der Rechtspflege als auch die Rolle der 1. Instanz unterminiert; die 1. Instanz wäre zu einer Testinstanz degradiert.²⁴

Solche Erwägungen fehlen leider weitestgehend in der rumänischen Literatur und Gesetzgebungspraxis, obwohl die jahrelange Erfahrung des Verfassers als Berufsrichter zeigt, dass die Berufung oft reflexhaft und ohne ausreichende Begründung eingelegt wird. Die Berufungsgerichte müssen sich mit einer Unmenge von Berufungen befassen, von denen ein hoher Anteil – empirisch betrachtet, bis zu sogar 40 % – offensichtlich unbegründet sind; all diese Fälle werden aber zusammen mit den wichtigen, komplizierten Fällen einheitlich verhandelt (und zwar mündlich) und die Urteile müssen ausführlich begründet werden. Zudem ist jedoch auch zu erkennen, dass die Anzahl oberflächlicher oder offensichtlich fehlerhafter Urteile relativ hoch ist, insofern wäre, mehr als ein ZulassungsfILTER,²⁵ ein Verfahren zur vereinfachten Abweisung ohne mündliche Verhandlung und mit einer Kurzfassung der Urteilsbegründung notwendig.

kenntnis des „alten“, wiedereingeführten Systems sah man die Berufung als zweiten, unnötigen Rekurs. Das hat dazu geführt, dass der Gesetzgeber in den letzten 15 Jahren sehr oft die „ordentliche“ Berufung gestrichen und als einziges Rechtsmittel den „außerordentlichen“ Rekurs belassen hat. Die hierbei entstandene Hybridlösung sollte die Berufung ersetzen (weil das Rekursgericht auch auf tatsächliche Fragen eingehen konnte), aber nicht ganz (denn es konnten nur neue Schriftstücke zu den Akten gegeben werden; andere Beweismittel waren unzulässig), und sie kam vor das nächsthöhere Gericht, als wesentlicher Unterschied zum traditionellen Kassationsrekurs.“

²⁴ Modellregeln, S. 311.

²⁵ Ein wie von den Modellregeln angestrebtes Zulassungsverfahren erscheint mir in der Sache sehr sinnvoll und erstrebenswert und sollte zumindest für den Rekurs unbedingt eingeführt werden.

2. Begründung

Die MR strukturieren die Berufungsbegründung wie folgt (Art. 157 Abs. 2):

The reasons for the appeal must specify:

(a) the relief sought;

(b) the legal arguments, substantive and procedural, on which the appeal is based in respect of both its admissibility and substance;

(c) if applicable, the grounds for which any evaluation of evidence was seriously wrong; and

(d) if applicable, any new facts to be alleged and new means of evidence that will be introduced in the appeal, and the reasons why they ought to be admitted.

M. E. ist diese gesetzliche Strukturierung der Berufungsbegründung sinnvoll und notwendig.

Erstens muss der Berufungskläger ausführen, um welche konkrete Änderung des erstinstanzlichen Urteils ersucht wird – er muss also einen Antrag stellen. Das ist in Art. 470 NCPC zwar nicht ausgeführt, aber in der Regel in der Praxis notwendig, denn die Berufungsbegründung dient einem Zweck – es ist besser, diesen Zweck auszuformulieren, als das Gericht raten zu lassen, was genau der Berufungskläger will.²⁶

Die Gründe an sich sollen gemäß den MR einerseits aus rechtlichen Gründen (sowohl zum Verfahren als auch zur Sache selbst) bestehen, andererseits aus der Kritik an der Beweisverwertung des Erstgerichts und das Vorbringen neuer Fakten und Beweismittel umfassen, sofern dieses vom jeweiligen Verfahrensrecht zugelassen wird.

Art. 470 Abs. 1 NCPC ist knapper und besagt, man solle die faktischen und rechtlichen Gründe der Berufung ausführen, sowie die neu in der Berufung beantragten Beweise angeben. Der Berufungskläger muss sich aber mit dem Urteil auseinandersetzen und argumentieren, warum dieses faktisch und/oder rechtlich unzutreffend ist. Eine reine Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens wird mit einer Nichtbegründung gleichgesetzt (Art. 476 Abs. 2 NCPC).

3. Neue Ansprüche, Verteidigungsmittel und Beweise

In der rumänischen Berufung darf der Kläger keine neuen Ansprüche erheben (mit engen Ausnahmen wie nach dem Ersturteil fälligen Zinsen und periodische Entschädigungen derselben Art) – Art. 478 Abs. 3 und 5 NCPC. Unter engen Voraussetzungen darf der Kläger zwar seine Ansprüche und Klagegründe erläutern, was eine Erweiterung des Prozessstoffes in der Berufungsinstanz zur Folge hat, sofern das Erstgericht eben diese Klagepunkte und -gründe missverstanden hat (Art. 478 Abs. 4 NCPC), aber grundsätzlich wird eine Modifizierung der Klage ausgeschlossen.

²⁶ Liviu Zidaru/Paul Pop, Drept procesual civil. Procedura în primă instanță și în căile de atac, Solomon Verlag, Bukarest 2020, S. 430.

Die MR sind hier großzügiger, weil Art. 160 Abs. 3 MR eine Klagemodifizierung zulässt, wenn alle Parteien zustimmen oder das Gericht diese Modifizierung für sachdienlich erachtet.

Andererseits erlaubt Art. 478 Abs. 2 NCPC, neues Verteidigungsvorbringen und Beweismittel, sowie neue Argumente dem Berufungsgericht vorzulegen, und zwar unabhängig davon, ob dieser späte Vortrag dem Verschulden der Partei zuzuschreiben ist oder nicht. Das Berufungsrecht eröffnet somit eine neue, fast vollständige Tatsacheninstanz, in der sogar neue Beweismittel erhoben werden können, die die Tatsachenfindungen der Erstgerichts zunichtemachen.

Diese Regelung wurde zwar angesichts der strengen Präklusion in der 1. Instanz²⁷ kritisiert, man muss aber rechtspolitisch und praktisch mehrere Fälle unterscheiden:

Erstens ist es sicherlich kritikwürdig, wenn eine Partei sehenden Auges ein notwendiges Beweismittel nicht vorbringt oder sich gar überhaupt nicht in der ersten Instanz verteidigt (in Rumänien gibt es keine Versäumnisurteile) und dann erst in der Berufung die notwendigen Verteidigungsmittel und Beweise vorträgt und somit in der Berufungsinstanz obsiegt. In diesem Fall könnte man *de lege ferenda* eine Präklusion erwägen, die aber – angesichts der folgenden Fallkonstellationen – nur mit wichtigen Ausnahmen angenommen werden kann.

Zweitens kann sich die Notwendigkeit neuer Beweisangebote aus einer erstinstanzlichen Rechtsauffassung erschließen, die während des Verfahrens nicht ersichtlich war (es gab also mehr oder weniger eine Überraschungsentscheidung). In diesen Fällen hätte eine aktivere erste Instanz auf neue, sachdienliche Beweisangebote und Erläuterungen hingewirkt (das schreiben die Art. 14 und 22 NCPC eigentlich auch vor), was aber in der Praxis oft ausbleibt, besonders wenn die Partei anwaltlich vertreten wird (dann sind viele Richter der Auffassung, man müsse ja nicht „nachhelfen“).

Angesichts der sehr eingeschränkten Hinweispraxis der Gerichte könnte die Partei ihre Position als bewiesen erachten und erst aus dem Urteil erfahren, dass die Beweiswürdigung anders als erwünscht vorgenommen wurde und damit bestimmte entscheidungserhebliche Fakten als nicht erwiesen gelten.

Es kann drittens auch sein, dass ein sachdienlicher Beweisangebot vom Erstgericht zurückgewiesen wurde, dieser aber in der Berufungsinstanz wiederholt wird.

²⁷ Laut Art. 254 Abs. 1 NCPC sind Beweisangebote schon in der Klage bzw. Klageerwidderung zu stellen, unter Strafe der Präklusion. Art. 254 Abs. 2 enthält jedoch fünf recht weite Ausnahmetatbestände wie z. B. die Notwendigkeit des neuen Beweismittels ergibt sich aus der Verhandlung; die Partei hat die Verspätung genügend erklärt oder der neue Antrag verzögert das Verfahren nicht zusätzlich. Zudem sind beide Tatsacheninstanzen (Erst- und Berufungsgericht) befugt, Beweise von Amts wegen anzuordnen und zu erheben, wobei das Absehen von dieser weiten Befugnis nicht in der Berufung gerügt werden kann (Art. 254 Abs. 5 und 6 NCPC). Mit anderen Worten, die Partei muss selber die Beweisangebote rechtzeitig stellen und dann an der Beweisaufnahme mitwirken und nicht einfach abwarten, dass das Gericht ihre Säumnisse v. A. w. wettmacht. Zu dieser Frage eingehend *Andreea Chiș/Liviu Zidaru*, Rolul judecătorului în procesul civil, Universul Juridic Verlag, Bukarest 2015, S. 251 ff.

In diesen letzteren Fällen sollte m. E. auch *de lege ferenda* das Recht, neue Beweismittel in der Berufungsinstanz vorzubringen, bestehen bleiben.

De lege lata können neue Beweisanträge in allen geschilderten Fällen gestellt werden, also auch im Falle des Verschuldens der Partei – Art. 478 Abs. 2 NCPC ist eindeutig und wurde in diesem Sinne auch höchstgerichtlich interpretiert.²⁸

Art. 168 der MR enthält eine ausgefeilte Regelung, die grundsätzlich neue Fakten und Beweise zulässt, sofern die Säumnis, diese vorzutragen, nicht der Partei vorzuwerfen ist:

New facts and taking evidence

(1) *Within the relief sought, the appellate court shall consider new facts alleged by the parties*

(a) *in so far as those facts could not have been introduced before the first instance court, or*
(b) *in so far as the first instance court failed to invite the parties to clarify or supplement facts that they had introduced to support their claim or defence under Rules 24(1) and 53(3).*

(2) *Within the relief sought, the appellate court shall take evidence offered by the parties only if*

(a) *the evidence could not have been offered to the first instance court;*

(b) *the evidence was offered to the first instance court and was erroneously rejected or could not be taken for reasons outside the party's control; or*

(c) *the evidence concerns new facts admissible according to Rule 168 (1).*

4. Berufungsverhandlung

Zur Berufungsverhandlung selbst gibt es in den MR keine besonderen Regeln. Im NCPC sind diese ebenfalls knapp. Es wird bestimmt, dass das Berufungsgericht sowohl die Tatsachenfeststellung, als auch die Rechtsfindung des Erstgerichts kontrolliert, aber – und das ist in der Praxis sehr wichtig – nur im Rahmen der vorgebrachten Berufungsbegründung (Art. 479 Abs. 1 NCPC). Das Gericht ist zwar befugt, offensichtliche *ordre public*-Gründe wie z. B. die Nichtigkeit eines Vertrags, aus dem Ansprüche hergeleitet werden, oder die internationale Unzuständigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen; dies geschieht aber in der Praxis relativ selten, somit ist diese residuelle Befugnis nicht dazu geeignet, unsachgemäß begründeten Berufungen zum Erfolg zu verhelfen.

Der NCPC erlaubt zwar traditionsbehaftet eine unbegründete Berufung und sieht in diesem Falle eine vollständige Kontrolle vor (aber nur auf der Basis des erstinstanzlichen Stoffes – Art. 476 Abs. 2 NCPC), diese Kontrolle wird aber eher weniger dicht ausfallen und auf Prüfung offensichtlicher Fehler beschränkt sein. Verzichtbare Rügen bezüglich des Verfahrens in erster Instanz gehen aber verloren, wenn sie nicht ausdrücklich in der rechtzeitig eingelegten Berufungsbegründung geltend gemacht

²⁸ Kassationshof, Entscheidung im Interesse des Gesetzes Nr. 9 vom 25.06.2020 (verfügbar unter www.iccj.ro).

werden. Zudem hat die unbegründete Berufung den Nachteil, dass der Berufungsbe-
klagte nicht erkennen kann, was das Gericht prüfen könnte; deswegen vertrete ich
auch hier die Ansicht, dass *de lege ferenda* die unbegründete Berufung als unzulässig
verworfen werden sollte, im Sinne der alten Rechtsprechung des Kassationshofes vor
1948.²⁹

Zudem erlaubt Art. 479 Abs. 2 NCPC dem Berufungsgericht, die erstinstanzlich
aufgenommenen Beweise neu zu würdigen (*reapreciere*) oder deren Wiederholung
oder Ergänzung anzuordnen. Es kommt in der Tat oft vor, dass bereits aufgenom-
mene Beweise neu gewürdigt werden, ohne dass eine Wiederholung der Beweisauf-
nahme notwendig wäre (z.B. werden das Protokoll der Zeugenvernehmung, das
Sachverständigengutachten, die Schriftsätze gelesen und neu gewürdigt). Selbstre-
dend muss das Berufungsgericht seine Tatsachenfeststellung sorgfältig begründen,
zumal im Rekurs keine neue Tatsacheninstanz eröffnet wird. Die verfahrensrechtlich
korrekt zustande gekommenen Tatsachenfeststellungen sind also für das Rekursge-
richt bindend. Das setzt aber eine gründliche Auseinandersetzung mit den streitigen
Tatsachen voraus.

In einer analogen, aber technisch ausführlicher geregelten Weise bestimmt
Art. 169 MR:

Scope of appellate review – first appeal

(1) Within the relief sought, the appellate court's review shall encompass

(a) the application of the law in the judgment;

*(b) the legality of the proceedings in the first instance court, provided that the appellant chal-
lenged the error complained about immediately before the first instance court if such chal-
lenge was possible;*

*(c) evaluation of the evidence if the appellate court determines that such a review is war-
ranted in order to prevent serious injustice.*

*(2) The appellate court will reverse a first instance judgment for procedural error only if it
potentially influenced the judgment or if it was so grave that such influence need not be pro-
ven.*

Es sei bemerkt, dass Art. 169 Abs. 1 Buchst. c) MR anscheinend dem Berufungs-
gericht ein breites Ermessen gewährt, ob eine neue Bewertung der erstinstanzlichen
Tatsachenfeststellung stattfinden soll; das Berufungsgericht soll so verfahren, nur
wenn damit gravierende Fehler und somit Fälle von *serious injustice* beseitigt werden
sollen;³⁰ ansonsten kann sich das Berufungsgericht mit der Überprüfung der verfah-
rensrechtlichen und materiellen Rechtsanwendung begnügen. Man kann hier wohl

²⁹ Liviu Zidaru/Paul Pop, Drept procesual civil. Procedura în primă instanță și în căile de
atac, Solomon Verlag, Bukarest 2020, S. 449.

³⁰ Das Kommentar zu den MR erläutert, dass „Challenges to the first instance court's
evaluation of the evidence is limited, by Rule 169(1)(c), to serious errors. These include
violation of basic rules of logic, a failure to take account of evidence, or an arbitrary approach
to evidential assessment.“ – Modellregeln, S. 317.

einen Einfluss der ZPO-Reform 2002 in Deutschland feststellen, die die Berufung nur noch eingeschränkt als Tatsacheninstanz vorsieht.

Das ist im NCPC anders – sofern die Berufungsbegründung die Tatsachenfeststellung kritisiert, ist das Berufungsgericht verpflichtet, zumindest die vorhandenen Beweise neu zu würdigen (eine Aufnahme zusätzlicher Beweise kann das Gericht genehmigen, wenn diese sachdienlich sind; eine willkürliche Zurückweisung wäre aber Rekursgrund) und im eigenen Urteil die umstrittenen Tatsachen neu erörtern, um der erhobenen Kritik einschlägig zu antworten. Das Berufungsgericht als erneute Tatsacheninstanz kann nicht nur durch Tradition, sondern auch dadurch erklärt werden, dass mangels Anwaltszwang³¹ das erstinstanzliche Verfahren nicht ganz selten lückenhaft bleibt; auch sind die Tatsachenfeststellungen mancher Erstgerichte nicht immer überzeugend. Es ist also m. E. vorzuziehen, dass auch *de lege ferenda* die Berufung als 2. Tatsacheninstanz erhalten bleibt.

5. Sachentscheidung oder Zurückverweisung?

Das Berufungsgericht soll in aller Regel in der Sache selbst entscheiden. Dieser prozessökonomische Ansatz spiegelt sich sowohl im Art. 480 Abs. 1 und 2 NCPC, als auch im Art. 170 Abs. 1 MR.³²

Ausnahmsweise erlauben jedoch beide Regelwerke eine Zurückverweisung. Die MR sind, ihrer Philosophie getreu, eher flexibel und erlauben dem Berufungsgericht zurückzuverweisen, wenn es diese Maßnahme als *notwendig* erachtet. Im Kommentar zu den MR wird ausgeführt, die Zurückverweisung kommt in Frage, wenn die erste Instanz die Klage als unzulässig abgewiesen hat oder wenn die erneute Beweisaufnahme besser vor dem Erstgericht stattfinden könnte (das eröffnet jedoch weiten Spielraum, der gelegentlich auch zu aus Sicht des Gerichts bequemen Zurückverweisungen führen könnte). Die Parteien können sich jedoch einigen, dass das Berufungsgericht in der Sache entscheiden muss (Art. 170 Abs. 3 MR).

Der NCPC hat straffe Regelungen eingeführt, die die Zurückverweisung (im alten Recht eine Plage der obergerichtlichen Praxis) beschränken und ausführlich regeln sollen.

Somit soll das Berufungsgericht im Falle eines Prozessurteils des Erstgerichts oder im Falle, dass eine Partei vor der ersten Instanz nicht ordnungsgemäß geladen und somit auch nicht angehört wurde, das fehlerhaft ergangene Urteil aufheben und selbst entscheiden. Nur ein einziges Mal im Laufe des gesamten Verfahrens ist es in

³¹ Anders als nach § 78 dt. ZPO gilt dies in Rumänien unabhängig vom Streitwert.

³² Art. 170 der MR lautet wie folgt: First appeal court decisions

(1) In general, the appellate court shall decide the matter that forms the substance of the appeal.

(2) The appellate court may refer the matter back to the first instance court, if necessary, for it to decide the matter.

(3) If the parties to the appeal agree to it, the appellate court must decide the matter.

den obig geschilderten Fallkonstellationen erlaubt, zurückzuverweisen, aber auch dann nur auf Antrag des Berufungsklägers oder – beklagten (Art. 480 Abs. 3 NCPC).

Sollte sich aber im Laufe des weiteren Verfahrens erneut ein Grund ergeben, aus dem zurückzuverweisen wäre, ist das Berufungsgericht auf erneute Berufung verpflichtet, diesmal in der Sache selbst zu entscheiden. Somit wurde eine Ursache erheblicher Verfahrensverzögerungen beseitigt (wiederholte Zurückverweisungen), ohne die Zurückverweisung insgesamt zu streichen.

Ein anderer Grund für die Zurückverweisung ist die Unzuständigkeit des Erstgerichts, die rechtzeitig, d. h. am 1. Termin vor der ersten Instanz gerügt wird (jedoch betrachtet sich das Erstgericht für zuständig und weist die Rüge unzutreffend ab) und dann wieder in der Berufung geltend gemacht wird. In diesem Fall wird unter Aufhebung des Urteils an das zuständige Gericht verwiesen (Art. 480 Abs. 4 NCPC).

Für andere Verfahrensfehler des Sachurteils schreibt Art. 480 Abs. 6 NCPC dem Berufungsgericht vor, dass das Urteil aufzuheben, die Sache neu zu verhandeln (je nach Verfahrensmangel, ab der zu wiederholenden Prozesshandlung) und selbst zu entscheiden ist. Es kann sich um z. T. schwerwiegende Verfahrensfehler wie absolute Ablehnungsgründe des Richters, Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes oder des rechtlichen Gehörs (anders als durch fehlerhafte Zustellung der Ladung – dann gilt Art. 480 Abs. 3 NCPC) handeln. Ganz allgemein gilt dieser Artikel für Verfahrensfehler, egal, ob diese heilbar oder von Amts wegen zu berücksichtigen sind.

Der Gesetzgeber gibt hiermit dem Devolutiveffekt der Berufung volle Wirkung, indem die Zurückverweisung auf das Notwendigste beschränkt und ein eigenes Sachurteil des Berufungsgerichts in der Regel vorgeschrieben wird. Das ist im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, welche die Fairness des Verfahrens global bewertet und es zulässt, dass Verfahrensmängel vor höheren Gerichten beseitigt werden.

6. Berufungsurteil

Das Berufungsurteil findet im NCPC keine besondere Regelung. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen des Art. 425 NCPC bezüglich der Begründung richterlicher Urteile. Üblicherweise werden der Inhalt des angegriffenen Urteils sowie die Berufungsgründe und -erwiderung konzentriert wiedergegeben; danach folgen die Ausführungen des Berufungsgerichts. Das Gericht entscheidet sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht, aber nur in Bezug auf die formulierten Kritikpunkte (Art. 479 Abs. 1 NCPC). Sofern der Berufungskläger seine erstinstanzlichen Ausführungen wiederholt oder keine Begründung abgibt, ist der Streitstoff vor dem Erstgericht relevant (Art. 476 Abs. 2 NCPC) und das Gericht kann auf das erstinstanzliche Urteil Bezug nehmen. Ansonsten muss das Gericht die Entscheidung ausführlich begründen und erklären, warum die Anträge, Berufungsgründe und die vor dem Berufungsgericht vorgebrachten Verteidigungsmittel begründet oder unbegründet sind. Die vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Tatsachen sind für

das Rekursgericht bindend – auf der Grundlage dieser Fakten wird dann die Legalitätskontrolle vorgenommen.

Die MR sind insofern flexibler, als sie dem Berufungsgericht eine Bezugnahme auf die erstinstanzliche Begründung ermöglichen und eine eigene Begründung anscheinend nicht immer notwendig ist. Art. 171 MR lautet:

Contents of the First Appeal Court's judgment

In so far as it agrees with the first instance court's judgment, the appellate court's judgment may refer to the legal and factual grounds in that judgment. It may also set out its own reasons in its judgment. In the latter case, the appellate court is deemed to have adopted the legal and factual grounds of the first instance judgment which are not contrary to its own reasoning.

Treffend wird in der Begründung der MR ausgeführt, das Berufungsgericht solle davon entlastet werden, erstinstanzliche Argumente, die als richtig angesehen werden, umzuformulieren; eine klare Einbeziehung soll also ausreichen.³³

VI. Der Rekurs (die Revision)

1. Allgemeines

Im Vergleich zur alten Rechtslage hat der NCPC den Rekurs (der deutschen Revision bzw. dem französischen *pourvoi en cassation* ähnlich) in wichtigen Aspekten reformiert.

Die ursprüngliche Fassung des NCPC wartete mit erheblichen Neuerungen auf:³⁴ Grundsätzliche Zuständigkeit des Kassationshofes für alle Rekurse und Ausnahmezuständigkeit der Berufungsgerichtshöfe (Curtea de Apel) und Landgerichte (tribunal) (besonders für Rekurse gegen gewisse Prozessurteile); Zulassungsverfahren nur für die Rekurse beim Kassationshof; Anwaltszwang für alle Rekurse; Wertrekurs (grundsätzlich nur ab 500.000 Lei, ca. 100.000 Euro) und Bereichsausnahmen (kein Rekurs) besonders für einfachere Verfahren, sowie für fast alle Sonder- und Eilverfahren im Gesetzbuch (z. B. Zwangsvollstreckungsgegenklagen und alle weiteren Anträge bezüglich der Zwangsvollstreckung; einstweilige Verfügungen und Arreste; unstreitige Verfahren; Räumungsklagen usw.). Dies soll heißen, dass in besonderen Verfahren wie z. B. das schriftliche Verfahren für geringfügige Klagen nur die Berufung statthaft ist, nicht hingegen der Rekurs; somit ist in diesen Fällen das Berufungsurteil rechtskräftig.

³³ Modellregeln, S. 319.

³⁴ Siehe zu den Rechtsmitteln *Viorel Mihai Ciobanu/Liviu Zidaru*, Căile de atac din perspectiva Noului Cod de procedură civilă, în volumul *Noile Coduri ale României – Studii și cercetări juridice*, Ed. Universul Juridic, București 2011, S. 394 ff.

Manche dieser Ansätze mögen im europäischen Vergleich selbstverständlich und sogar minimal erscheinen (z. B. Anwaltszwang, aber keine Sonderzulassung der Anwälte beim Kassationshof – jeder Anwalt mit sechs Jahren beruflicher Erfahrung kann beim obersten Gericht plädieren; Zulassungsverfahren, aber ohne qualitative Auswahl nach Kriterien wie Bedeutung für die Rechtsfortbildung), trotzdem lösten diese moderaten Reformen einen stillen (aber umso effektiveren) Widerstand der vielen Juristen aus, die zu sehr an die alte Gesetzeslage gewohnt waren. Wie schon erwähnt, hat das Verfassungsgericht den Anwaltszwang verworfen; es folgte eine andere kuriose Entscheidung, derzufolge im Zulassungsverfahren keine offensichtliche Unbegründetheit, sondern nur Formfragen überprüft werden können³⁵ – das trotzdem nützliche Zulassungsverfahren wurde aber im Jahre 2018 auch auf Betreiben des Kassationshofes (!) ersatzlos gestrichen.³⁶ Das sowieso vielfach derogierte Prinzip der Regelzuständigkeit des obersten Gerichts für die Rekurse wurde ebenfalls 2018 gestrichen.³⁷ Somit ist immer das nächsthöhere Gericht zuständig für die Rekurse gegen die Berufungsurteile.

Der Rekurs ist trotzdem ein außerordentliches Rechtsmittel geblieben, dass nur für die ausdrücklich geregelten Kassationsgründe formuliert werden kann und grundsätzlich nur eine Legalitätskontrolle, aber keine neue Bewertung der Tatsachen nach sich zieht. Nach einem viel zitierten Befund betrifft der Rekurs das Berufungsurteil und nicht die Streitsache selbst.³⁸

2. Zuständigkeit

Da die Landgerichte (tribunale) i. d. R. die Eingangsinstanzen sind (Art. 95 NCPC), sind die Berufungsgerichtshöfe (Curtea de Apel) die gewöhnlichen Berufungsgerichte (Art. 96 NCPC) und der Kassationshof die Regelinstanz für die Rekurse (Art. 97 NCPC).

Die Amtsgerichte (Art. 94 NCPC) haben aber eine weite Zuständigkeit als Familien-, Vollstreckungs-, Erbschaftsgerichte, Gerichte für kleinere, einfache Sachen wie Nachbarschafts- oder Besitzstreitigkeiten sowie für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Wert von bis zu 200.000 Lei (nunmehr ca. 40.000 Euro).³⁹ In die-

³⁵ Entscheidung Nr. 839/8.12.2015 des Verfassungsgerichtshofes, Gesetzesblatt Nr. 69/1.02.2016.

³⁶ Durch das Gesetz Nr. 310/2018, Gesetzesblatt Nr. 1074/18.12.2018. Kritisch dazu *Traian Briciu/Mirela Stancu/Claudiu Dinu/Liviu Zidaru/Paul Pop*, Comentarii asupra modificării noului Cod de procedură civilă prin Legea nr. 310/2018. Între dorința de funcționalitate și tendința de restaurație, verfügbar unter www.juridice.ro.

³⁷ Siehe Fn. 33.

³⁸ Grundlegend *Viorel Mihai Ciobanu*, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Național Verlag, Bukarest 1997, 2. Band, S. 363. Das ist aus Praktikersicht zwar ungenau, aber immer noch aussagekräftig.

³⁹ Daraus ist ersichtlich, dass die Amtsgerichte somit in Rumänien eine viel größere Bedeutung haben als in Deutschland, wo die Zuständigkeitsschwelle mit 5000 Euro viel niedri-

sem Fall sind die Landgerichte für die Berufung zuständig. Der Rekurs, falls statthaft, ist in diesen Fällen den Appellationsgerichten (Curți de Apel) zugewiesen.

3. Statthaftigkeit

Gegen Berufungsurteile ist i. d. R. der Rekurs statthaft.

Da es aber kein qualitatives Zulassungsverfahren analog dem deutschen § 543 ZPO gibt, musste der Gesetzgeber viele Bereichsausnahmen schaffen bzw. ganze Gruppen von Streitigkeiten, bezüglich derer das Berufungsurteil rechtskräftig (und der Rekurs nicht statthaft) ist. Es geht vorwiegend um Streitigkeiten, die der Gesetzgeber als einfach oder vorwiegend tatsächlich eingestuft hat, aber auch um rechtspolitische Entscheidungen, um die Obergerichte zu entlasten (s. vorwiegend Art. 483 Abs. 2 NCPC).

Dies sind, ohne dass hier auf Einzelheiten eingegangen werden könnte, die meisten den Amtsgerichten unabhängig vom Streitwert zugewiesenen Sachen wie z. B. Familien-, Status- und Erbschaftssachen, Nachbarschafts- und Räumungsklagen insgesamt vom Rekurs ausgenommen, was schon auf den ersten Blick im europäischen Vergleich eher staunen lässt. Klagen bezüglich Enteignungen sind auch vom Rekurs ausgenommen. In diesen Fällen ist das Berufungsurteil rechtskräftig.

Zu diesen Bereichsausnahmen kam in der ursprünglichen Fassung ein Wertrekurs (Wertrevision) – der Rekurs sollte nur ab 100.000 Lei statthaft sein. 100.000 Lei (ca. 20.000 Euro) war eine vertretbare Summe, doch im weiteren Verlauf der Dinge wurde dieser Wert vorwiegend auf Betreiben des Kassationshofes zuerst auf 500.000 Lei, dann übergangsweise (für 3 Jahre) auf 1.000.000 Lei heraufgesetzt. In einer viel diskutierten Entscheidung erklärte das Verfassungsgericht diese Wertgrenze für verfassungswidrig;⁴⁰ leider bestimmte das Gericht in den Urteilsgründen, dass *jedwelder* Wertrekurs verfassungswidrig wäre (unter Abkehr früherer ständiger Rechtsprechung). Das hat Gegenargumente ausgelöst,⁴¹ letztendlich gehört aber jetzt der Wertrekurs der Vergangenheit an⁴² – umso wichtiger sind die Bereichsausnahmen und die Versuchung, diese legislativ zu erweitern.

ger ist. Das ist eine Reminiszenz der alten Gesetzeslage (1948–2013), in der das Amtsgericht die regelmäßige Eingangsinstanz war. Auch heute fängt ein Proberichter und auch ein Richter auf Lebenszeit immer beim Amtsgericht an (und nicht wie in Deutschland, oft beim Landgericht). Die Personalausstattung der größeren Amtsgerichte spiegelt dies wider.

⁴⁰ Entscheidung Nr. 369/30.05.2017 des Verfassungsgerichtshofes, Gesetzesblatt Nr. 582/20.07.2017.

⁴¹ Kritisch Traian C. Briciu/Claudiu Dinu/Mirela Stancu/Liviu Zidaru, Analiza deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017 referitoare la excepția de neconstituționalitate a sintagmei precum și în alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 1.000.000 lei inclusiv. Sfârșitul epocii pragului valoric și speranțele într-o Curte de Casație unificatoare a jurisprudenței, verfügbar bei www.juridice.ro.

⁴² Man könnte sicher mutmaßen, ob ein ausgefeiltes System wie das deutsche, in dem der Wert der Beschwerde nur für die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde relevant ist, nicht

Man kann also zurzeit im NCPC insgesamt keine übersichtliche Rechtslage oder eine sinnvolle Abwägung der Zulässigkeit des Rekurses erkennen.

Die MR verfolgen einen anderen Ansatz, den ich vorher als qualitatives Zulassungsverfahren bezeichnet habe. Art. 172 MR besagt, dass die Revision (als *second appeal* bezeichnet) nur statthaft sein soll, wenn das Rechtsmittel geeignet ist:

- a) Die Verletzung eines Grundrechts zu beseitigen;
- b) eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten;
- c) eine Entscheidung über eine prinzipielle Rechtsfrage herbeizuführen, die nicht auf dem Einzelfall beschränkt ist;
- d) das Recht zu entwickeln.

Das Revisionsgericht soll von Amts wegen überprüfen, ob diese Voraussetzungen vorliegen.

In der Begründung wird ausgeführt, die Revision soll *nur in Fällen allgemeinen Interesses* zugelassen werden. Es soll vermieden werden, dass durch einen zu breiten Zugang zum Revisionsgericht die effiziente Justizgewährung beeinträchtigt und die Rechtsunsicherheit noch vergrößert wird.⁴³

Fall a) (Grundrechtsverletzung) dient sowohl dem privaten Interesse der Partei, als auch dem Allgemeininteresse der richtigen und einheitlichen Rechtsanwendung im so wichtigen Bereich des Grundrechtsschutzes. Meines Erachtens sollte aber dieser Fall besser ausdifferenziert werden, damit man echte Grundrechtsprobleme von einfachen Rechtsstreitigkeiten bzw. der Unzufriedenheit der unterlegenen Partei unterscheiden kann.

Den Fällen b) und c) (einheitliche Rechtsanwendung bzw. prinzipielle Rechtsfrage) liegt die Annahme zugrunde, dass Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes normalerweise von den unteren Instanzen auch befolgt werden, und zwar auch dann, wenn es keine formelle Präjudizienbindung gibt (*stare decisis*). Daher soll die Revision sowohl dann zulässig sein, wenn von einer gefestigten Rechtsprechung abgewichen wird, als auch dann, wenn eine prinzipielle Rechtsfrage aufgeworfen wird, die eine größere Anzahl von Fällen betreffen könnte. Im letzteren Fall ist es entbehrlich, eine uneinheitliche Rechtsprechung festzustellen.⁴⁴

Fall d) betrifft Situationen, in denen ein unbestimmter gesetzlicher Begriff und die bestehende Rechtsprechung keine schlüssige Lösung für neu aufgetretene Sachverhalte bieten und somit eine Rechtsfortbildung im allgemeinen Interesse als geboten erscheint.⁴⁵

aber für die Zulässigkeit der Revision an sich (§ 544 par. 2 dt. ZPO), mehr Chancen hätte, angesichts des Konservativismus des Verfassungsgerichtshofes mag ich das aber eher zu bezweifeln.

⁴³ Modellregeln, S. 319.

⁴⁴ Modellregeln, S. 320.

⁴⁵ Modellregeln, S. 320.

De lege ferenda sollte dieses einfache und flexible System auch in das rumänische Recht übernommen werden. Damit wäre die doppelt ungünstige Situation beseitigt, in der in manchen Fallgruppen der Rekurs immer statthaft ist (und zwar auch, wenn keine bedeutenden oder nur repetitive Rechtsfragen aufgeworfen werden), während in anderen Fallgruppen der Rekurs immer unstatthaft ist (und zwar auch dann, wenn neue Rechtsfragen von allgemeiner Relevanz zu lösen wären). Dazu muss aber die juristische Öffentlichkeit (und zu der gehören auch der Gesetzgeber und das Verfassungsgericht) begreifen und akzeptieren, dass 1. ein solcher Ansatz keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes darstellt, und 2. dass den (zumal höchstgerichtlichen) Richter eine solche Abwägungs- und Entscheidungsbefugnis anvertraut werden kann und soll.⁴⁶

Laut den MR kann der *second appeal* sowohl materiell- als auch verfahrensrechtliche Aspekte betreffen. Verfahrensmängel sollen nur dann zur Aufhebung führen, wenn der Mangel rechtzeitig gerügt wurde und, zusätzlich, nur wenn der festgestellte Mangel die Entscheidung beeinflussen konnte (Art. 174 Abs. 1 Buchst. b) und Abs. 2 MR).⁴⁷

4. Rekursgründe

Traditionsgemäß sieht der NCPC acht verschiedene Kassationsmotive(-gründe) vor, nicht ohne hervorzuheben, dass alle Gründe nur auf die Gesetzesmäßigkeit des angegriffenen Urteils zielen (Art. 488 Abs. 1 NCPC):

1. Das Gericht war nicht ordnungsgemäß besetzt (der weite Begriff – *alcătuire*) zielt auf die Besetzung des gesamten Spruchkörpers, inklusive Gerichtssekretär – *grețier* – und sogar die Teilnahme des Staatsanwalts, soweit das Gesetz diese ausdrücklich vorschreibt);
2. Die Regel der Zufallsverteilung der Akte auf Spruchkörper (Art. 11 des Gesetzes Nr. 304–2004 über die Gerichtsverfassung schreibt die Zufallsverteilung ausdrücklich vor; dieselbe Norm findet sich nunmehr im Art. 13 des Gesetzes nr. 304/2022 über die Gerichtsverfassung,⁴⁸ in Kraft ab dem 15.12.2022) wurde nicht befolgt oder die Zusammensetzung des Gerichts ist unrechtmäßig ge-

⁴⁶ In dieser Richtung grundlegend *Marian Nicolae*, *Teoria recursului în casație*, Solomon Verlag, Bukarest 2022, S. 339 ff.

⁴⁷ Art. 174: Scope of appellate review – second appeal

(1) Within the relief sought, as far as admissible, the second appeal court's review shall encompass

(a) the interpretation and application of the law in the first appeal judgment;

(b) the legality of the proceedings in the first appeal court, provided that the appellant challenged the error complained about immediately before that court.

(2) The second appeal court will reverse the first appeal judgment for a procedural error only if the procedural error has potentially influenced the judgment or if it was so serious that such influence need not be proven.

⁴⁸ Monitorul Oficial (Gesetzesblatt) Nr. 1104/16.11.2022.

ändert worden oder das Urteil wurde von anderen Richtern gefällt als denen, die der Verhandlung beigewohnt haben (wobei es nicht um das gesamte Verfahren, sondern um die Schlussverhandlung geht);

3. Eine von Amts wegen zu berücksichtigende und rechtzeitig gerügte Unzuständigkeit liegt vor.

Der Gesetzgeber des NCPC hat die Möglichkeit, die sachliche und ausschließliche örtliche Unzuständigkeit des Gerichts in jeder Lage des Verfahrens zu rügen, aufgehoben. Nunmehr muss laut Art. 130 NCPC die sachliche und ausschließliche örtliche Unzuständigkeit von Amts wegen oder von den Parteien am 1. Termin vor dem Erstgericht erhoben werden – ansonsten ist diese Rüge später präkludiert. Die Zurückweisung der rechtzeitig erhobenen Rüge kann dann (anders als im § 513 Abs. 2 und 545 Abs. 2 dt. ZPO) im Wege der Berufung und schließlich des Rekurses kritisiert werden. Die internationale Zuständigkeit kann aber in jeder Lage des Verfahrens geltend gemacht werden – Art. 26 und 28 der EU-GVVO gelten entsprechend.

Die allgemeine örtliche Unzuständigkeit kann nur vom Beklagten und nur durch die Klageeinrede erhoben werden.

4. Das Gericht hat die Grenzen der Gewaltenteilung überschritten. Dieser Fall des Altrechts (vor 1948) hat nur noch eine eingeschränkte Bedeutung, erstens weil die Gerichte im Anschluss jedwelcher administrativer oder administrativ-jurisdiktionaler Tätigkeit angerufen werden können (Art. 21 der Verfassung gewährt die Garantie des Rechtsweges in jeder Rechtsmaterie und anders als in Deutschland, Frankreich oder Italien gibt es in Rumänien, wie in manchen anderen Staaten, keine besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit) und zweitens weil im Zuge des EU-Beitritts die Gerichte befugt und sogar verpflichtet sind, vorrangig das EU-Recht anzuwenden und entgegenläufiges nationales Recht unangewendet zu lassen.⁴⁹ Eine seltsame Entscheidung des Verfassungsgerichts⁵⁰ im Sinne der Unmöglichkeit der Gerichtsbarkeit, ein nationales Gesetz als EU-widrig unangewendet zu lassen, ist eindeutig unvereinbar mit dem Art. 148 der Verfassung (Souveränitätsverlagerung durch EU-Beitritt und Verpflichtung aller staatlichen Gewalten zur Anwendung des EU-Rechts) und wohl nur durch die politisch geprägten Umstände des Ausgangsfalles zu erklären. Zurzeit kann man diese Judikatur nur als verfehlten Einzelfall bewerten.

⁴⁹ Im Sinne des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts vor dem nationalen Recht, siehe z.B. *Elena Simina Tănăsescu*, in: Ioan Muraru/Elena Simina Tănăsescu (Hrsg.), *Constituția României. Comentariu pe articole*, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, Bukarest 2019 (Fundstelle www.lege5.ro). Die Autorin sieht aber eine Urkompetenz des nationalen Verfassungsgerichts, die nationale Verfassungsidentität zu wahren. Siehe ferner *Augustin Fuerea*, *Aplicarea dreptului Uniunii Europene potrivit prevederilor Constituției României și ale altor norme de drept intern*, in *Dreptul* Nr. 6/2019 (Fundstelle www.sintact.ro), der von dem Vorrang des EU-Rechts von nationalen Gesetzes spricht, ohne auf das Verhältnis zur Verfassung selbst einzugehen.

⁵⁰ Entscheidung Nr. 390/8.06.2021 des Verfassungsgerichtshofes, Gesetzesblatt Nr. 612/22.06.2021. Dieses fragwürdige Urteil unseres Wissens hat zur Prüfung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Rumänien geführt.

Zudem ist Rumänien Vertragsstaat der EMRK und Art. 20 Abs. 2 der Verfassung erhebt die EMRK – sowie andere verbindliche Rechtsakte über Menschenrechte – über einfache Gesetze⁵¹ und erteilt ihren Bestimmungen Vorrang, sofern sie vorteilhafter als die nationalen Regelungen sind.

Man muss also schlussfolgern, dass der Richter befugt ist, im Rahmen der EU- oder EMRK-Anwendung nationale Regelungen unangewendet zu lassen, ohne dass der Kassationsgrund des Punktes 4 greift. Dieser ist nunmehr residuell für eher theoretische Fälle einschlägig, in denen das Gericht unter Verletzung der Gewaltenteilung allgemeine Rechtsnormen erlässt oder gewisse Politiken der Verwaltung vorschreibt (obgleich, wenn man an die neuere Rechtsprechung mancher Gerichte der älteren EU-Mitgliedstaaten im Umweltschutzbereich denkt, auch diese Grenze nicht mehr so klar zu sein scheint).

5. Das Urteil beruht auf Verfahrensverletzungen, die mit der Nichtigkeit geahndet werden.

Dieser Kassationsgrund ist sozusagen der residuelle Grund für alle Unregelmäßigkeiten des Verfahrens, die nicht gesondert in den Punkten 1–4, 6 und 7 geregelt werden. Es wird auf die allgemeinen Regeln der Nichtigkeit von Prozessakten verwiesen (Art. 174 ff. NCPC). Hier sei nur bemerkt, dass i. d. R. Verfahrensmängel nur dann zur Nichtigkeit führen, wenn sie die rügende Partei beschwert haben. Ausdrücklich vorgesehene Nichtigkeitsfälle führen zu einer (widerlegbaren) Vermutung der Beschwer, während in virtuellen Fällen diese Beschwer schlüssig demonstriert werden muss (Art. 175 NCPC). Es gibt aber auch absolute Verfahrensmängel, nach denen die Nichtigkeit unabhängig von jeder Beschwer einschlägig ist (Art. 176 NCPC), z. B. bei unregelmäßiger Besetzung des Gerichts; Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes; (rechtzeitig gerügte) Unzuständigkeit usw.

Absolute Nichtigkeit kann in jeder Lage des Verfahrens geltend gemacht werden (Art. 178 Abs. 1 NCPC), im Rekurs jedoch nicht *omisso medio*, d. h. absolute Nichtigkeiten betreffend des Verfahrens in der 1. Instanz müssen zuerst im Wege der Berufung geltend gemacht werden – nur so kann die Rüge auch in der Rekursinstanz wiederholt werden. Relative Nichtigkeit (Abgrenzungskriterium nach Art. 174 NCPC: das durch die verletzte Norm geschützte Interesse) muss sofort oder am nächsten Termin geltend gemacht werden, unter Strafe der Präklusion (Art. 178 Abs. 3 NCPC).

6. Das angegriffene Urteil ist nicht begründet oder enthält streitferne oder kontradiktorische Begründungen;
7. Es wird gegen die Rechtskraftregeln verstoßen – in diesem Fall kann die Rüge direkt im Rekurs erhoben werden und sogar die Lage des Rekursklägers im eigenen Rechtsmittel verschlimmert werden (Art. 432 NCPC). Somit wird der Grund-

⁵¹ Siehe Bianca Selejan Guțan, in: Ioan Muraru/Elena Simina Tănăsescu (Hrsg.), Constituția României. Comentariu pe articole, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, Bukarest 2019 (Fundstelle www.lege5.ro).

satz *non reformatio in peius* (keine Schlechterstellung des Rekursklägers im eigenen Rechtsmittel – art. 481 NCPC) was eine einzigartige Regelung in der NCPC ist;

8. Die materiellrechtlichen Regeln wurden nicht richtig interpretiert oder angewandt. Dieser Fall ist in der Praxis der wichtigste und entspricht der Aufgabe des Rekurses, durch ständige Rechtsprechung der oberen Gerichte die Rechtseinheit und Rechtssicherheit zu wahren.

Wie schon erwähnt, erlaubt Art. 488 Abs. 2 NCPC all diese Kassationsmotive (mit Ausnahme des Punktes 7) nur dann, wenn sie vorher in der Berufung geltend gemacht wurden oder diese Geltendmachung eben nicht möglich war (z. B. wenn sich die Kassationsrüge auf den letzten Termin in der Berufungsverhandlung oder auf das Berufungsurteil selbst bezieht). Damit sollen die Parteien angehalten werden, etwaige – auch nicht verzichtbare – Rügen so früh wie möglich im Verfahren und nicht erst in der Rekursinstanz geltend zu machen. Zudem wird ja mit dem Rekurs i. d. R. das Berufungsurteil und nicht (unmittelbar) das Urteil der 1. Instanz angegriffen – es wäre also seltsam, Rügen aufzugreifen, die in der Berufungsinstanz gar nicht erhoben wurden, obwohl sie das erstinstanzliche Verfahren betreffen.

5. Rekursverfahren

Das Rekursverfahren selbst ist spärlich geregelt. Neue Beweisaufnahmen sind im Prinzip nicht möglich; Art. 492 NCPC lässt seltsamerweise den Urkundenbeweis zu – diese Urkunden sollen aber nicht die Fakten des Prozesses betreffen, sondern eben die Kassationsgründe (z. B. Belegung der unregelmäßigen Besetzung des Gerichts; internationale Zuständigkeit; Vorliegen der Rechtskraft usw.). Wenn aber dem Rechtsmittel stattgegeben und das Urteil aufgehoben ist, sind jedwede Beweise zulässig, unabhängig davon, ob das Rekursgericht selbst oder das Berufungsgericht in der Sache neu entscheidet (Art. 501 Abs. 4 NCPC).

Das Rekursverfahren betrifft selbstredend nur die Gesetzmäßigkeit des angegriffenen Urteils, und zwar sowohl verfahrens- als auch materiellrechtlich (siehe oben die acht Rekursgründe), im Rahmen der vom Rekurskläger rechtzeitig vorgebrachten Begründung. Ordre public-Gründe können auch von Amts wegen vom Rekursgericht berücksichtigt werden, unter Gewährung des rechtlichen Gehörs.

Analog zum Berufungsverfahren bestimmt Art. 174 MR (Scope of appellate review), dass

- (1) Within the relief sought, as far as admissible, the second appeal court's review shall encompass (a) the interpretation and application of the law in the first appeal judgment; (b) the legality of the proceedings in the first appeal court, provided that the appellant challenged the error complained about immediately before that court.

(2) The second appeal court will reverse the first appeal judgment for a procedural error only if the procedural error has potentially influenced the judgment or if it was so serious that such influence need not be proven.

6. Zurückverweisung

Ist der Rekurs statthaft und begründet, wird laut NCPC die Kassation ausgesprochen. In Folge der Kassation weist der Kassationshof die Sache in der Regel an das Berufungsgericht zurück (Art. 497 NCPC), während die Landgerichte und Berufungsgerichtshöfe (Tribunale und Curți de apel) i. d. R. in der Sache selbst entscheiden, ohne zurückzuverweisen (Art. 498 NCPC). Auf Ausnahmetatbestände soll hier verzichtet werden; der Gesetzgeber hat (und zwar seit 2018 auch für den Kassationshof) die Anzahl der Zurückverweisungen auf eine beschränkt und damit an das Berufungsrecht angeknüpft.⁵²

Die rechtlichen Ausführungen des Rekursgerichts sind für das Gericht, das in der Sache neu entscheidet, bindend (Art. 501 Abs. 1 NCPC).

Das Rekursurteil soll in vereinfachter Form nur auf die Analyse der Rekursgründe beschränkt werden, um das Obergericht zu entlasten (Art. 499 NCPC).

Im Gegensatz zum NCPC, der im Falle des Kassationshofes die Zurückverweisung als unflexible Regel eingeführt hat, sind die MR (wieder einmal) flexibel. Art. 175 MR (Second Appeal Court decisions) besagt:

- (1) The second appeal court shall determine the substantive issue before it if*
 - (a) it is to reverse the first appeal judgment having held that there had been a violation of the law, and*
 - (b) it has concluded that it can determine the issue.*
- (2) In all other circumstances, the second appeal court must refer the matter back to the first appeal court for it to finally determine the matter. In such a circumstance, the first appeal court is bound by the second appeal court's assessment of the law.*

Die Begründung erläutert, die Regel sei die Zurückverweisung nach Abs. 2; nur ausnahmsweise soll das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden, nach Abs. 1 aus Gründen der Prozessökonomie.⁵³ M. E. ist jedoch die Norm so zu verstehen, dass das Revisionsgericht zuerst prüfen soll, ob es nach Aufhebung des Urteils und korrekter Lösung der streitigen Rechtsfragen über genügend festgestellte Tatsachen verfügt, um selbst zu entscheiden; nur dann, wenn neue Tatsachenfeststellungen geboten sind, sollte die Zurückverweisung erwogen werden. Diese letztere Interpretation sollte auch *de lege ferenda* als Regel für den rumänischen Kassationshof festgelegt werden, denn die jetzige Praxis zeigt, dass die Zurückverweisung als Regel das

⁵² Vgl. Art. 497, 498 NCPC.

⁵³ Modellregeln, S. 322.

Verfahren unsachgemäß verzögert, ohne das Rekursgericht zu entlasten (denn gegen das neue Urteil wird womöglich erneut Rekurs formuliert).⁵⁴

VII. Weitere Instrumente der Vereinheitlichung der Rechtsprechung im NCPC

Sowohl in den meisten europäischen Regelwerken, als auch in der Gesamtkonzeption der ELI/Unidroit Modellregeln wird die Rechtsvereinheitlichung und -fortbildung durch den *second appeal*, also das Rechtsmittel des *pourvoi en cassation*/Revision o. ä. erreicht. Die besonderen Zulassungs- und Verfahrensregeln, die Regelzuständigkeit des Obersten Gerichts, der Anwaltszwang usw. stellen sicher, dass die Rechtsprechung der höchsten Gerichte auf wichtige Rechtsfragen konzentriert ist; mit Hilfe von Einzelfallkonstellationen werden allgemeinere Leitsätze und wichtige Grundsätze zur Anwendung der einschlägigen Rechtsnormen gebildet. In einem solchen kohärenten System sind weitere Instrumente zur Vereinheitlichung des Rechts entbehrlich, ohne dass gesagt werden könnte, diese wären sinnlos.

In der bereits geschilderten Rechtslage in Rumänien ist aber der Rekurs als *second appeal* für diesen allgemeinen Zweck von begrenztem Nutzen. Die geteilte Zuständigkeit des Kassationshofes mit den Appellationsgerichten, der fehlende Anwaltszwang, die begrenzte Statthaftigkeit des Rekurses und allem voran das noch fehlende Bewusstsein der echten Funktion des Rekurses haben alle zur Folge, dass dadurch keine ausreichende Rechtsvereinheitlichung und -fortbildung erreicht werden kann.

Somit regelt der NCPC auch zwei weitere Instrumente für die Rechtsvereinheitlichung, auf die hier nur knapp eingegangen werden soll.⁵⁵

1. Der Rekurs im Interesse des Gesetzes

Der Rekurs im Interesse des Gesetzes setzt eine für ein normales Justizsystem eher ungewöhnliche Divergenz rechtskräftiger Entscheidungen voraus, durch die ein und dasselbe rechtliche Problem gegensätzlich oder zumindest in miteinander unvereinbarer Weise gelöst wurde. Es ist sofort erkennbar, dass normalerweise in solchen Fällen in den meisten europäischen Ländern die Revision (oder ein ähnliches Rechtsmittel) zum obersten Gericht statthaft wäre und die Entscheidung dieses Gerichts fortan von den unteren Gerichten auch mangels formeller Präjudizienbindung (*stare decisis*) respektiert würde.

⁵⁴ Eingehend zu dieser Problematik siehe z.B. *Liviu Zidaru/Paul Pop*, Drept procesual civil. Procedura în primă instanță și în căile de atac, S.548 ff. A. A. (ein Kassationshof sollte normalerweise zurückverweisen); *Marian Nicolae*, Teoria recursului în cașație, S. 299 ff.

⁵⁵ Für eine kohärente Gesamtsicht, siehe *Marian Nicolae*, „Recursul în interesul legii și dezlegarea, în prealabil, a unei chestiuni de drept noi de către Înalta Curte de Casație și Justiție în lumina noului Cod de procedură civilă“, in Dreptul nr. 2/2014.

Die radikale Wandlung des Rechtssystems nach 1990 sowie der Generationenwechsel und -konflikt in der Richterschaft haben aber in Rumänien dazu geführt, dass die Akzeptanz der Rechtsprechung der oberen Gerichte zumindest in den ersten zwei Jahrzehnten nach der 1989 eingeleiteten Wende gering war (und nicht immer zu Unrecht, da manche notwendige Änderungen in der Rechtsprechung, z. B. zum Respekt des Eigentums oder zur Meinungsfreiheit, eher von den unteren Gerichten ausgegangen sind und ganz allmählich gängige Praxis geworden sind); zudem war in nicht wenigen (und wichtigen) Rechtsbereichen die Praxis des Hohen Kassationshofes selbst uneinheitlich – Rumänien wurde dafür in der Rs. *Beian (I)* vom EGMR verurteilt.⁵⁶ Der EGMR führte richtigerweise aus, ein oberstes Gericht muss eine naturgemäße Divergenz der territorialen Instanzgerichte berichtigen und nicht selber die Quelle einer solchen Rechtszersplitterung sein. Die uneinheitliche Rechtspraxis des obersten Gerichts sei unvereinbar mit dem Rechtsstaatprinzip, welches auch Rechtssicherheit voraussetzt.⁵⁷

Dieses und andere Urteile des EGMR sowie die Empfehlungen der EU-Organe im Zuge der Beitrittsverhandlungen und der folgenden jährlichen Bewertungen des rumänischen Justizsystems haben den Gesetzgeber veranlasst, die Vereinheitlichung der Rechtsprechung als übergeordnetes Ziel der neuen Zivil- und Strafprozessordnungen von 2010 zu stellen. Im NCPC wurde der Rekurs im Interesse des Gesetzes reformiert und ein Vorabentscheidungsersuchen eingeführt.

Der Rekurs im Interesse des Gesetzes kann laut Art. 514 NCPC von bestimmten offiziellen Rechtssubjekten eingeleitet werden: Der Generalstaatsanwalt beim Hohen Kassationshof (von Amts wegen oder auf Ersuchen des Justizministers), die Präsidien der Appellationsgerichte, das Präsidium des Kassationshofes selbst und der Ombudsman (sog. Anwalt des Volkes) haben die Pflicht, den Kassationshof anzurufen, wenn eine uneinheitliche Lösung eines Rechtsproblems durch mehrere rechtskräftige Urteile festgestellt wird.

Der Kassationshof entscheidet in einer großen Rechtskammer, die aus 25 Richter gebildet ist (unter Vorsitz des Präsidenten oder eines Vizepräsidenten des Kassationshofes), nach Anhörung des Antragstellers. Ein Bericht (eigentlich ein Entwurf der künftigen Entscheidung) wird obligatorisch erstellt und die Berichterstatter sind befugt, Professoren rechtswissenschaftlicher Fakultäten⁵⁸ oder andere anerkannte Spezialisten auf dem Rechtsgebiet (oft: die Richterakademie) um eine wissenschaftliche

⁵⁶ Urteil des EGMR vom 6.12.2007, verfügbar unter [hudoc.echr.coe.int.](https://hudoc.echr.coe.int/), veröffentlicht auch im rum. Gesetzesblatt Nr. 616/21.08.2008.

⁵⁷ Ebd., Rn. 63.

⁵⁸ Üblicherweise werden die wichtigeren juristischen Fakultäten aus Bukarest, Klausenburg, Temeswar und Iassy um ein Gutachten ersucht. Die Gutachten werden auf ehrenamtlicher, nicht vergüteter Basis erarbeitet, wirken sich aber innerhalb interner Bewertungskriterien der Fakultät positiv aus.

Stellungnahme zu ersuchen.⁵⁹ Die Entscheidung muss innerhalb einer Frist von drei Monaten ergehen, die Begründung fällt meistens sorgfältig und eingehend aus, unter Auseinandersetzung mit allen vertretenen Meinungen. Die Entscheidung wird im Gesetzblatt veröffentlicht und ist fortan nicht nur für alle Gerichte, sondern *erga omnes* für alle Rechtssubjekte bindend (Art. 517 NCPC).

Der Rekurs im Interesse des Gesetzes ist ein wichtiges Instrument zur Rechtsvereinheitlichung.⁶⁰ Er ist insofern relativ treffsicher, als es im Zeitpunkt der Anrufung des Kassationshofes schon eine üblicherweise üppige Anzahl von uneinheitlichen Entscheidungen gibt und manchmal auch in der Literatur verteilter Ansichten. Das hohe Gericht hat also die nötige Basis, um das Problem sachkundig zu lösen. Der wichtige Nachteil besteht aber gerade darin, dass es eben bereits eine – manchmal qualitativ und quantitativ wichtige – Divergenz der Judikatur gibt. Das ist für die Rechtssicherheit und das Ansehen der Justiz nicht gerade optimal. Ein anderer Nachteil besteht darin, dass eine uneinheitliche Rechtsanwendung nicht immer aus der unterschiedlichen, divergierenden *Auslegung* einer oder mehrerer Rechtsnormen ergeht, sondern auch aus einer unterschiedlichen *Anwendung* einer prinzipiell gleich interpretierten Rechtsnorm in verschiedenen Fallkonstellationen. Der Kassationshof hat es aber konstant abgelehnt, durch eine allgemein gültige Leitentscheidung auch die konkrete Anwendung (sei es auch durch Bildung von Fallgruppen) vorzugeben und sich darauf beschränkt, unterschiedliche Auslegungen abstrakter Rechtsfragen zu klären. Das ist aber oftmals nur die Spitze des Eisbergs der uneinheitlichen Judikatur.

2. Das Vorabentscheidungsersuchen

Um die uneinheitliche Rechtsprechung nicht nur zu beseitigen, sondern ihr nach Möglichkeit auch vorzubeugen hat der Gesetzgeber in Anlehnung an das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV und an die französische *demande pour l'avis* (Art. L. 441–1 des französischen Code de l'organisation judiciaire) ein Vorabentscheidungsverfahren zum Kassationshof geregelt.

Laut Art. 519 NCPC betrifft das Vorabentscheidungsersuchen eine neue, wichtige materielle Rechtsfrage, über die der Kassationshof noch nicht befunden hat und die auch nicht den Gegenstand eines Rekurses im Interesse des Gesetzes bildet; von dieser substantiellen Rechtsfrage hängt die Lösung einer bei einem letztinstanzlich entscheidenden Gericht anhängigen Rechtssache ab (Art. 519 NCPC).

⁵⁹ Der Verfasser hatte ein paar Mal die Ehre, an solchen wissenschaftlichen Gutachten mitzuwirken und erfreulicherweise wurde meistens (nicht immer!) die Meinung der Juristischen Fakultät der Universität Bukarest vom Kassationshof auch befolgt.

⁶⁰ Z. B. wurden im Jahre 2021 neunzehn solcher prinzipieller Leitentscheidungen erlassen; 2020 waren es 25, 2019 noch 28 (man merkt die absteigende Tendenz, wohl der Pandemie geschuldet).

Das vorliegende Gericht kann also ein Landgericht (tribunal), ein Appellationshof (curte de apel) oder sogar eine Kammer des Kassationshofes selbst sein, vorausgesetzt, dass dieses Gericht über das letzte Rechtsmittel (Berufung oder Rekurs) entscheidet und keine weitere Instanz im normalen Rechtszug angerufen werden kann. Wie schon ausgeführt,⁶¹ gibt es im Kassationshof keinen erweiterten (großen) Senat, an dem man die Rechtssache im Falle einer divergenten Rechtsprechung des höchsten Gerichts abgeben könnte⁶² – es bleibt also das hier geschilderte Verfahren.

Im Unterschied zu dem Rekurs im Interesse des Gesetzes ist also eine konkrete Rechtssache Anlass für das Vorabentscheidungsersuchen. Dieses kann sowohl vom Gericht von Amts wegen bestimmt oder von den Parteien angeregt werden; der Antrag ist selbstredend nicht bindend, dem Gericht steht es immer frei, die Rechtsfrage selber durch ein rechtskräftiges Urteil zu lösen.

Das Vorabentscheidungsersuchen ist jedoch angezeigt, wenn das rechtliche Problem eine gewisse Schwierigkeit aufweist, da mehrere vernünftige Auslegungsmöglichkeiten bestehen (diese müssen im Beschluss des Gerichtes dargelegt werden, damit anschaulich wird, dass das Gericht sich mit der Rechtsfrage sorgfältig befasst hat; das Gesetz verlangt auch, dass das vorliegende Gericht seine vorläufige Meinung erläutert), und vom allgemeinem Interesse über den Einzelfall hinaus ist, da z. B. eine uneinheitliche Rechtsprechung entweder zu erwarten oder unter Umständen schon anfänglich zu erkennen ist (Art. 520 NCPC). Laut ständiger Rechtsprechung des Kassationshofes muss die Schwierigkeit und Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage schlüssig dargelegt werden; der Kassationshof ist – anders als der EuGH, der tendenziell nur sehr wenige Vorlagen zurückweist – sehr streng bei Bemessung der Zulassungsvoraussetzungen – Vorlagefragen werden oft als unzulässig verworfen, wenn die Frage hypothetischer Natur oder zu abstrakt formuliert ist, wenn die Entscheidungserheblichkeit nicht ersichtlich dargelegt wird oder wenn das vorliegende Gericht es versäumt, einen Lösungsvorschlag zu formulieren und, *last but not least*, wenn der Kassationshof denkt, die Rechtsfrage sei zu einfach (!).⁶³ Trotz dieser relativ hohen Hürden stellt das Vorabentscheidungsersuchen ein wichtiges Instrument für den unerlässlichen Dialog zwischen dem Kassationshof und den Instanzgerichten dar; wichtige, neue Rechtsfragen werden zeitnah durch Leitentscheidungen gelöst und somit die gesamtrichterliche Praxis orientiert, was verhältnismäßig schnell Rechtssicherheit herstellt.

⁶¹ Fn. 13.

⁶² Die Abgabemöglichkeit an die Vereinigten Sektionen (Plenum) des Kassationshofes, in der Gerichtsverfassung immer noch vorgesehen, wurde unseres Wissens seit 1998 nicht mehr verwendet.

⁶³ Siehe z. B. Entscheidung Nr. 82/6. 12. 2021 des Kassationshofes, Spruchkörper für Vorabentscheidungsersuchen, verfügbar bei www.iccj.ro, Rn. 64, 65 und die dort zitierte Rechtsprechung.

Da die Rechtssache anhängig ist, werden die Parteien sowohl vom vorlegenden Gericht, als auch – nach der Vorlage – vom Kassationshof angehört; die Argumente der Parteien werden im Vorlagebeschluss wiedergegeben und erörtert.

Der Kassationshof entscheidet in einer aus dreizehn Richtern gebildeten Kammer. Die Bestimmungen über die Berichterstattung und etwaige Gutachten anerkannter Spezialisten geltend entsprechend auch im Vorlageverfahren. Die Entscheidung soll in höchstens drei Monaten ergehen (in der Praxis wohl auch innerhalb eines halben Jahres, da die Anzahl der anhängigen Verfahren relativ hoch ist) und wird ab Veröffentlichung im Gesetzblatt für alle Gerichte und die anderen Rechtssubjekte bindend (Art. 520 NCPC).

Der verhältnismäßige Erfolg dieses Vorlageverfahrens wird durch die große Anzahl der Vorlagen der Instanzgerichte ersichtlich. Obwohl die Statistik ein wenig durch (vielleicht zu) viele Unzulässigkeitsbeschlüsse des Kassationshofes getrübt wird, ist die Bilanz insgesamt positiv – man muss (wenn auch empirisch) schlussfolgern, dass die von konkreten Rechtssachen abgeleiteten Rechtsfragen interessanter sind als die abstrakten Vorlagen im Falle des Rekurses im Interesse des Gesetzes.

So wurde z. B. im Jahr 2018 der Kassationshof 73 Mal angerufen (23 stattgebende und 47 zurückweisende Entscheidungen); im Jahre 2019 dann 56 Mal (14 stattgebende und 42 zurückweisende Entscheidungen), 2020 sodann 62 Mal (24 stattgebende und 38 abweisende Entscheidungen), 2021 schließlich 50 Mal (14 stattgebende und 36 abweisende Entscheidungen).⁶⁴ Die bislang vorlagefreundlichste Bilanz verzeichnet das Jahr 2016: 28 Vorlagefragen wurden angenommen und gelöst und nur 9 zurückgewiesen.

Das Vorabentscheidungsersuchen ist nicht von Kritik verschont worden – besonders die Bindungswirkung der Entscheidung wurde vereinzelt in der Literatur (nicht in der Praxis) in Frage gestellt, zumal die Vorlage eben eine neue und somit noch nicht zu Genüge diskutierte Rechtsfrage betrifft.⁶⁵

In der Tat ist der obligatorische Effekt der stattgebenden Entscheidungen in beiden Vereinheitlichungsinstrumenten leider ein Hemmnis für die richterliche Rechtsfortbildung – das Gesetz sieht nämlich keinen Mechanismus für eine Änderung dieser Leitentscheidungen vor; bloß der Gesetzgeber kann intervenieren und in einer (sicherlich nur für die Zukunft gültigen) Rechtsnorm die Auslegung des Kassationshofes verwerfen und eine andere in Gesetzesform gießen. I. d. R. bleibt aber der Gesetzgeber untätig oder kodifiziert sogar die Rechtsprechung in neuen Rechtsakten.

⁶⁴ 2022 hat der Kassationshof bereits über 69 Vorlagen entschieden (Stand 5.12.2022), viele dieser Entscheidungen müssen aber noch begründet werden. Es setzt sich aber die Tendenz fort, dass mehr als die Hälfte der Vorlagen als unzulässig abgewiesen werden.

⁶⁵ S. *Ion Deleanu*, Proceduri prefigurate pentru asigurarea interpretării și aplicării unitare a legii de către instanțele judecătorești, in *Revista Română de Drept Privat* Nr. 1/2010 (Fundstelle www.sintact.ro); *Ion Deleanu*, Dialogul judecătorilor – Forme și implicații ale dialogului judecătorilor, in: *Revista Română de Drept Privat* Nr. 3/2014 (Fundstelle www.sintact.ro).

VIII. Zusammenfassung

Die von ELI/Unidroit erarbeiteten Europäischen Modellregeln für das Zivilverfahren sind m. E. ein wichtiger akademischer Ansatz für die Harmonisierung der nationalen Zivilprozessordnungen. Für den nationalen Gesetzgeber stellen sie einen wertvollen Werkzeugkasten für künftige Reformen dar. Die Grundkonzeption der Modellregeln könnte in einer reformfreundlicheren Zukunft als Anlass genommen werden, den wesentlichen Bereich des Instanzenzuges noch einmal zu überarbeiten.

Im Bereich der Rechtsmittel überzeugt der NCPC (Neue Zivilprozessordnung Rumäniens) mit einer soliden, traditionsbasierten Regelung der Berufung als erneuter Tatsacheninstanz. Mit wenigen Ausnahmen, auf die bereits eingegangen wurde, hat sich der NCPC bewährt und ich sehe keinen wichtigen Reformbedarf.

Anders verhält es sich im Bereich des Revisions- oder Rekursrechts (*second appeal* in den Modellregeln). Das jetzige hybride Modell des Rekurses im NCPC ist nicht zufriedenstellend, da weder die prinzipielle Zuständigkeit des Kassationshofes, noch ein adäquates Zulassungsverfahren gesetzlich geregelt sind. Eine vollständige Umbildung des Kassationsrekurses ist dringend notwendig. Dazu muss der Kassationshof nur im Falle von wichtigen Gründen zugelassen werden, die das Allgemeininteresse dieses außerordentlichen Rechtsmittels widerspiegeln. Dazu ist die in den Modellregeln vorgeschlagene Lösung ein sehr guter Ansatz.

Als eine nationale Besonderheit des NCPC sind die spezifischen Instrumente für die Rechtsvereinheitlichung zu nennen, die zum Erlass allgemein gefasster und auch allgemein verbindlicher Leitentscheidungen führen. Diese energischen Instrumente können den Kassationsrekurs zwar nicht ersetzen, sie führen aber eine schnelle Rechtsvereinheitlichung herbei.

Nachwort

Herr Professor Oliver Remien hat diesen gemeinsam betreuten Band maßgeblich betrieben und möglich gemacht. Sein freundschaftliches Interesse für die Kooperation zwischen der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg und der Juristischen Fakultät der Universität Bukarest war von wesentlicher Bedeutung. Er war nicht nur ein bedeutender Wissenschaftler, sondern auch ein netter Mensch und guter Freund. Das überfällige Erscheinen dieses Bandes soll also in erster Linie als Dank und zur Erinnerung an ihn gelten.

Bukarest, den 16.06.2023

Liviu Zidaru

Autorenverzeichnis

Alunaru, Christian, (†), Prof. Dr., Universität Vasile Goldiș, Arad

Jessel-Holst, Christa, Dr. Dr. h.c., Max-Planck-Institut Hamburg, Affiliate

Oancea, Dan, Prof. Dr., Juristische Fakultät der Universität Bukarest

Popa, Ionuț-Florin, Prof. Dr., Klausenburg/Cluj-Napoca, Juristische Fakultät der Universität Babes–Bolyai

Popescu, Dan Andrei, Prof. Dr., Klausenburg/Cluj-Napoca, Juristische Fakultät der Universität Babes–Bolyai

Remien, Oliver, (†), Prof. Dr., Juristische Fakultät der Julius-Maximilians Universität Würzburg

Rizoiu, Radu, Prof. Dr., Juristische Fakultät der Universität Bukarest

Toader, Camelia, Prof. Dr., Juristische Fakultät der Universität Bukarest, ehem. Richterin am Gerichtshof der Europäischen Union (2007–2021)

Zidaru, Liviu, Dr., Richter am Berufungsgericht Bukarest, Dozent an der Juristischen Fakultät der Universität Bukarest